



DZIENNIK URZĘDOWY URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Warszawa, dnia 1 sierpnia 2012 r.

Nr 1

TREŚĆ:

Poz.:

WYJAŚNIENIA PREZESA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

- 1** - Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji
- 2** - Wyjaśnienia w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

1

WYJAŚNIENIA

dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji

Spis treści:

Wykaz stosowanych skrótów

Wprowadzenie

I. Rynek właściwy

1. Uwagi ogólne

2. Rynek produktowy

2.1. Substytucyjność popytowa (*właściwości i przeznaczenie produktu, różnice w cenach, odmienność klientów i ich zachowań, dostępność czasowa, koszty zmiany wykorzystywanego produktu, różnice w regulacjach prawnych*)

2.2. Substytucyjność podażowa

2.3. Asymetryczność substytucji

3. Rynek geograficzny (*specyfika produktu, koszty transportu, bariery regulacyjne, bariery techniczne i kosztowe, bariery językowe i związane z brakiem doświadczenia w handlu międzynarodowym, zróżnicowane preferencje konsumentów, faktyczne przepływy handlowe, organizacja działalności przedsiębiorców, jednolitość kształtowania się istotnych parametrów rynkowych, obszar, na którym odbiorcy zakupują towary*)

II. Wpływ koncentracji na konkurencję

1. Wpływ horyzontalny

1.1. Efekty nieskoordynowane

1.1.1. Udziały rynkowe (*znaczenie udziałów rynkowych, wysokie udziały w rynku*)

- 1.1.2. Czynniki dotyczące kształtowania się udziałów rynkowych (*zmiana udziału w rynku, udziały rynkowe konkurentów, tendencja zmiany udziałów rynkowych, fluktuacje udziałów w rynku*)
- 1.1.3. Czynniki związane z barierami wejścia i konkurowania na rynku (*siła uczestników koncentracji i ich konkurentów, bliskość konkurencji, łatwość zmiany dostawców, skargi kontrahentów i wcześniejsze naruszenia prawa konkurencji, administracyjne bariery wejścia, kosztowe bariery wejścia, inne bariery wejścia i zachowania potencjalnych konkurentów, faza rozwoju rynku i jego dynamika, zaobserwowane wejścia na rynek, planowane wyjścia z rynku, zmiany w naturze procesu konkurencyjnego, specyfika organizacyjna łączących się podmiotów, specyficzne funkcjonowanie rynku, siła odbiorców, sytuacja na innych rynkach geograficznych*)
- 1.2. Efekty skoordynowane
2. Wpływ wertykalny
 - 2.1. Efekty nieskoordynowane (*zmiana relacji dostawca-odbiorca, asymetria między produkcją a sprzedażą detaliczną w warunkach monopolu naturalnego, monopol naturalny na obydwóch szczeblach obrotu, czynniki związane z siłą rynkową i ich zmiana w wyniku koncentracji, charakter rynku i prawdopodobne reakcje konkurentów, przepisy regulacyjne, pełnienie na rynku funkcji regulacyjnej lub quasi-regulacyjnej*)
 - 2.2. Efekty skoordynowane
3. Efekty konglomeratowe
4. Umowne ograniczenia konkurencji towarzyszące koncentracji

Wykaz stosowanych skrótów

AKCU – artykuły konsumpcyjne codziennego użytku

EOG – Europejski Obszar Gospodarczy

FMCG – dobra szybkoobrotujące (ang. Fast Moving Consumer Goods)

HHI – Indeks Herfindahla-Hirschmana (ang. Herfindahl-Hirschman Index)

HSD – hipermarkety, supermarkety, dyskonty

NFZ – Narodowy Fundusz Zdrowia

SSNIP – niewielki, lecz istotny, trwały wzrost ceny (ang. small but significant and non-transitory increase in price)

UE – Unia Europejska

UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

URE – Urząd Regulacji Energetyki

Wprowadzenie

Biorąc pod uwagę dotychczasowy dorobek orzeczniczy w sprawach dotyczących materialnej oceny zgłaszanych koncentracji przedsiębiorców, a także wychodząc naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹ przyjmuje niniejsze *Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji* dokonywanej na podstawie art. 18, 19 i 20 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów².

Przedkładane *Wyjaśnienia* przedstawiają podejście Prezesa Urzędu stosowane przy ocenie, czy zgłaszana koncentracja może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji. *Wyjaśnienia* bazują na dotychczasowym orzecznictwie administracyjnym stanowiąc w znacznym stopniu jego syntezę, ze szczególnym uwzględnieniem spraw wiodących. Niniejsze *Wyjaśnienia* stanowią uzupełnienie wcześniej opublikowanych *Wyjaśnień w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji* Prezesowi UOKiK.

Dokument przedstawia najistotniejsze elementy brane pod uwagę w merytorycznej analizie zgłoszenia koncentracji. Ich opis podzielono na dwie części: I - dotyczącą definiowania rynku właściwego oraz II - dotyczącą oceny wpływu koncentracji na rynek.

Podstawowym celem wydania *Wyjaśnień* jest zwiększenie przejrzystości działania Prezesa Urzędu, przy jednoczesnym wzroście pewności prawnej po stronie przedsiębiorców, którzy będą mogli łatwiej i szybciej

¹ Dalej jako „Prezes Urzędu” lub „Prezes UOKiK”.

² Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

wstępnie ocenić skutki i charakter planowanej koncentracji. Powinno to także przyczynić się do zwiększenia przewidywalności rozstrzygnięć Prezesa Urzędu, co było postulatem wielu przedsiębiorców.

Z uwagi na bogactwo stanów faktycznych oraz ciągłą ewolucję form, sposobów i warunków prowadzenia działalności gospodarczej nie jest możliwe ani zasadne przygotowanie wyczerpującego dokumentu dotyczącego materialnej oceny koncentracji. W związku z tym, że *Wyjaśnienia* opierają się na sprawach już rozstrzygniętych nie można wykluczyć, że w przyszłości pojawią się także nowe okoliczności i czynniki, które Prezes Urzędu będzie brał pod uwagę dokonując materialnej oceny notyfikowanych transakcji. Oznacza to także, że rozwój wiedzy o procesach gospodarczych, czy też doświadczenia urzędów ochrony konkurencji w innych państwach mogą spowodować konieczność zastosowania w konkretnej sprawie innych analiz niż te opisane w *Wyjaśnieniach*.

Wyjaśnienia nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego i nie tworzą żadnych praw ani obowiązków. Nie wiążą one innych organów administracji ani sądów. Stanowią one podsumowanie dotychczasowej praktyki orzeczniczej z zakresu materialnej oceny zgłaszanych koncentracji. Z tego powodu fakt opublikowania *Wyjaśnień* należy interpretować w ten sposób, iż w odniesieniu do zawisłych spraw Prezes Urzędu uwzględni je, o ile w konkretnej sprawie nie wystąpią nowe okoliczności wpływające na konieczność ich uwzględnienia w przeprowadzanej analizie.

Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, niniejsze *Wyjaśnienia* podlegają publikacji w Dzienniku Urzędowym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

I. Rynek właściwy

1. Uwagi ogólne

Definicja rynku właściwego stanowi – teoretycznie – pierwszy etap oceny koncentracji, w ramach którego ustala się, jakie produkty i podmioty rynkowe brane są pod uwagę przy dokonywanej na następnym etapie ocenie wpływu koncentracji na konkurencję. W praktyce, analiza prowadzona na obydwóch etapach ma wiele cech wspólnych i zmierza do uzyskania wiarygodnych informacji na temat relacji ekonomicznych pomiędzy uczestnikami transakcji, ich rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami oraz kontrahentami (nie tylko dostawcami, ale również i odbiorcami), na podstawie których można ustalić, czy istnieje wysokie prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku rozpatrywanej koncentracji. Tym samym definiowanie rynku właściwego jest nie tyle warunkiem koniecznym przeprowadzenia analizy wpływu koncentracji na konkurencję, co integralnym takiej analizy elementem, często prowadzonym równolegle. Hipotezy dotyczące rynku właściwego oraz wpływu transakcji na rynek wpływają wzajemnie na siebie, ponieważ w istocie dotyczą tej samej kwestii – natury konkurencji na rynku.

Definicja rynku właściwego powinna ułatwić identyfikację wszystkich istotnych źródeł presji konkurencyjnej, które skutecznie utrudniają bądź uniemożliwiają uczestnikom koncentracji zachowanie niezależne od konkurentów, w szczególności podnoszenie cen sprzedawanych produktów, jak również pogarszanie oferty w inny sposób. Ułatwia to analitycznie klarowną identyfikację możliwego negatywnego wpływu koncentracji na konkurencję.

Zakres i intensywność badań przeprowadzanych w celu ustalenia rynków właściwych mogą się bardzo różnić, w zależności od istnienia wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego określonych rynków³, istnienia wiarygodnych danych dotyczących określonej działalności, skali rozbieżności między wstępną oceną sytuacji konkurencyjnej przedsiębiorców zgłaszających zamiar koncentracji i organu antymonopolowego⁴, jak również istnienia bądź braku wpływu koncentracji na konkurencję dla wszystkich znajdujących uzasadnienie wariantów definicji rynku właściwego⁵.

DDK - 12/11 (Empik/Merlin, internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych)

W sprawie przejścia przez Empik sklepu internetowego Merlin.pl informacje i dane dostarczone przez przedsiębiorcę oraz ich interpretacja (zdefiniowane przez przedsiębiorcę rynki właściwe) wzbudzały

³ DKK - 46/07, DKK - 28/08 (rynków produktów stalowych).

⁴ DKK - 12/11 (internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych), DKK - 64/10 (wynajem powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych).

⁵ DKK - 9/09 (zupy gotowe).

wątpliwości, co do ich zgodności ze stanem faktycznym. Wątpliwości te wynikały przede wszystkim z faktu, iż wcześniej UOKiK otrzymywał skargi od przedsiębiorców opisujące sytuacje, które mogły wskazywać, że podmiot ten posiada bardzo silną pozycję na rynku, przynajmniej w zakresie zakupu książek. Podobny obraz wynikał z publikacji w prasie i innych posiadanych informacji. Tymczasem informacje zawarte w zgłoszeniu prezentowały obraz znacznie od tego odbiegający. Dodatkowo dostarczone przez strony materiały, a przede wszystkim dane liczbowe budziły poważne wątpliwości natury metodologicznej i przez to zostały ocenione jako niewystarczające do wnikliwej oceny koncentracji. Po upewnieniu się, że strona nie posiada innych danych, które mogłyby być satysfakcjonujące dla UOKiK, ani też nie jest w stanie ich zakupić (instytucje zajmujące się badaniem rynku nie posiadały danych o stopniu szczegółowości niezbędnym dla oceny rozpatrywanej koncentracji), podjęto decyzję o weryfikacji i uzupełnieniu danych i informacji poprzez kompleksowe badanie rynku.

Jak wskazuje praktyka organów antymonopolowych na całym świecie, definicja rynku właściwego, zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym, ma ze swej natury charakter przybliżony, ponieważ często niemożliwe jest dokładne odzwierciedlenie wszystkich sił wpływających na zachowanie określonych przedsiębiorców, z uwzględnieniem stopnia takiego wpływu, co wymagałoby ustalenia wszystkich rzeczywistych i potencjalnych konkurentów danych przedsiębiorców oraz bliskości konkurencji między nimi. W praktyce orzeczniczej przyjmuje się zatem, iż towary nienależące do rynku produktowego nie wywierają żadnej presji konkurencyjnej na uczestników koncentracji, zaś obszar, na którym ma miejsce konkurencja może być nierzadko określany jako pokrywający się z arbitralnymi granicami administracyjnymi związanymi z podziałem terytorialnym kraju oraz granicami międzypaństwowymi. W większości przypadków uproszczenia powyższe nie mają wpływu na ocenę koncentracji, a ewentualne zaburzenia, jakie mogą wprowadzać, można korygować uwzględniając je na etapie oceny wpływu koncentracji na konkurencję, lub też prowadząc taką analizę dla różnych wariantów rynku właściwego.

2. Rynek produktowy

Rynek produktowy obejmuje produkty, które ze względu na przeznaczenie, cenę oraz właściwości są uznawane przez nabywców za substytuty. Zasadniczym kryterium jego oceny jest substytucyjność popytowa, jako kryterium pomocnicze stosowana jest również substytucyjność podażyowa. Ocena rynku produktowego może narażać na duże problemy i wymaga dobrej znajomości motywacji i preferencji konsumentów, specyfiki technicznej wyrobów, otoczenia regulacyjnego oraz innych czynników, które mogą wpływać na bodźce firm działających na rynku. Zasadnicze ramy dla ustalenia substytucyjności między produktami tworzy test SSNIP, który do rynku właściwego zalicza produkt, którego cenę można od poziomu konkurencyjnego podnieść o 5-10% bez spowodowania na tyle znacznego odejścia klientów (w szczególności przestawienia się przez nich na korzystanie z innych produktów), że podwyżka okazałaby się nieopłacalna. W praktyce rzadko dostępne są informacje, które pozwoliłyby precyzyjnie zbadać reakcję konsumentów na takie zmiany (przy innych czynnikach niezmiennych), w związku z czym jest on rzadko stosowany wprost w decyzjach Prezesa UOKiK⁶. W praktyce prawdopodobne reakcje konsumentów na zmiany cen produktu badane są poprzez analizę czynników związanych z jego właściwościami i specyfiką funkcjonowania na rynku, takich jak wskazane poniżej. Należy jednak podkreślić, iż analiza rynku (tak produktowego, jak i geograficznego) ma charakter całościowy, w związku z czym o zaliczeniu danego produktu do rynku właściwego decyduje zazwyczaj zespół jego cech i innych okoliczności, które same w sobie mogą nie być przesądzające.

2.1. Substytucyjność popytowa

Substytucyjność popytowa stanowi konsekwencję istniejących po stronie odbiorców możliwości zamiany pomiędzy różnymi produktami. Zakres tych możliwości wskazuje na presję konkurencyjną, jaką poszczególne produkty wywierają wzajemnie na siebie.

Właściwości i przeznaczenie produktu

⁶ Zazwyczaj sprowadza się do zadania pytań ankietowanym kontrahentom łączących się przedsiębiorstw, czy w przypadku określonego wzrostu cen przerzuciliby się na alternatywne produkty (DKK - 131/10 [papierowe worki przemysłowe]).

Właściwości i przeznaczenie produktu mogą w wielu przypadkach świadczyć o braku substytutów dla badanego produktu. Produkt może być niezbędnym surowcem dla innych wyrobów, jak ma to miejsce w przypadku mleka⁷, lub też być niezbędnym paliwem w niektórych technologiach⁸. Specyfika produktu może go również odróżniać od innych, mogących mieć podobne zastosowanie. Wskazać można tutaj specyficzną konstrukcję finansową produktu⁹, różnice w zastosowaniach wynikające z właściwości fizykochemicznych¹⁰, odmienną charakterystykę techniczną, uniemożliwiającą wykorzystanie do niektórych celów¹¹, jak również szczególne predyspozycje do określonych zastosowań¹². Spełniających odmienne funkcje książek (tj. specjalistycznych, niespecjalistycznych i podręczników szkolnych) także nie można zaliczyć do jednego rynku produktowego¹³.

DKK - 28/07 (Kompania Węglowa/Haldex, produkcja węgla kamiennego)

W sprawie dotyczącej koncentracji między producentem węgla kamiennego i przetwórcą odpadów powstających przy produkcji górniczej organ antymonopolowy wprost wskazał, iż produkt ten nie posiada substytutów. Asumpt do takiej konkluzji dawał fakt, iż większość odbiorców korzysta z węgla jako produktu niemającego swojego odpowiednika przy stosowanych technologiach (np. elektrownie i elektrociepłownie opalane węglem, producenci koksu).

DKK - 67/09 (Cogifer/Koltram, produkcja rozjazdów kolejowych)

W sprawie dotyczącej koncentracji między producentami rozjazdów kolejowych, produkty te podzielono na odrębne rynki, obejmujące z jednej strony rozjazdy kolejowe, z drugiej zaś tramwajowe. Rozjazdy tramwajowe różniły się od rozjazdów kolejowych ze względu na stosowane w nich promienie skątne, specyfikę budowy, jak też ograniczone możliwości terenowe związane z ich ułożeniem w istniejących strefach zabudowy (konieczność projektowania rozjazdu pod konkretne rozwiązania).

DKK - 12/11 (Empik/Merlin, internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych)

W sprawie przejęcia przez Empik sklepu internetowego Merlin.pl stwierdzono, że nie można uznać, że sprzedaż hurtowa (bądź też zakup) wszystkich książek tworzy jeden rynek właściwy. Zdecydowano się wyróżnić: rynek książek niespecjalistycznych, rynek podręczników oraz grupę rynków książek specjalistycznych. Jedną z przesłanek przyjęcia takich definicji rynku właściwego były funkcje, jakie spełniają poszczególne rodzaje książek, co jest bezpośrednio związane z potrzebami konsumentów jakie zaspokajają, które z kolei przekładają się na zachowania uczestników rynku hurtowego, dostosowujących się do preferencji konsumentów. Książki niespecjalistyczne dostarczają rozrywki a także służą do rozwijania zainteresowań oraz zaspokajają potrzebę samokształcenia. Konsument podejmuje decyzję o ich zakupie zupełnie samodzielnie i nie jest właściwie niczym do niej zobligowany. Zakup książek specjalistycznych z różnych dziedzin (np. prawniczych, technicznych, medycznych, itp.) jest przede wszystkim determinowany potrzebą zdobywania wiedzy, która służy do wykonywania pracy zawodowej. Książki te są często również nabywane przez przedsiębiorców dla swoich pracowników jako swoiste narzędzie pracy. W przypadku podręczników zakup poszczególnych pozycji natomiast nie jest nawet konsekwencją dokonania wyboru danej książki przez konsumenta. Poszczególne tytuły są ogólnie narzucone przez program kształcenia i decyzje placówki dydaktycznej. Książka funkcjonuje jako praktycznie niezastępowalna przez inne produkty pomoc dydaktyczna. Takie różnice funkcji pełnionej przez poszczególne rodzaje książek wpływają w znacznym stopniu na proces zakupu, jak również na cenę książki i sposoby jej dystrybucji.

Z drugiej strony formalnie odrębne produkty, takie jak poszczególne słone przekąski, mogą z uwagi na podobne właściwości (powody spożycia, miejsce zakupu, okoliczności spożycia, wysoka kaloryczność, impulsowy charakter zakupu) zostać potraktowane jako należące do jednego rynku właściwego¹⁴.

⁷ DKK - 73/2008 (skup mleka).

⁸ DKK - 28/07 (sprzedaż węgla kamiennego).

⁹ DKK - 18/2007 (obrot wierzycielnościami).

¹⁰ DOK - 73/2007 (produkcja kauczuku), DOK - 46/07 (dystrybucja gazów).

¹¹ DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe i tramwajowe), DKK - 9/2011 (żywice PET).

¹² DKK - 39/2011 (przewozy kolejowe), DKK - 56/07 (wózki widłowe z przeciwwagą).

¹³ DKK - 12/11 (internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych).

¹⁴ DOK - 124/2006 (słone przekąski).

Podobnie produkty, które nie są substytutami, lecz raczej towarami komplementarnymi, zakupywanymi zazwyczaj razem, mogą zostać zaliczone do jednego rynku produktowego¹⁵.

DOK - 124/2006 (Lorenz Bahlsen/Polsnack, produkcja słonych przekąsek)

W sprawie dotyczącej połączenia między producentami słonych przekąsek, Prezes UOKiK stanął na stanowisku, iż tego typu produkty tworzą jeden rynek właściwy, jako że wszystkie one zaspokajają te same potrzeby klienta, a cena nie jest elementem kluczowym, wpływającym na wybór klienta. Różne produkty składające się na cały rynek przekąsek słonych są łatwo zastępowalne, a czas konsumpcji i zachowanie konsumenta w miejscu konsumpcji są takie same dla wszystkich produktów w różnych segmentach. Wszystkie przekąski są zwykle konsumowane późnym popołudniem i wieczorem, głównie w czasie oglądania telewizji, relaksu, podczas spotkań towarzyskich i w trakcie spożywania napojów.

Stwierdzono również, iż produkty tworzące poszczególne segmenty rynku słonych przekąsek mają następujące wspólne cechy:

- słone przekąski nie stanowią podstawowej bazy zakupowej (produkt, bez którego można się obyć),
- powody ich spożycia to uczucie głodu, chęć odczucia przyjemności,
- miejsce zakupu wszystkich kategorii słonych przekąsek jest takie samo (małe, duże i średnie sklepy spożywcze, super i hipermarkety, kluby, kawiarnie, puby, stacje benzynowe, kina, szkoły), jak również okoliczności ich spożycia (oglądanie telewizji, spotkania towarzyskie i rodzinne, uczenie się, czytanie, publiczne imprezy),
- ich wspólną cechą jest wysoka kaloryczność,
- czynniki wpływające na zakup wszystkich kategorii słonych przekąsek są takie same – impulsywność zakupu, duży wpływ reklamy, ułożenie na półce (umieszczone obok siebie tworzą łączną ofertę słonych przekąsek).

DKK - 66/08 (INVOPTIC/JZO, produkcja maszyn i urządzeń optycznych)

Analizując okoliczności koncentracji wpływającej m.in. na rynek maszyn i urządzeń optycznych, organ antymonopolowy uznał, że maszyny i urządzenia optyczne, ze względu na ich zastosowanie, dzielą się na maszyny/urządzenia stosowane w zakładach optyków, które służą do cięcia i oprawiania soczewek okularowych oraz na maszyny/urządzenia służące lekarzom-okulistom do mierzenia wymaganej korekty wzroku. W związku z tym w ogólnym rynku maszyn/urządzeń optycznych możliwe było wyróżnienie dwóch segmentów, tj. rynku maszyn/urządzeń dla optyków i rynku maszyn/urządzeń dla okulistów. Organ antymonopolowy uznał jednak, że podział rynku maszyn/urządzeń optycznych na dwa odrębne rynki produktowe nie był konieczny. Jedną z przyczyn takiej decyzji był fakt, iż podział na dwa rynki produktowe maszyn/urządzeń optycznych stał się systematycznie coraz mniej wyraźny również z tego względu, iż główna grupa nabywców tych produktów, czyli zakłady optyczne, zatrudniały coraz częściej lekarzy-okulistów i w związku z tym optycy na ogół nabywali oba typy tych maszyn/urządzeń.

Określone produkty mogą się również charakteryzować zespołem cech (szerokość asortymentu, połączona z możliwością obejrzenia produktu i dogodną lokalizacją¹⁶, czy też duża powierzchnia handlowa połączona ze znaczącą liczbą odpowiednio dobranych sklepów i dogodną lokalizacją¹⁷), które powodują, iż oferujących je przedsiębiorców należy odróżnić od mniejszych konkurentów, mimo iż oferują teoretycznie taką samą usługę (jak ma to miejsce, odpowiednio, w przypadku małych sklepów i mniejszych galerii handlowych). Zbliżone produkty mogą również w odmienny sposób zaspokajać tę samą potrzebę (np. obejrzenie filmu w kinie i na DVD)¹⁸.

DKK - 76/2008 (Jeronimo Martins/Plus, sprzedaż detaliczna AKCU w HSD)

W sprawie dotyczącej przejęcia konkurenta przez największą sieć dyskontową w Polsce dokonano szerszej analizy różnic pomiędzy rynkiem sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku (AKCU) w hipermarketach, supermarketach i dyskontach (HSD), a rynkiem ich sprzedaży w mniejszych formatach handlowych. Jak stwierdzono, rynek HSD oferuje szerszy asortyment produktowy niż tradycyjny handel. W sklepach wielkopowierzchniowych można nabyć szereg różnych rodzajów produktów – od artykułów

¹⁵ DKK - 66/08 (dystrybucja maszyn i urządzeń optycznych), DKK - 56/07 (dystrybucja urządzeń magazynowych).

¹⁶ DKK - 76/2008 (sprzedaż detaliczna AKCU w HSD).

¹⁷ DKK - 64/10 (wynajem powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych).

¹⁸ DKK - 49/08 (wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych).

spożywczych przez środki chemiczne, produkty gospodarstwa domowego, odzieży, aż po sprzęt RTV-AGD. Dodatkowo w ramach poszczególnych grup asortymentowych, takich jak kawa czy herbata, konsumenci posiadają szerszy wybór. Sieci wielkopowierzchniowe oferują klientom towary markowe, jak i produkty pod marką własną.

W odróżnieniu od nich sklepy małoformatowe mają ograniczony asortyment produktów – dominują tu przede wszystkim artykuły spożywcze oraz w wąskim zakresie środki chemiczne. Mniejsze sklepy oferują głównie towary markowe.

Sklepy wielkopowierzchniowe wyróżnia ich samoobsługowy charakter, pozwalający nabywcom na swobodne przemieszczanie się i oglądanie towarów na półkach, zastanawianie się nad ich wyborem, a także porównywanie ich z innymi produktami. Takiej możliwości, w większości przypadków, nie dają konsumentom mniejsze sklepy, gdzie towar podawany jest przez sprzedawcę i praktycznie nie ma możliwości swobodnego oglądania produktów.

DKK - 64/10 (Unibail Rodamco/Simon Ivanhoe, wynajem powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych)

W sprawie dotyczącej koncentracji między właścicielami trzech największych centrów handlowych w Warszawie powstała wątpliwość, czy do rynku właściwego należy zaliczać wszystkie centra handlowe, czy też tylko niektóre z nich. Po przeprowadzeniu badania rynku Prezes Urzędu uznał, iż za konkurentów centrów handlowych należących do uczestników koncentracji można uznać jedynie te centra handlowe, które nie odbiegają od nich istotnie w zakresie następujących parametrów:

- wielkości powierzchni całego obiektu handlowego,
- wielkości powierzchni centrum handlowego, po odliczeniu wielkości hipermarketu,
- liczby najemców centrum handlowego,
- tzw. mixu najemców,
- lokalizacji.

W ocenie organu antymonopolowego centra handlowe o największej powierzchni, dużej liczbie zróżnicowanych najemców (pozwalającej na szeroki zakres zakupów) oraz dogodnym usytuowaniu komunikacyjnym (umożliwiającym dogodne dotarcie do nich także za pomocą środków komunikacji miejskiej) stanowiły odrębną kategorię obiektów, spotykającą się jedynie z ograniczoną konkurencją ze strony obiektów mniejszych w zakresie przyciągania zarówno konsumentów, jak i najemców. Pozostałe formaty handlowe z kolei nie zostały uznane za konkurentów centrów handlowych, z uwagi na znaczące różnice, powodujące, że co do zasady nie było możliwe dokonanie w nich zakupów w tak szerokim zakresie i z taką łatwością, jak w przypadku centrów handlowych, nie oferowały również tak szerokiej możliwości spędzenia czasu wolnego.

DKK - 49/08 (Multikino/Silver Screen, wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych)

Analizując substytucyjność między poszczególnymi formami oglądania filmów, Prezes Urzędu uznał, że brak jest substytutów mogących zastąpić oglądanie filmów wyświetlanych w kinach. Za takim poglądem przemawiał w szczególności fakt, iż kina zapewniają znacznie większy format obrazu niż telewizory czy projektory, dysponują również profesjonalnym systemem nagłośnienia. W takich okolicznościach należałoby oczekiwać, iż wybierając się na seans filmowy, konsument będzie oczekiwał innych doznań (wielkość ekranu, efekty dźwiękowe, etc.) niż w przypadku filmów oglądanych za pośrednictwem innego medium.

Różnice w cenach

Różnice w cenach w przypadku produktów o podobnym przeznaczeniu mogą wskazywać, iż w istocie spełniają one inne funkcje bądź znacząco różnią się jakością, co ogranicza ich substytucyjność¹⁹. Takie same produkty (np. świadczenia medyczne), lecz inaczej finansowane (np. poprzez ubezpieczenia prywatne i społeczne), w

¹⁹ RPZ - 38/2006 (wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych), DKK - 46/07 (blachy konstrukcyjne), DKK - 66/08 (soczewki mineralne), DKK - 39/09 (materiały ścienne murowane), DKK - 76/2008 (sprzedaż detaliczna AKCU w HSD), DOK - 116/06 (podchloryn sodu).

wyniku czego przez odbiorców jedne traktowane są jako odpłatne, a drugie jako darmowe, określa się jako odrębne rynki produktowe²⁰. Różnice cenowe w przypadku produktów, wydatki na które mają niewielki udział w budżetach zakupujących je podmiotów (w związku z czym ich ceny postrzegane są przez wspomniane podmioty jako nominalnie niskie) mają mniejsze znaczenie niż w przypadku produktów, wydatki na które stanowią znaczną część budżetu²¹.

DKK - 76/2008 (Jeronimo Martins/Plus, sprzedaż detaliczna AKCU w HSD)

Informacje uzyskane w trakcie postępowania wskazywały, że ceny w obiektach typu HSD (hipermarkety, supermarkety, dyskonty) są znacząco niższe niż w sklepach o mniejszej powierzchni. W połączeniu z potwierdzoną badaniami znaczącą wrażliwością cenową polskich konsumentów wskazywało to, że sklepy wielkopowierzchniowe i te o powierzchni mniejszej są z punktu widzenia konsumentów bardziej komplementarne, niż substytucyjne – w sklepach wielkopowierzchniowych i mniejszych formatach zakupy dokonywane były co do zasady w odmienny sposób i z odmiennych powodów – co potwierdzały również inne dane dotyczące sposobu dokonywania zakupów w poszczególnym rodzaju sklepach.

DKK - 60/08 (Beatrice Investments/Centrum Medyczne LIM, odpłatne usługi medyczne)

Główną przyczyną wyodrębnienia odpłatnych i finansowanych przez NFZ usług medycznych był fakt istnienia znaczącej grupy pacjentów, która korzysta wyłącznie z usług medycznych finansowanych przez NFZ, bowiem nie stać ich na korzystanie z usług odpłatnych. Wzięto pod uwagę również okoliczność, że publiczne zakłady opieki zdrowotnej nie mogły pobierać od pacjentów opłat za usługi świadczone w ramach kontraktów z NFZ. Ostatecznie wyodrębniono rynek odpłatnych usług medycznych (podstawowych i ambulatoryjnych) świadczonych na rzecz indywidualnych pacjentów, pracodawców zakupujących usługi dla swoich pracowników oraz firm ubezpieczeniowych oferujących ubezpieczenia zdrowotne zarówno pacjentom indywidualnym, jak i ich pracodawcom.

DOK - 124/2006 (Lorenz Bahlsen/Polsnack, słone przekąski)

Jednym z czynników, który doprowadził organ antymonopolowy do przyjęcia szerokiej definicji rynku przekąsek słonych, był fakt, iż ceny nie stanowiły istotnego czynnika wyboru poszczególnych przekąsek, ponieważ były nominalnie niskie. W przypadku produktów o nominalnie niskiej cenie, nawet duża różnica względna może nie mieć istotnego znaczenia dla odbiorców, zwłaszcza jeśli dane produkty nie są zakupywane często, a więc wydatki na nie nie stanowią istotnej części budżetu podmiotów dokonujących zakupu. Bezwzględna różnica między cenami nie będzie bowiem na tyle znacząca, by zmienić zachowanie klientów.

Odmienność klientów i ich zachowań

Specyfika produktów lub usług może powodować, że w istocie ich odbiorcy będą różni, a sama usługa lub produkt będzie zaspokajać inne potrzeby. W szczególności okoliczność ta może dotyczyć rynków dystrybucyjnych, gdzie rynek produktowy może być odmienny w zależności od skali dostaw²², a dostawcy dostarczający produkty na mniejszą skalę konkurują innymi parametrami niż dostawcy duzi (np. szerokością dostępnego asortymentu i szybkością dostaw)²³. Różna skala dostaw może się wiązać także ze stosowaniem odmiennych technologii (np. dostarczanie gazów w fazie ciekłej lub lotnej, w butlach lub rurociągami)²⁴. Odmienność odbiorców wpływa na wyróżnienie poszczególnych szczebli obrotu jako odrębnych rynków²⁵, może również różnicować kanały dystrybucji, jeśli korzystają z nich odbiorcy o odmiennym profilu (np. demograficznym)²⁶. Odmienność odbiorców będą mieli również przedsiębiorcy przedstawiający ofertę w ramach danego rynku niszową²⁷.

²⁰ DKK - 60/08 (odpłatne usługi medyczne).

²¹ DOK - 124/2006 (słone przekąski).

²² DOK - 46/07 (dystrybucja gazów).

²³ DKK - 28/08 (dystrybucja produktów stalowych za pomocą składów produktów stalowych).

²⁴ DOK - 46/07 (dystrybucja gazów).

²⁵ DKK - 79/08 (sprzedaż wyrobów leczniczych).

²⁶ DKK - 12/11 (internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych i nagrań).

²⁷ DKK - 49/08 (wyświetlanie filmów w kinach wielosalowych).

DOK - 46/07 (Air Products/BOC Gazy, dystrybucja gazów)

W niniejszej sprawie przyjęto – za orzecznictwem Komisji Europejskiej – że dostawy tonażowe, dostawy masowe i dostawy w butlach wyznaczają odrębne właściwe rynki produktowe. Podział rynków gazów technicznych i specjalistycznych na tonażowy, masowy (cysterny) i butli był powszechnie przyjmowany przez przedsiębiorców działających na rynku i wiązał się przede wszystkim z wielkością zapotrzebowania odbiorcy. Poza tym na każdym z rynków dystrybucji, gazy dostarczane w tonażu, masowo (w cysternach) i butlach różniły się także poziomem cen, kosztami transportu i wynajmu pojemników, co uzasadniało kwalifikację rynków poszczególnych gazów technicznych i specjalistycznych podzielonych według opisanych powyżej metod dystrybucji, jako odrębnych właściwych rynków produktowych.

DKK - 79/08 (Torfarm/Promedic, sprzedaż produktów leczniczych)

Za wyróżnieniem rynku przedhurtowego jako odrębnego od hurtowej sprzedaży wyrobów farmaceutycznych do aptek i do szpitali przemawiał szereg istotnych różnic między nimi. W szczególności rynek przedhurtowy od hurtowego odróżniał rodzaj kontrahentów, skala transakcji oraz przedmiot działalności. Na rynku przedhurtowym kontrahentami przedsiębiorców (przedhurtowników) byli producenci leków oraz hurtownie, stanowił on bowiem pośredni szczebel obrotu pomiędzy produkcją a sprzedażą hurtową.

DKK - 49/08 (Multikino/Silver Screen, wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych)

Z definicji rynku produktowego wyłączono wyświetlanie filmów w kinach tradycyjnych, jednosalaowych. Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że kina wielosalaowe (tzw. multipleksy) to nowoczesne obiekty kinowe zlokalizowane zazwyczaj w centrach handlowych lub ich sąsiedztwie, oferujące znacznie bardziej bogatą ofertę filmową (wyświetlanie w tym samym czasie filmów zróżnicowanych zarówno pod względem gatunku, jak i przedziału wiekowego odbiorców, umożliwia zorganizowanie „wyjścia do kina” dla całej rodziny). Multipleksy dysponują przy tym dodatkową ofertą w postaci tzw. snack barów, oferujących przekąski i napoje, a także kawiarni i restauracji. W odróżnieniu od nich, kina jednosalaowe to zazwyczaj starsze obiekty, o skromniejszym wyposażeniu i z uboższą ofertą filmową, gdzie nowości filmowe wyświetlane są później niż w multipleksach. Jednak oferta kin tradycyjnych może mieć charakter ambitniejszy, a tym samym niszowy.

Odmienne zachowania klientów w odniesieniu do poszczególnych produktów lub usług, nawet o bardzo zbliżonym charakterze, może wskazywać na ich ograniczoną substytucyjność. W szczególności może mieć to znaczenie w odniesieniu do kanałów dystrybucji określonych produktów. Odmienność zachowań w zakresie średniej wielkości zakupu²⁸, częstotliwości dokonywanych zakupów²⁹, czy też znaczenia przypisywanego marce³⁰ były uznawane za czynniki wskazujące na odrębność badanych kanałów dystrybucji produktów jako rynków właściwych.

DKK - 12/11 (Empik/Merlin, internetowa sprzedaż książek specjalistycznych i nagrań na nośnikach tradycyjnych)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez Empik sklepu internetowego Merlin.pl, jednym z argumentów, który wpłynął na wyodrębnienie rynku sprzedaży książek specjalistycznych i nagrań na nośnikach tradycyjnych przez Internet od handlu tradycyjnego tymi produktami, była znacznie wyższa średnia wartość jednego zrealizowanego zamówienia/zakupu w sprzedaży internetowej od takiej średniej dla sprzedaży tradycyjnej. Wskazywało to na odmienną zachowań konsumentów korzystających z poszczególnych kanałów sprzedaży detalicznej. Wynikało to z kolei przede wszystkim z faktu, że w transakcjach internetowych cena produktu nie jest, tak jak w tradycyjnych, równa kosztowi książki, gdyż pod uwagę trzeba wziąć również koszty dostawy, co z kolei skłaniało konsumentów do składania większych zamówień, pozwalających na rozłożenie kosztów przesyłki na większą liczbę zakupywanych produktów.

²⁸ DKK - 12/11 (internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych i nagrań).

²⁹ DKK - 76/2008 (sprzedaż detaliczna AKCU w HSD).

³⁰ DKK - 12/11 (internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych i nagrań).

DKK - 76/2008 (Jeronimo Martins/Plus, sprzedaż detaliczna AKCU w HSD)

Wyodrębniając sprzedaż detaliczną AKCU w sklepach HSD od tej dokonywanej w tzw. sklepach tradycyjnych, organ antymonopolowy uwzględnił większą częstotliwość wizyt konsumentów w sklepach tradycyjnych niż w nowoczesnym kanale dystrybucji. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynikało, że konsumenci odwiedzają tradycyjne sklepy średnio 15 razy w miesiącu, natomiast sklepy dyskontowe oraz supermarkety średnio 7 razy w miesiącu, a hipermarkety tylko 4 razy w miesiącu. Wskazywało to na odmienności motywów, którymi kierują się konsumenci dokonując zakupów z jednej strony w obiektach HSD (konsumenci muszą pokonać zazwyczaj duże odległości by dotrzeć do takich sklepów, zakupy dokonywane są zatem z mniejszą częstotliwością, ale wartość zakupów jest relatywnie wysoka; konsumentów przyciągają do tego formatu sprzedaży m.in. niższe ceny towarów niż w sklepach tradycyjnych oraz ich większa oferta) i w sklepach tradycyjnych (konsumenci nie muszą pokonywać znacznych odległości by dotrzeć do takich sklepów więc zakupy mogą być dokonywane z większą częstotliwością; wartość zakupów jest relatywnie mniejsza w stosunku do tych dokonywanych w placówkach HSD, ceny są relatywnie wysokie, więc często dokonywane tam zakupy są traktowane jako uzupełniające w stosunku do zakupów dokonywanych w placówkach HSD).

DKK - 12/11 (Empik/Merlin, internetowa sprzedaż książek specjalistycznych i nagrań)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez Empik sklepu internetowego Merlin.pl organ antymonopolowy wskazał na znaczenia marki i zaufania klienta do sprzedawcy jako element istotnie różnicujący handel tradycyjny i internetowy. W przypadku handlu tradycyjnego osobisty kontakt ze sprzedawcą i produktem powoduje, że konsument skłonny jest kupować produkty, szczególnie takiego typu, których sprzedaży dotyczyła decyzja, nawet u nieznanych sprzedawców. W tej sytuacji nie ma bowiem ryzyka, które występuje przy transakcjach internetowych, że sprzedawca nie zrealizuje zamówienia lub że będzie ono niezgodne z opisem. Konsumenci kupujący w Internecie starają się natomiast wybierać marki sklepów znane i takie, do których mają zaufanie, zmniejszając w ten sposób ryzyko nieudanej transakcji oraz uzyskując większą gwarancję, że sprzedawca zapewni możliwość reklamacji lub ewentualny serwis posprzedażowy. Zależności tego rodzaju powodują, że konkurencja cenowa w handlu internetowym nie zawsze przynosi efekty proporcjonalne do tych występujących w kanale tradycyjnym. Nawet znacznie tańsze sklepy o mniejszej renomie (czyli o mniejszym zaufaniu konsumentów) oferujące identyczny towar, są mniej konkurencyjne niż sklepy o znanej marce.

Dostępność czasowa

Produkty zaspokajające zbliżone potrzeby mogą nie być dostępne w tym samym czasie. Dotyczy to w szczególności produktów, które trafiają do różnych form dystrybucji sekwencyjnie, takich jak filmy, które najpierw wyświetlane są w kinach³¹.

DKK - 49/08 (Multikino/Silver Screen , wyświetlanie filmów w kinach wielosalowych)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez Multikino kontroli nad Silver Screen organ antymonopolowy uznał, iż m.in. z uwagi na fakt, że filmy w kinach wyświetlane są dużo wcześniej niż te w telewizji lub te wydawane na najbardziej popularnym nośniku tj. płytach DVD, zarówno filmy wyświetlane w telewizji jak i te zamieszczane na płytach DVD nie mogą zostać uznane za substytuty dla filmów wyświetlanych w kinach (nie mogą zostać zaliczone do tego samego rynku produktowego). Konsument wybierający się do kina ma bowiem do czynienia z inną ofertą filmową niż w przypadku alternatywnych mediów.

Koszty zmiany wykorzystywanego produktu

Konieczność poniesienia kosztów związanych z przestawieniem się na korzystanie z innego produktu lub dostawcy ogranicza substytucyjność między takimi produktami³², ponieważ utrudnia skorzystanie z alternatywnych produktów w reakcji na zmianę cen.

³¹ DKK - 49/08 (wyświetlanie filmów w kinach wielosalowych), powyższą okoliczność można by rozpatrywać z punktu widzenia rynku czasowego, niemniej jednak dla zachowania klarowności analizy jest ona brana pod uwagę przy rozpatrywaniu rynku produktowego.

DKK - 131/10 (Mondi/Smurfit, przemysłowe worki papierowe)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez Mondi kontroli nad Smurfit, organ antymonopolowy oceniając kwestię substytucyjności pomiędzy przemysłowymi workami papierowymi, a workami przemysłowymi wykonanymi z innych materiałów, wskazał, iż istotne znaczenie z punktu widzenia odbiorców worków ma proces ich pakowania. Instalacje pakujące przystosowane do pakowania produktów w worki papierowe nie mogą bowiem – bez ponoszenia znacznych kosztów – zostać przystosowane do pakowania worków wykonanych z innych materiałów. Zastosowanie worków z materiałów innych niż papier wymagałoby zakupu nowych bądź przebudowy posiadanych instalacji, a tym samym poniesienia przez odbiorców worków wysokich nakładów inwestycyjnych. W związku z powyższym przemysłowe worki papierowe uznane zostały za odrębny rynek produktowy.

Różnice w regulacjach prawnych

Odmienne uregulowanie określonych sfer działalności może powodować, iż sprzedaż analogicznych produktów będzie odbywała się na innych zasadach i w odmiennych warunkach konkurencji. Odmienne regulacje mogą ograniczać swobodę zachowań cenowych w stosunku do określonych grup odbiorców³³ (w szczególności poprzez ustalanie na dany produkt cen maksymalnych dla jednych grup odbiorców, a dla innych nie³⁴), różnicować bariery regulacyjne³⁵, wiązać się z dodatkowymi, istotnymi kosztami³⁶, jak również potwierdzać odrębność określonych dziedzin działalności gospodarczej, które poddane są odrębnym regulacjom taryfowym³⁷.

DKK - 14/08 (Torfarm/Panaceum, dostawa produktów leczniczych do aptek)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez Torfarm kontroli nad Hurtownią Leków Panaceum, organ antymonopolowy wyodrębniając rynek hurtowej sprzedaży farmaceutyków do aptek oraz rynek hurtowej sprzedaży farmaceutyków do szpitali uwzględnił między innymi fakt, że rynki te regulowane są przez odrębne przepisy. Jedną z konsekwencji odmiennych regulacji prawnych tych rynków było z kolei to, że część leków miała określone ceny maksymalne na rynku aptecznym, zaś na rynku szpitalnym kształtowały się one w zależności od polityki producentów, a w dalszej kolejności hurtowni farmaceutycznych, jako że nie były one objęte rozporządzeniem w sprawie wykazu cen na produkty lecznicze nabywane przez zakłady lecznictwa zamkniętego. Oznacza to, że na rynku aptecznym odbiorca, tj. pacjent, miał możliwość zakupu części leków po tzw. cenie ryczałtowej, zaś szpitale zakupywały leki po cenach oferowanych przez dostawców.

Pod uwagę wzięto również fakt, że obrót na rynku szpitalnym był szczegółowo uregulowany ustawą o zamówieniach publicznych, przez co miał charakter sformalizowany (zamówienia poprzedzane były przetargami).

DKK - 1/2011 (PGE/Energa, sprzedaż detaliczna energii elektrycznej)

W sprawie dotyczącej koncentracji między producentami energii elektrycznej organ antymonopolowy dokonał podziału rynku sprzedaży detalicznej energii elektrycznej na segment odbiorców z tzw. grupy G (gospodarstwa domowe) oraz pozostałych odbiorców. Na taką decyzję wpłynął fakt, iż odbiorców z grupy G obowiązywały ceny energii elektrycznej zatwierdzone przez Prezesa URE w taryfie, natomiast w stosunku do pozostałych odbiorców takie regulacje nie obowiązywały. W efekcie w segmencie sprzedaży detalicznej energii elektrycznej dla odbiorców z tzw. grupy G konkurencja w praktyce nie istniała, a dostawy dla tych odbiorców realizowane były przez tzw. sprzedawców z urzędu. Takie ograniczenie nie występowało natomiast w przypadku pozostałych odbiorców energii elektrycznej.

DKK - 94/2011 (SITA Polska/Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych, rynek odpadów niebezpiecznych)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez SITA Polska kontroli nad Przedsiębiorstwem Robót Sanitarno-

³² DKK - 131/10 (worki papierowe i plastikowe), DKK - 10/2011 (zakrętki metalowe i plastikowe).

³³ DKK - 14/08 (dostawa produktów leczniczych do aptek).

³⁴ DKK - 1/2011 (wytworzenie i wprowadzanie do obrotu energii elektrycznej).

³⁵ DKK - 14/08 (dostawa produktów leczniczych do aptek).

³⁶ DKK - 94/2011 (odbior odpadów niebezpiecznych).

³⁷ DKK - 7/09 (produkcja i dystrybucja ciepła).

Porządkowych organ antymonopolowy wyznaczając właściwy rynek dla działalności polegającej na odbiorze odpadów niebezpiecznych wziął pod uwagę oprócz takich czynników, jak duże rozproszenie i niewielka liczba miejsc utylizacji i składowania odpadów niebezpiecznych w zależności od rodzaju odpadów, ostrzejsze niż w przypadku rynku wywozu śmieci (odpadów komunalnych) wymagania techniczne dotyczące środków i sposobu transportu odpadów niebezpiecznych, co miało wpływ na liczbę podmiotów oferujących te usługi, charakter podmiotów wytwarzających takie odpady (przemysł ciężki, chemiczny), a także na wysoką w porównaniu z rynkiem wywozu odpadów komunalnych cenę jednostkową za kilogram wywiezionych odpadów.

DKK - 7/09 (ENERGA Elektrownie Ostrołęka/Ostrołęckie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej, produkcja i dystrybucja ciepła)

W sprawie dotyczącej przejścia przez ENERGA Elektrownie Ostrołęka kontroli nad Ostrołęckim Przedsiębiorstwem Energetyki Ciepłej organ antymonopolowy wskazał na odrębność rynków produktowych, na których działają producenci ciepła i dystrybutorzy ciepła. Odrębność ta wynikała m.in. z różnych taryf cenowych (innych dla producentów ciepła, innych dla dystrybutorów), zatwierdzanych przez Prezesa URE.

2.2. Substytucyjność podażowa

O ile substytucyjność popytowa oznacza możliwość przestawienia się nabywcy na zakup innego towaru, to substytucyjność podażowa zachodzi wówczas, gdy to przedsiębiorca może łatwo przestawić się na produkcję innego towaru. Czynnik ten powinien być brany pod uwagę wtedy, gdy przedsiębiorca nieprodukujący określonego produktu posiada wiedzę i potencjał wytwórczy umożliwiający rozpoczęcie jego wytwarzania w krótkim czasie i bez ponoszenia istotnych, dodatkowych kosztów. Takich potencjalnych wytwórców (i produkty, z których łatwo się przestawić na wytwarzanie danego towaru) można zaliczyć do rynku właściwego, jakkolwiek ich wpływ na możliwość niekonkurencyjnego zachowania uczestników rynku można również analizować na etapie oceny wpływu koncentracji na rynek. Czynniki brane pod uwagę przy ocenie istnienia i skali substytucyjności podażowej obejmują: zbliżony proces produkcyjny³⁸, infrastrukturę i umiejętności wykorzystywane przy świadczeniu określonych usług³⁹ oraz używane do produkcji surowce⁴⁰.

DKK - 56/07 (Toyota Industries/Emtor, urządzenia magazynowe)

W niniejszej sprawie organ antymonopolowy uznał za jeden rynek w aspekcie produktowym rynek urządzeń magazynowych, pomimo że w jego skład wchodziło szereg różniących się urządzeń, takich jak wózki do poruszania się w ciasnej przestrzeni z napędem elektrycznym (tzw. riders), które są wykorzystywane do przenoszenia dużych ładunków lub palet, ręczne wózki z napędem elektrycznym (tzw. chodziki elektryczne walkies), które są wykorzystywane do przenoszenia wszystkich rodzajów towarów oraz wózki ręczne do przewożenia palet, które są zwykle wykorzystywane do małych ładunków przenoszonych na małe odległości. Segment urządzeń magazynowych można było zatem podzielić na dalsze podgrupy ze względu na poszczególne zastosowania, wielkość oraz inne cechy charakterystyczne. Każdy produkt służył bowiem do innego, bardzo specyficznego celu. O zaliczeniu tych urządzeń do jednego rynku przesądził jednakże fakt, iż produkty te stanowiły część całościowego systemu i uzupełniały się nawzajem. Spółki, które zakładają nowe magazyny wymagały całego asortymentu urządzeń magazynowych lub przynajmniej urządzeń podstawowych, w związku z czym bardzo często we wszystkich asortymentach klientami były te same podmioty. Dotyczy to także aspektu dostawy. Dostawcy urządzeń magazynowych zasadniczo produkowali bowiem cały lub prawie cały asortyment produktowy, zazwyczaj w tym samym miejscu produkcji. Główne komponenty, wykorzystywane maszyny produkcyjne oraz cała produkcja podstawowa była taka sama dla wszystkich typów urządzeń magazynowych, a różnice występowały jedynie w montażu końcowym, ze względu na różne dodatkowe komponenty.

DKK - 98/08 (PESA/PREMA, naprawa elektrycznych systemów trakcyjnych)

Oceniając czy rynek napraw lokomotyw kolejowych, tramwajowych oraz taboru kolejowego i tramwajowego powinien być rozpatrywany w ujęciu wąskim czy też szerokim Prezes UOKiK uznał, że rynek ten ma charakter „mieszany”, tzn. z jednej strony występują przedsiębiorcy wyspecjalizowani, prowadzący działalność w zakresie napraw wąskiego asortymentu taboru kolejowego, a z drugiej strony przedsiębiorcy prowadzący

³⁸ DKK - 56/07 (urządzenia magazynowe), DKK - 9/07 (systemy uszczelnień).

³⁹ DKK - 98/08 (naprawa elektrycznych systemów trakcyjnych).

⁴⁰ DKK - 82/2011 (produkcja farb i lakierów).

działalność w zakresie napraw szerszego asortymentu taboru kolejowego. Z przeprowadzonych w trakcie postępowania badań ankietowych wynikało, że za wąskim określeniem rynku (jako rynku napraw poszczególnych rodzajów/typów taboru) opowiadają się przede wszystkim przedsiębiorcy specjalizujący się w naprawie jednego typu taboru kolejowego. Przedsiębiorcy oferujący naprawy większej ilości rodzajów taboru kolejowego (posiadający odpowiednią infrastrukturę i personel) opowiadali się natomiast za szerokim określeniem rynku (jako jednego rynku napraw lokomotyw). Wynikało to z faktu, że w ich ocenie umiejętności infrastruktura wykorzystywane do naprawy poszczególnych rodzajów taboru, jak również sam zakres i sposób przeprowadzanych napraw, były zbliżone.

DDK - 82/2011 (PPG Industries/Dyrup, produkcja farb i lakierów)

Dokonując oceny produktowego rynku powłok dekoracyjnych (farb i lakierów) Prezes UOKiK stwierdził, iż rynek ten może być ujmowany łącznie lub też podlegać segmentacji na dwa odrębne rynki produktowe, tj. rynek produkcji i sprzedaży farb oraz rynek produkcji i sprzedaży lakierów. Za łącznym ujęciem rynku przemawiała m.in. analiza substytucyjności podażowej. Wiele bowiem surowców, tj. żywice, rozpuszczalniki, pigmenty i dodatki, stosowanych do produkcji lakierów było również stosowanych do wyrobu farb, co wskazywało na wysoką substytucyjność podażową. Ponieważ dla żadnej definicji rynku właściwego zgłoszona transakcja nie prowadziła do istotnego ograniczenia konkurencji, kwestię tę pozostawiono otwartą.

2.3. Asymetryczność substytucji

W przypadku niektórych produktów może zachodzić substytucyjność tylko w jedną stronę, tj. określony produkt wywiera presję konkurencyjną na produkt drugi, jednak odwrotna zależność już nie zachodzi. W odniesieniu do substytucyjności popytowej sytuacja taka może mieć miejsce wówczas, gdy jeden z towarów posiada dodatkowe atrybuty, których brakuje towarowi drugiemu. Nabywcy produktu posiadającego dodatkowe atrybuty mogą mieć znacznie ograniczoną skłonność do przestawienia się na konsumpcję towaru „uboższego”. Natomiast nabywcy towaru „uboższego” mogą bez przeszkód przestawić się na konsumpcję towaru posiadającego dodatkowe atrybuty. Towar „bogatszy” wywiera zatem presję konkurencyjną na towar „uboższy”, podczas gdy odwrotna zależność nie zachodzi. Jako przykład można podać tu dworzec autobusowy, który spełnia podobne funkcje co przystanek autobusowy położony na terenie tej samej miejscowości, jednak posiada dodatkowe atrybuty, które sprawiają, że korzystający z niego (przewoźnicy obsługujący połączenia dalekobieżne) nie są co do zasady skłonni do przestawienia się na korzystanie z przystanków autobusowych, podczas gdy dla większości przedsiębiorców korzystających z przystanków autobusowych dworzec stanowi dobry funkcjonalny substytut okolicznych przystanków. Podobna sytuacja ma miejsce w sektorze handlu, w którym większe sklepy (HSD) mogą wywierać presję na mniejsze, jednak te ostatnie nie stanowią istotnej konkurencji dla pierwszych.

Podobne zjawisko asymetrii może występować w przypadku substytucyjności podażowej. Przykładowo, linie lotnicze obsługujące wyłącznie połączenia czarterowe nie mogą łatwo wejść na rynek połączeń regularnych na tych samych trasach (np. z uwagi na problemy związane z uzyskaniem odpowiedniego dostępu do infrastruktury [tzw. slotów]), natomiast przewoźnicy obsługujący linie regularne mogą z reguły bez problemu oferować połączenia czarterowe.

3. Rynek geograficzny

Rynek geograficzny wyznaczany jest w celu ustalenia obszaru, na którym faktycznie konkurują dostawcy wytwarzający towary tworzące rynek produktowy. Zgodnie z definicją ustawową jest to obszar, na którym ze względu na rodzaj i właściwości produktów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Działający na tym samym rynku geograficznym przedsiębiorcy stanowią w oczach rzeczywistych bądź potencjalnych kontrahentów realną alternatywę dla siebie, co powoduje, iż nie mogą działać od siebie niezależnie, w szczególności zaś podwyższać cen lub w inny sposób pogarszać oferty bez ryzyka utraty kontrahentów.

Czynniki brane pod uwagę przy ustalaniu rynku geograficznego z jednej strony odnoszą się do barier mogących ograniczać przepływ towarów, z drugiej zaś rzeczywistego kształtowania się wspomnianych przepływów oraz

faktycznych zachowań uczestników rynku, które mogą dawać istotne wskazówki odnośnie do istnienia oraz znaczenia barier dla handlu towarami. W szczególności za istotne należy uznać następujące czynniki.

Specyfika produktu

Niektóre produkty z uwagi na szybką utratę swoich właściwości w transporcie⁴¹, czy wraz z upływem czasu od momentu wytworzenia⁴², są ze swej natury sprzedawane na ograniczonym obszarze. Podobnie jest w przypadku usług, które muszą być świadczone z dużą częstotliwością i elastycznością oraz dostosowane do specyficznych wymagań lokalnych odbiorców⁴³.

DOK - 71/07 (CRH Deutschland/E. Schwenk, produkcja i sprzedaż betonu towarowego)

W sprawie dotyczącej koncentracji na rynku betonu towarowego, organ antymonopolowy dokonując oceny w aspekcie geograficznym rynku betonu towarowego, stwierdził, że ze względu m.in. na właściwości betonu towarowego (możliwość rozpoczęcia procesu wiązania, rozwarstwienie itp.), uniemożliwiające przewóz na dalsze odległości, rynkami geograficznymi dla tego produktu są co do zasady rynki lokalne, obejmujące obszar wyznaczony promieniem maksymalnie do 50 km od poszczególnych wytwórni betonu.

DOK - 116/06 (PCC/ZAK&ZAT, produkcja i sprzedaż podchlorynu sodu)

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK przyjął, iż rynek wprowadzania do obrotu podchlorynu sodu ma zasięg krajowy, pomimo że dla wielu chemikaliów za rynek właściwy w ujęciu geograficznym uznaje się rynek szerszy, np. europejski. Jednym z czynników, który wpłynął na taką decyzję była ograniczona trwałość podchlorynu sodu – maksymalnie 2 tygodnie, a w okresie letnim 7 dni. Jest to bowiem produkt, który łatwo się rozkłada w obecności zanieczyszczeń mechanicznych i chemicznych oraz w wyniku podwyższonej temperatury. Czynniki te w istotnym stopniu ograniczały możliwość ekspansji geograficznej sprzedaży podchlorynu sodu.

DKK - 54/08 (PZF Cefarm Lublin/GCF, hurtowa sprzedaż wyrobów farmaceutycznych)

W sprawie dotyczącej przejścia przez PZF Cefarm Lublin kontroli nad GCF, organ antymonopolowy stwierdził, iż wymiar regionalny działalności hurtowni farmaceutycznych wynika m.in. z konieczności zapewnienia klientowi dużej częstotliwości (średnio dwóch dziennie) i szybkości dostaw wyrobów farmaceutycznych. Ponadto dostarczanie wyrobów farmaceutycznych było opłacalne jedynie w pewnej odległości od magazynu. Ponieważ dystrybutorzy produktów farmaceutycznych konkurowali ze sobą pod względem terminów i czasu realizacji zamówień, by zapewnić sobie optymalne warunki dostawy towarów do klienta, lokowali na ogół hurtownie i magazyny w takiej okolicy, w której prowadzą najbardziej aktywną działalność.

Koszty transportu

Zasadniczą barierą ograniczającą możliwość przepływu towarów jest koszt transportu, który zwiększa ich ostateczną cenę. Z punktu widzenia zasięgu rynku geograficznego istotna jest tutaj relacja kosztów transportu do wartości towaru. Wartość powyższego wskaźnika wskazująca na niewielki udział kosztów transportu w cenie produktu jest w decyzjach Prezesa UOKiK różna, niemniej jednak zazwyczaj kształtuje się poniżej 10%. Opłacalność transportu może jednak zależeć także od innych czynników, takich jak np. wysokość osiągniętych marż. Przy tych samych kosztach transportu towary o większej wartości w stosunku do objętości opłaca się przewozić na większe odległości niż towary o wartości mniejszej. Z tego względu przy ocenie zasięgu rynku geograficznego zastosowanie znajdują również oceny uczestników rynku odnośnie do promienia, w jakim opłaca się przewozić określone towary⁴⁴, względnie ustalenia innych organów ochrony konkurencji w tym zakresie⁴⁵. Z uwagi na ten czynnik niektóre towary mogą być sprzedawane lub usługi świadczone wyłącznie lokalnie⁴⁶, na terenie kraju⁴⁷, Europy⁴⁸, czy nawet na większym obszarze⁴⁹. Koszty transportu mogą również dotyczyć usług, do świadczenia których niezbędne jest dostarczenie produktu, w stosunku do którego usługa będzie wykonywana⁵⁰.

⁴¹ RBG 1/2007 (wytworzenie ciepła), DOK - 71/07 (produkcja i sprzedaż betonu towarowego).

⁴² DKK - 73/2008 (skup mleka), DOK - 116/06 (produkcja podchlorynu sodu).

⁴³ DKK - 54/08 (hurtowa sprzedaż wyrobów farmaceutycznych).

⁴⁴ DKK - 131/10 (papierowe worki przemysłowe), DKK - 10/2011 (zamknięcia metalowe typu twist-off).

⁴⁵ DOK 46/07 (sprzedaż hurtowa i detaliczna gazów).

⁴⁶ DKK - 28/07 (sprzedaż kruszywa), RWA 43/2008 (składowanie odpadów komunalnych).

⁴⁷ DOK - 116/06 (sprzedaż kwasu solnego).

⁴⁸ DKK - 9/07 (uszczelnienia karoseryjne).

⁴⁹ DOK - 103/06 (produkcja folii farmaceutycznej i etykiet na napoje).

⁵⁰ RKT - 43/2008 (naprawa, remonty i modernizacja wyrobów kołowych).

DKK - 131/10 (Mondi/Smurfit, papierowe worki przemysłowe)

W sprawie dotyczącej rynku papierowych worków przemysłowych organ antymonopolowy stwierdził, że rynek ten w aspekcie geograficznym powinien obejmować swoim zasięgiem co do zasady obszar o promieniu do 1000 km od zakładu produkcyjnego spółki przejmowanej. Z informacji uzyskanych od uczestników tego rynku wynikało bowiem, iż najczęściej transport worków papierowych odbywa się na odległość nieprzekraczającą wskazanego promienia. Z uwagi jednakże na fakt, iż niektórzy uczestnicy tego rynku wskazywali na większą odległość na jaką opłacalny jest przewóz papierowych worków przemysłowych, organ antymonopolowy dokonał alternatywnej oceny wpływu tej koncentracji na rynek również dla obszaru położonego w promieniu do 1500 km od zakładu spółki przejmowanej.

DOK - 46/07 (Air Products/BOC Gazy, dystrybucja gazów technicznych)

Dokonując oceny rynków w aspekcie geograficznym dla poszczególnych gazów technicznych oraz gazów specjalistycznych, Prezes UOKiK kierował się głównie orzecznictwem Komisji Europejskiej w tym zakresie. Uzasadnione było to faktem, że Komisja Europejska dokonała szczegółowego badania tych rynków w okresie bezpośrednio przed zgłoszeniem tej koncentracji do Prezesa UOKiK.

RWA 43/2008 (SITA Polska/USKOM, składowanie odpadów komunalnych)

Na lokalny wymiar rynku geograficznego (ograniczonego zasięgiem ekonomicznej opłacalności dojazdu wynoszącej ok. 40-60 km) wskazał organ antymonopolowy m.in. w sprawie dotyczącej odbioru i wywozu odpadów komunalnych. Za takim określeniem tego rynku przemawiał fakt, że specyfiką usług wywozu odpadów komunalnych jest ich ścisłe powiązanie z usługami składowania bądź utylizacji oraz ograniczony zasięg ich świadczenia (wyznaczony granicami rentowności dojazdu oraz udzielonymi zezwoleniami w poszczególnych gminach).

DOK - 116/06 (PCC/Zakłady Azotowe w Tarnowie i w Kędzierzynie-Koźlu, sprzedaż kwasu solnego)

Na krajowy wymiar rynku geograficznego wskazał organ antymonopolowy m.in. w sprawie dotyczącej produkcji i sprzedaży kwasu solnego. Za takim określeniem rynku przemawiał znaczny wpływ kosztów transportu na cenę kwasu solnego, powodujący, że sprzedaż tego produktu do innych krajów byłaby nieopłacalna. Brak takiej opłacalności potwierdzały również dane dotyczące – w praktyce incydentalnych – przypadków eksportu i importu tego produktu.

DOK - 103/06 (Teich/ColorCap, produkcja folii farmaceutycznej i etykiet na napoje)

Za przyjęciem, iż rynki folii farmaceutycznej i etykiet na napoje mają zasięg światowy przemawiał m.in. fakt, iż produkty są sprzedawane w dużych seriach, charakteryzując się jednocześnie niewielkimi rozmiarami i wagą. Jednym transportem można wysłać do odbiorcy duże partie tych produktów, stąd też koszty ich transportu nawet na bardzo duże odległości (transkontynentalne) były stosunkowo niskie, nie stanowiąc bariery ekonomicznej w handlu tymi produktami.

RKT - 43/2008 (NEWAG/ZNLE w Gliwicach, naprawa, remonty i modernizacja wyrobów kołowych)

Definiując rynek w aspekcie geograficznym dla działalności polegającej na naprawie, remontach i modernizacji wyrobów kołowych, Prezes UOKiK stwierdził, że co prawda brak jest istotnych barier prawnych dla świadczenia powyższych usług dla kontrahentów zagranicznych, jednakże m.in. wysokie koszty transportu wyrobów kołowych do usługodawców przesądzają o tym, iż przewoźnicy wybierają zwykle usługodawców krajowych. Argument ten przesądził o określeniu tego rynku jako krajowego.

Barier regulacyjne

Istnienie specyficznych regulacji na danym obszarze może utrudniać przepływ towarów, poprzez zwiększenie kosztów bezpośrednio (jeśli regulacje wiążą się z koniecznością uiszczania opłat) lub pośrednio (nałożenie dodatkowych kosztów sprostania regulacjom). Im większe koszty i czasochłonność związane z przewyżnianiem barier regulacyjnych, tym większy wpływ wywierają one na definicję rynku geograficznego. Regulacje mogą stanowić absolutną barierę dostępu do rynku, jeśli całkowicie blokują określonym dostawcom

(np. zagranicznym) dostęp do całości lub części rynku⁵¹. Z barier podnoszących koszt działalności na danym terytorium najbardziej widoczne są cła które zwiększają cenę produktu na terenie kraju, jak również kontyngenty czy limity, które wprost ograniczają wielkość importu określonego produktu do danego kraju. Bariery regulacyjne mogą przybierać również postać konieczności uzyskania od odpowiednich władz zezwoleń na wwóz lub wywóz określonych produktów⁵² (co, w przypadku odmowy, może uniemożliwiać import z określonego obszaru), atestów lub certyfikatów na produkty⁵³ (zwiększających koszt rozpoczęcia sprzedaży na danym terenie), jak również różnic w normach technicznych między poszczególnymi obszarami, wymagających modyfikacji produktu w zależności od obszaru, na którym ma być sprzedawany. Z drugiej strony proces harmonizacji wymagań regulacyjnych może przyczyniać się do zwiększenia zasięgu rynku geograficznego⁵⁴.

O odrębności danego obszaru jako rynku geograficznego może decydować również istnienie na nim odrębnego podmiotu regulującego określoną działalność, posiadającego uprawnienia do kształtowania panujących na danym terytorium warunków konkurencji (jak np. organy gmin⁵⁵, czy regulator sektorowy⁵⁶). Odrębne regulacje w systemach opieki zdrowotnej poszczególnych krajów (dotyczące rejestracji leków i refundacji świadczeń zdrowotnych) także wskazywane są jako czynnik przesądzający o odrębności rynków krajowych⁵⁷.

DOK - 116/06 (PCC/ZAT&ZAK, towarowe przewozy kolejowe)

Zasadniczym czynnikiem branym pod uwagę przy ustalaniu zasięgu geograficznego rynku kolejowych przewozów towarowych były obowiązujące regulacje. Jakkolwiek, zgodnie z dyrektywami UE, w Polsce przeprowadzano liberalizację rynku transportu kolejowego, nie była ona całkowita. Do końca 2006 r. obowiązywał okres przejściowy na dostęp do polskiego odcinka Transeuropejskich Kolejowych Sieci Towarowych – jedynie 20% przepustowości tej sieci mogło być wykorzystane przez przewoźników zagranicznych do wykonywania przewozów krajowych; bez okresu przejściowego mogły być wykonywane jedynie przewozy międzynarodowe. Z uwagi na istnienie powyższego przepisu, presja konkurencyjna ze strony przedsiębiorstw zagranicznych była na rynku kolejowych przewozów towarowych niewielka.

DKK - 10/09 (Orzeł Biały/Baterpol, przetwarzanie złomu akumulatorowego)

W sprawie dotyczącej połączenia między jedynymi w Polsce odbiorcami złomu akumulatorowego definicja rynku geograficznego była szczególnie istotna z punktu widzenia ustalenia siły rynkowej uczestników koncentracji oraz skutków tej ostatniej. Analiza rynku wskazała, że jakkolwiek nie było zasadniczych przeszkód technicznych ani kosztowych dla transportu zużytych akumulatorów co najmniej do państw ościennych, na drodze takiemu przepływowi stało praktyczne zastosowanie przepisów o ochronie środowiska. Jakkolwiek nie zabraniały one wprost wywozu złomu akumulatorowego poza Polskę, regulator odpowiedzialny za wydawanie zezwoleń na taki wywóz wychodził z założenia, że wspomniany złom winien być utylizowany możliwie blisko miejsca wytworzenia, w związku z czym w praktyce zezwolenia na jego wywóz poza Polskę nie były wydawane: w dwóch latach poprzedzających wydanie decyzji żaden podmiot nie uzyskał zgody na wywóz złomu akumulatorowego z Polski. W związku z powyższym uznano, iż rynek geograficzny obejmuje obszar Polski.

DKK - 67/09 (Cogifer/Koltram, rozjazdy kolejowe)

W przypadku koncentracji dotyczącej rynku rozjazdów kolejowych jednym z istotnych czynników decydujących o przyjęciu krajowego charakteru rynku geograficznego była konieczność uzyskania dla każdego rodzaju rozjazdu świadectw dopuszczenia do eksploatacji w Polsce, wydawanych przez Urząd Transportu Kolejowego. Procedury dopuszczenia miały skomplikowany, czasochłonny i żmudny charakter, dokumentacja techniczna w języku polskim nie była akceptowana zaś procedura odbioru - nawet przy większych seriach produkcyjnych – dotyczyła każdego rozjazdu, co w przypadku produkcji prowadzonej poza granicami Polski wiązało się z koniecznością pokrycia kosztów podróży zagranicznej komisji odbiorczej. Powyższe przeszkody znacząco utrudniały konkurowanie przedsiębiorcom niedziałającym bezpośrednio w Polsce.

⁵¹ DOK - 116/06 (towarowe przewozy kolejowe).

⁵² DKK - 10/09 (przetwarzanie złomu akumulatorowego).

⁵³ DKK - 53/09 (podkłady strunobetonowe), DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe), DKK - 82/2011 (sprzedaż farb i lakierów).

⁵⁴ DKK - 28/08 (sprzedaż produktów stalowych).

⁵⁵ DKK - 94/2011 (odbior odpadów).

⁵⁶ DKK - 23/10 (kredyty samochodowe).

⁵⁷ DOK - 44/07 (leki przeciwkaszlowe).

DKK - 94/2011 (SITA Polska/Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych, odbiór odpadów)

W sprawie dotyczącej rynku odbioru odpadów przyjęto, że mimo iż ich transport jest opłacalny w promieniu ok. 40-60 km od bazy, geograficzny rynek właściwy ogranicza się do obszaru poszczególnych gmin. Konstatacja taka była konsekwencją faktu, że warunki na jakich świadczone są usługi odbierania odpadów komunalnych określają organy poszczególnych gmin, które udzielają zezwoleń na świadczenie na ich obszarze usług odbierania odpadów. Ponadto, na mocy obowiązujących przepisów, rada gminy określa, w drodze uchwały, maksymalne stawki ponoszonych przez właścicieli nieruchomości opłat za usługi odbierania odpadów komunalnych. W takich sytuacjach warunki konkurencji na terenie sąsiadujących gmin mogą się dostrzegalnie różnić, jeśli będą one prowadzić odmienną politykę w zakresie zezwoleń i cen maksymalnych.

Bariery techniczne i kosztowe

Specyfika techniczna rynku może również ograniczać możliwość napływu towarów spoza analizowanego terytorium. Sytuacja taka ma miejsce w szczególności w przypadku towarów wymagających odpowiedniej infrastruktury przesyłowej (np. połączeń między systemami przesyłowymi), której brak lub niedostateczna przepustowość mogą uniemożliwiać import na dane terytorium⁵⁸ lub też znacząco ograniczać jego maksymalną wielkość⁵⁹. Koszty związane z budową określonej infrastruktury mogą być również na tyle duże, że wejście konkurentów na rynek nie będzie opłacalne, działalność w tym zakresie prowadzić będzie tylko jeden przedsiębiorca (monopolista naturalny), a rynek geograficzny wyznaczony będzie zasięgiem jego działalności (określonej zasięgiem posiadanej przez niego infrastruktury)⁶⁰.

RKT - 69/2007 (Energetyka Południe/EC Nowa, wytwarzanie i obrót ciepłem)

Analizując geograficzny zasięg rynku wytwarzania i obrotu ciepłem, wzięto pod uwagę fakt, że jakkolwiek pomiędzy niektórymi, zaopatrywanymi z odmiennych źródeł ciepła poszczególnymi częściami sieci ciepłowniczej na terenie miasta istniały połączenia i teoretycznie można by ich było używać do dostarczania ciepłej wody z innego niż zazwyczaj źródła, w rzeczywistości sytuacja taka była nieprawdopodobna. Wspomniane połączenia w praktyce wykorzystywane były jedynie w wyjątkowych sytuacjach, takich jak awarie, zaś ich regularne użytkowanie wymagałoby przeprowadzenia odpowiedniej, kosztownej modernizacji. W związku z powyższym uznano, iż poszczególne źródła ciepła nie wywierają wzajemnie na siebie presji konkurencyjnej, w związku z czym każda sieć ciepłownicza zaopatrywana z danego źródła ciepła stanowi odrębny rynek geograficzny.

Bariery językowe i związane z brakiem doświadczenia w handlu międzynarodowym

Bariery językowe i brak doświadczenia w handlu międzynarodowym mogą mieć znaczenie w sytuacji, gdy odbiorcy danego produktu są małymi przedsiębiorcami⁶¹. Czynniki te mają jednak znaczenie co najwyżej pomocnicze, jako że przy istotnych różnicach cen między krajami naturalnym zjawiskiem jest pojawienie się pośredników specjalizujących się w sprowadzaniu określonych towarów z zagranicy.

Zróżnicowane preferencje konsumentów

Zróżnicowane preferencje konsumentów na różnych obszarach sprawiają, że substytucyjność takich samych produktów na różnych obszarach może być inna, powodując, iż przedsiębiorcy pragnący sprzedawać swoje towary na obszarach o odmiennych preferencjach muszą albo zmodyfikować swój produkt (i ponieść w związku z tym koszty), zainwestować w zmianę preferencji konsumentów (np. za pomocą kampanii reklamowej⁶²), czy też ponieść inne koszty (poznania lokalnych preferencji, szkolenia pracowników⁶³), albo też nie będą w stanie znaleźć dla niego wystarczająco licznych odbiorców. W szczególności konsumenci na danym terytorium mogą preferować szczególne formy produktu⁶⁴, jego krajowe marki⁶⁵, czy też produkty wykorzystujące określony

⁵⁸ RKT - 69/2007 (wytwarzanie i obrót ciepłem).

⁵⁹ DKK - 1/2011 (wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu energii elektrycznej).

⁶⁰ DKK - 13/07 (dystrybucja ciepła), DKK - 32/07 (dystrybucja energii elektrycznej).

⁶¹ DKK - 66/08 (dystrybucja soczewek mineralnych i organicznych).

⁶² DKK - 5/08 (produkcja piwa).

⁶³ DKK - 56/07 (dystrybucja wózków widłowych).

⁶⁴ DKK - 68/09 (produkcja kisielu).

⁶⁵ DKK - 9/09 (produkcja dżemów).

język⁶⁶. Preferencje konsumentów (np. wynikające z lokalnych tradycji) mogą mieć również wpływ na stosowane na określonych obszarach technologie⁶⁷.

DKK - 5/08 (Kompania Piwowarska/Browar Belgia, produkcja piwa)

Wskazując bariery wejścia na polski rynek piwa zwrócono uwagę na fakt, że wprowadzenie na rynek i utrzymanie nowej marki wiąże się ze znacznymi kosztami, które muszą być ponoszone stale i utrzymywane na zbliżonym poziomie. Znaczenie tego czynnika zwiększał fakt niewielkiej świadomości konsumenckiej wśród odbiorców piwa, często kierujących się w swoich decyzjach zakupowych marką produktu. Powyższe utrudnia wejście na rynek nowym, szerzej nieznanym i nieposiadającym znacznych zasobów finansowych graczom oraz powoduje, że presja konkurencyjna ze strony przedsiębiorców na danym obszarze nieaktywnych, jest niewielka.

DKK - 56/07 (Toyota Industries/Emtor, dystrybucja wózków widłowych)

Określając rynek geograficzny dystrybucji wózków widłowych jako krajowy, wzięto pod uwagę, że podstawę świadczenia takich usług stanowi znajomość klientów oraz ich wymagań. Transgraniczne świadczenie wachlarza usług związanych z dystrybucją osprzętu do przenoszenia materiałów, obejmujących również leasing (rządzący się specyficznymi dla danego kraju przepisami) oraz wynajem wózków widłowych wraz z obsługą, wymagałoby znaczących nakładów oraz szkoleń załogi, co w istotnym stopniu ograniczałoby atrakcyjność takiej organizacji działalności.

DKK - 68/09 (Rieber Foods/FoodCare, produkcja kisiel i galaretek), DKK 9/2009 (Agros Nova/Kotlin, produkcja dżemów)

W sprawach dotyczących koncentracji między producentami (m.in.) kisiel i dżemów wzięto pod uwagę specyfikę preferencji konsumentów na rynku polskim. W przypadku produktów spożywczych ocenianych w pierwszej ze wspomnianych spraw stwierdzono, że na rynku polskim najbardziej popularne były produkty tradycyjne, o prostych formach przetworzenia i wymagające większego nakładu pracy przy przygotowaniu, w przeciwieństwie do rynków Europy Zachodniej, gdzie dominowały produkty przetworzone i wymagające minimalnej ingerencji przy przygotowaniu, takie jak jednoporcjowe budynie, czy galaretki gotowe do spożycia. W drugiej z wymienionych decyzji o krajowym zasięgu rynku geograficznego zadecydowały preferencje konsumentów przywiązanych do marek krajowych: jak ustalono, udział marek innych niż krajowe w rynku polskim był nieznaczny.

Specyfika preferencji odbiorców we wskazanych wyżej przypadkach powodowała, że producenci musieli na obszarze Polski oferować specyficzne, czy to pod względem formy, czy wizerunku produkty, co z kolei ograniczało – ze względów kosztowych i organizacyjnych – możliwość stosowania jednolitych strategii konkurencyjnych na obszarze szerszym niż terytorium Polski.

DKK - 39/09 (Grupa Ożarów/Grupa Silikaty, materiały ściennie murowane)

Rynek produktowy i geograficzny dla materiałów ściennych murowanych został określony szeroko (jako obejmujący szereg różnych materiałów oraz terytorium Polski), jednak analizując jego zakres brano pod uwagę fakt istnienia lokalnych preferencji odnośnie do wykorzystywanych technologii budowlanych, które to preferencje (wynikające zazwyczaj z lokalnych tradycji) stanowiły istotny czynnik wyboru. W sytuacji, w której mieszkańcy określonych terytoriów (np. województw czy regionów) silnie preferują jeden rodzaj materiałów budowlanych (np. pustaki w stosunku do cegieł i na odwrót), poszczególne technologie budowlane, mimo iż mogłyby być w pewnym zakresie używane zamiennie, w praktyce substytutami nie będą. Ponieważ rozpatrywana koncentracja nie prowadziła do ograniczenia konkurencji ani na szczeblu krajowym, ani regionalnym, lokalne różnice w preferencjach odbiorców nie wpłynęły ostatecznie na węższe zdefiniowanie rynku geograficznego.

⁶⁶ DKK - 12/11 (internetowa sprzedaż książek i nagrań muzycznych).

⁶⁷ DKK - 39/09 (materiały ściennie murowane).

Faktyczne przepływy handlowe

Istotnych informacji na temat obszaru, działający na którym przedsiębiorcy wywierają rzeczywistą presję konkurencyjną na uczestników koncentracji, dostarczają faktyczne przepływy handlowe. Jeśli pomiędzy poszczególnymi obszarami istnieje znacząca wymiana handlowa (eksport i import) w zakresie danego produktu, można przyjąć, iż tworzą jeden rynek geograficzny⁶⁸, ponieważ towary wytwarzane na jednym obszarze znajdują znaczną liczbę nabywców na drugim. Już sam wysoki poziom eksportu może dawać podstawy do takiego wniosku⁶⁹. Z kolei niewielki import do kraju, w połączeniu z niewielkim eksportem, wskazuje na co najwyżej krajowy charakter rynku⁷⁰.

Przy ocenie zasięgu rynku właściwego analizie poddać można również przepływy w ramach działalności przedsiębiorców wytwarzających określone produkty w różnych krajach. Jeśli znacząca część produkcji sprzedawanej na terenie poszczególnych krajów (zwłaszcza tych, w których mieści się infrastruktura produkcyjna) pochodzi z fabryk zlokalizowanych w innych krajach, można sądzić, iż ewentualne bariery dla przemieszczania towarów nie są wysokie, a rynek geograficzny ma zasięg szerszy niż krajowy⁷¹.

DKK - 46/07 (Mittal Steel/Florprofile, produkty stalowe), DKK - 28/07 (Kompania Węglowa/Haldex, sprzedaż węgla kamiennego), DKK - 5/08 (Kompania Piwowarska/Browar Belgia, produkcja piwa)

Oceniając zakres rynku geograficznego produktów stalowych ocynkowanych i powlekanych wzięto – za Komisją Europejską – przede wszystkim pod uwagę fakt, że rynek tych produktów charakteryzuje się znacznymi przepływami handlowymi na poziomie Europejskiego Obszaru Gospodarczego – import stanowi zazwyczaj ponad 40% zużycia tych produktów w każdym kraju EOG. W przypadku rynku węgla kamiennego zwrócono uwagę na znaczny udział wywozu do krajów UE i eksportu poza UE w sprzedaży ogółem (ok. 21% w 2005 r. i 17% w 2006 r.), pozwalający przyjąć, iż rynek ma zakres szerszy niż krajowy. Z kolei analizując rynek piwa podkreślono niewielki poziom importu do Polski (poniżej 1% sprzedaży ogółem) oraz wciąż niewielki poziom eksportu (ok. 3,5%), którego wzrost można było wytłumaczyć w dużej mierze znaczącym wzrostem emigracji z Polski, pozwalającym stwierdzić, iż wzrost spożycia polskiego piwa za granicą nie był spowodowany zmniejszeniem się barier wejścia na rynki zagraniczne, lecz zewnętrznym bodźcem polegającym na pojawieniu się na nich większej liczby osób o preferencjach ukształtowanych w Polsce. Okoliczność powyższa prowadziła do wniosku o krajowym charakterze rynku, który potwierdzały również inne fakty związane z jego funkcjonowaniem.

Organizacja działalności przedsiębiorców

Sam sposób organizacji działalności przez przedsiębiorców często zawiera ważne wskazówki odnośnie do zasięgu rynku geograficznego. Jednolitość oferowanych warunków cenowych i promocyjnych⁷², czy też działalności marketingowej na danym obszarze⁷³ może wskazywać, że rynek właściwy obejmuje co najmniej całość takiego obszaru. Podobne wnioski może uzasadniać występowanie innych czynników prowadzących do ujednolicenia warunków sprzedaży na danym terytorium, takich jak duża gęstość infrastruktury logistycznej, umożliwiająca sprawne obsłużenie lokalnych klientów⁷⁴, niewielka liczba centralnych magazynów, z których obsługiwani są odbiorcy na terenie EOG⁷⁵ (wskazująca na niewielkie znaczenie kosztów transportu), czy też znacząca obecność na rynku dużych, międzynarodowych odbiorców, dokonujących zakupów w sposób scentralizowany, na podobnych warunkach, niezależnie od miejsca przeznaczenia towaru⁷⁶. Z kolei organizacja działalności odrębna dla poszczególnych obszarów (np. odrębne przedstawicielstwa dla poszczególnych krajów⁷⁷) może wskazywać na węższy zakres rynku geograficznego.

DKK - 54/08 (PZF Cefarm Lublin/GCF, hurtowa sprzedaż produktów farmaceutycznych)

⁶⁸ DKK - 46/07 (produkty stalowe).

⁶⁹ DKK - 28/07 (sprzedaż węgla kamiennego), DOK - 32/07 (produkcja małych samolotów turbośmigłowych).

⁷⁰ DKK - 5/08 (produkcja piwa).

⁷¹ DKK - 10/2011 (zamknięcia metalowe typu twist-off).

⁷² DKK - 54/08 (hurtowa sprzedaż produktów farmaceutycznych).

⁷³ Jw.

⁷⁴ DKK - 14/08 (hurtowa sprzedaż produktów farmaceutycznych).

⁷⁵ DKK - 5/07 (sprzedaż dyskiekt).

⁷⁶ DOK - 73/2007 (produkcja kaucuków).

⁷⁷ DKK - 56/07 (dystrybucja wózków widłowych).

Szereg czynników związanych z organizacją hurtowej sprzedaży produktów farmaceutycznych wskazywało na krajowy charakter tego rynku. Uczestnicy koncentracji centralizowali działalność w zakresie sprzedaży i marketingu, prowadząc jedno centrum zajmujące się telesprzedażą i telemarketingiem, obsługujące terytorium Polski oraz tworząc jednolite, ogólnopolskie programy lojalnościowe dla aptek. Ujednoliceniu uległa również polityka rabatowa w skali kraju, a stale rozwijana sieć logistyczna (w szczególności zwiększająca się gęstość magazynów przeładunkowych) znacząco ułatwiała dostosowywanie dostaw do lokalnych potrzeb, niezależnie od odległości od magazynu. Taka organizacja działalności wskazywała na daleko idącą i rosnącą standaryzację zachowań rynkowych na terenie kraju, przemawiającą za uznaniem, iż właściwym rynkiem geograficznym jest Polska. Ostatecznie, z uwagi na jednoczesną obecność czynników wskazujących na możliwy regionalny charakter konkurencji, zbadano ją zarówno na szczeblu regionalnym (województwa), jak i krajowym.

Jednolitość kształtowania się istotnych parametrów rynkowych

Obszar, na którym panują jednolite warunki konkurencji nie powinien się charakteryzować nadmiernymi różnicami w zakresie występujących cen, dostępności produktów, czy udziału w rynku. Jako okoliczność wskazującą na określony zasięg rynku geograficznego przyjmuje się brak zróżnicowania geograficznego w zakresie oferty⁷⁸, możliwości świadczenia usług (zarówno na terenie kraju, jak i lokalnie)⁷⁹, czy też cen⁸⁰ (ustalanych w oparciu o jednolity punkt odniesienia, taki jak notowania na giełdach towarowych⁸¹). Z drugiej strony zróżnicowanie udziałów rynkowych na terenie poszczególnych województw może wskazywać na regionalny, nie krajowy wymiar rynku⁸², zaś istotne różnice w liczbie klientów obsługiwanych przez dostawców działających w dwóch blisko położonych miastach za wzmacniające hipotezę o odrębności rynków geograficznych obejmujących te miasta⁸³.

DKK - 106/10 (Stroer Polska/News Outdoor Poland, wynajem nośników płaskich reklamy zewnętrznej)

W trakcie rozpatrywania koncentracji między dwoma dostawcami usług wynajmu nośników płaskich reklamy zewnętrznej pojawiły się wątpliwości odnośnie do geograficznego zasięgu rynku. Za jego lokalnym charakterem mógł przemawiać fakt, iż co do zasady nośniki reklamy będące przedmiotem analizy nie są ruchome, a reklama umieszczona na każdym z nich dociera zazwyczaj do odmiennych osób. Zgromadzone w trakcie postępowania informacje pozwoliły jednak jednoznacznie określić rynek jako krajowy. Do takiego wniosku prowadził fakt, iż najwięksi przedsiębiorcy działający na rynku dysponowali co do zasady nośnikami na terenie całego kraju, przy czym nie koncentrowali ich w określonych miastach lub województwach: liczba posiadanych nośników rozkładała się proporcjonalnie na poszczególne miasta, w zależności od wielkości tych ostatnich. Ponadto ceny usług ustalane były w oparciu przede wszystkim o wielkość i jakość nośników, nie zaś ich lokalizację na określonym terenie. Powyższe okoliczności wskazywały, że w istocie konkurencja między uczestnikami rynku miała charakter krajowy. Mogło, co prawda, dochodzić do sytuacji, w których kampanie reklamowe realizowane były jedynie na rynku lokalnym, ale było to raczej konsekwencją celów danej kampanii, nie zaś niemożliwości jej przeprowadzenia na innym rynku lokalnym.

Obszar, na którym odbiorcy zakupują towary

W przypadku szeregu rynków (w szczególności takich, na których usługi świadczone są w określonym miejscu, do którego muszą dotrzeć odbiorcy, by z usług skorzystać) zasadniczym czynnikiem decydującym o presji konkurencyjnej, jaką na siebie wywierają poszczególni dostawcy, jest swoboda przemieszczania się ich odbiorców, którzy z uwagi na koszty i czas dotarcia do miejsca świadczenia usług, w praktyce korzystają jedynie z niektórych dostawców, jako bliskie alternatywy postrzegając jedynie tych, którzy są wystarczająco bliscy geograficznie. W przypadku takich rynków ich zasięg geograficzny wyznacza się na podstawie odległości od miejsca świadczenia określonych usług. Jest to zazwyczaj 20 lub 30 minut jazdy samochodem⁸⁴, jakkolwiek w

⁷⁸ DKK - 93/09 (detaliczna transmisja danych), DKK - 49/08 (dystrybucja filmów kinowych), DKK - 53/08 (telefonii ruchoma).

⁷⁹ DKK - 106/10 (wynajem nośników płaskich reklamy zewnętrznej).

⁸⁰ DKK - 29/07 (prefabrykacja zbrojeń budowlanych).

⁸¹ DOK - 73/2007 (produkcja kauczuku).

⁸² DKK - 14/08 (hurtowa sprzedaż wyrobów farmaceutycznych do aptek).

⁸³ DKK - 49/08 (wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych).

⁸⁴ DKK - 76/2008 (HSD), DKK - 49/08 (wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych), DKK - 64/10 (wynajem powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych).

przypadku droższych i rzadziej nabywanych usług lub produktów odległość może być większa⁸⁵. W niektórych przypadkach za rynek geograficzny można uznać obszar miejscowości⁸⁶.

Podstawę do formułowania wniosków o zasięgu rynków geograficznych o takiej charakterystyce mogą dawać również analizy pochodzenia (zamieszkania) klientów dokonujących zakupu produktu lub korzystających z usług w określonych miejscach. Z jednej strony mogą wskazywać, z jakiego obszaru pochodzi większość klientów dokonujących zakupów w określonym miejscu⁸⁷, z drugiej zaś pokazywać, że określone punkty świadczenia usług obsługują co do zasady klientów pochodzących z innych obszarów⁸⁸. Przy takiej analizie znaczenie ma również rozmieszczenie przestrzenne punktów świadczenia usług: istnienie ich skupiska w centrum danego miasta może powodować, iż za pośrednictwem takiego centrum pośrednio konkurować będą ze sobą punkty zlokalizowane na obrzeżach, tworząc szerszy rynek geograficzny⁸⁹.

DKK - 49/08 (Multikino/Silver Screen, wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych)

Wieloaspektowa analiza przepływów klientów i ich wpływu na zasięg rynku właściwego została przeprowadzona w sprawie dotyczącej koncentracji dwóch sieci kin wielosalaowych. Zasadniczym zagadnieniem z punktu widzenia oceny transakcji była odpowiedź na pytanie, czy kina wielosalaowe na terenie Trójmiasta należy zaliczyć do jednego rynku właściwego, czy też na obszarze tym istnieją dwa odrębne rynki, obejmujące, odpowiednio, Gdańsk i Gdynię. O przyjęciu drugiej ze wspomnianych alternatyw zdecydował szereg czynników.

Przed wszystkim obszar oddziaływania kin uczestników koncentracji (definiowany jako obszar pozwalający na dojazd do kina w ciągu 30 min) zachodził na siebie głównie na obszarze Sopotu. Powodowało to, że kina w poszczególnych miastach oddziaływały na siebie w niewielkim stopniu i zmiana cen przez kino w Gdańsku nie spowodowałaby istotnego odpływu do lub z kina w Gdyni. Znajdujący się na obszarze oddziaływania obydwóch kin Sopot posiada relatywnie niewielu mieszkańców, co dodatkowo ograniczało bodźce do obniżania cen w celu przyciągnięcia dodatkowych klientów. Taki kształt obszarów oddziaływania poszczególnych kin wynikał ze specyficznego położenia aglomeracji trójmiejskiej, rozciągniętej wzdłuż linii brzegowej morza, z łatwymi do wyodrębnienia dwoma obszarami związanymi z centrami Gdańska i Gdyni.

Po drugie, kino w Gdyni charakteryzowało się znacząco wyższym „obłożeniem” (mierzonym liczbą widzów przypadającą na miejsce w kinie w ciągu roku) niż kina w Gdańsku (w której to grupie wskaźnik „obłożenia” był do siebie zbliżony). Wskazywało to, że kina gdańskie nie stanowią istotnej konkurencji dla kina w Gdyni, wywierając zarazem na siebie wzajemnie presję konkurencyjną.

Po trzecie, struktura uczestników programów lojalnościowych kin pokazywała, iż wśród uczestników programów lojalnościowych kina uczestnika koncentracji znajdującego się w Gdyni dominowali mieszkańcy Gdyni, zaś mieszkańcy Gdańska stanowili zdecydowaną mniejszość. Analogicznie kształtowała się sytuacja w przypadku kina znajdującego się w Gdańsku: wśród uczestników jego programu lojalnościowego, w przypadku których możliwa była identyfikacja miejsca zamieszkania, zdecydowanie dominowali mieszkańcy Gdańska, zaś mieszkańcy Gdyni stanowili mniejszość.

Przedmiotem analizy był również rynek Warszawy. W jej przypadku wspomniane wyżej czynniki wskazywały na brak zasadności dalszego dzielenia tego rynku geograficznego (np. na dzielnice). Istnienie wyraźnie wyodrębnionego centrum z dużą podażą sal kinowych, za pośrednictwem którego konkurowały ze sobą nawet kina znacznie od siebie oddalone, jak również zbliżony wskaźnik „obłożenia” dawały podstawy do stwierdzenia, iż Warszawa stanowi jeden rynek geograficzny.

⁸⁵ RWR 16/2007 (sprzedaż detaliczna RTV i AGD).

⁸⁶ DOK - 85/2007 (sprzedaż detaliczna paliw), RBG 4/2007 (HSD).

⁸⁷ DKK - 128/2011 (hurtowa sprzedaż FMCG).

⁸⁸ DKK - 49/08 (wyświetlanie filmów w kinach wielosalaowych).

⁸⁹ Jw.

II. Wpływ koncentracji na konkurencję

1. Wpływ horyzontalny

1.1. Efekty nieskoordynowane

Dokładniejsza analiza możliwości zaistnienia efektów nieskoordynowanych prowadzona jest wówczas, gdy koncentracja wywiera wpływ horyzontalny, tj. udział stron w dowolnym rynku, na którym działają wspólnie, przekracza 20%. Efekty horyzontalne sprowadzają się do eliminacji presji konkurencyjnej, jaką wywierają wzajemnie na siebie uczestnicy koncentracji, co prowadzi do umocnienia pozycji połączonego podmiotu w stosunku do konkurentów i kontrahentów, w związku z czym możliwe staje się podniesienie przez niego cen (pogorszenie jakości, etc.).

Analiza prowadzona jest na podstawie danych historycznych, jednak jej celem jest ocena sytuacji w przyszłości. Dlatego też brane są pod uwagę przyszłe zmiany dotyczące otoczenia technologicznego⁹⁰ i prawnego⁹¹ rynku, którego dotyczy koncentracja. Aby takie przyszłe zmiany miały wpływ na ostateczną ocenę, musi istnieć wystarczający stopień pewności ich zajścia, na który w szczególności może wskazywać odzwierciedlenie zmian w trendach rynkowych, lub też, w przypadku zmian prawnych, nieodwołalność ich wejścia w życie (zakończenie procesu legislacyjnego).

DKK - 101/11 (UPC/Aster, usługi dostępu do telewizji płatnej)

Z informacji zebranych w trakcie postępowania wynikało, iż presja konkurencyjna na uczestników koncentracji ze strony platform cyfrowych, jakkolwiek występuje, jest ograniczona, co wynika przede wszystkim z różnic technologicznych. Przewaga operatorów kablowych nad platformami cyfrowymi, na terenach o gęstym zaludnieniu polegała na korzyściach związanych z jednoczesnym świadczeniem kilku usług, takich jak dostęp do telewizji, szerokopasmowego stacjonarnego Internetu oraz telefonii stacjonarnej. Pozwalało to na tworzenie atrakcyjnych pakietów przy niskich kosztach świadczenia dodatkowych usług. Takiej strategii nie były natomiast w stanie realizować platformy cyfrowe. Preferencje konsumentów, coraz częściej korzystających z pakietów usług, pogłębiały przewagę konkurencyjną sieci telewizji kablowej.

Trendy technologiczne wskazywały co prawda na możliwość ograniczenia powyższej przewagi konkurencyjnej, np. poprzez pojawienie się oferty Internetu mobilnego o atrakcyjności porównywalnej z Internetem stacjonarnym, jednak pomimo rozpoczęcia wprowadzania na rynek Internetu bezprzewodowego w technologii LTE, w momencie wydawania decyzji brak było dowodów, iż powyższy fakt w istotnym stopniu zmieni sytuację konkurencyjną.

Poniżej przedstawiono czynniki, które były brane pod uwagę przez Prezesa UOKiK przy ocenie wpływu rozpatrywanych koncentracji na konkurencję. Podkreślenia wymaga, iż nie mają one jednakowej i ustalonej wagi – może się ona zmieniać w zależności od kontekstu rynkowego. Ostateczne stwierdzenie istotnego negatywnego wpływu (nieskoordynowanego) danej koncentracji na rynek ma miejsce wówczas, gdy zaistnieją okoliczności wskazujące na uzyskanie przez uczestników koncentracji możliwości działania niezależnie od konkurentów, przy jednoczesnej nieobecności bądź niewystarczającej wadze czynników, które takiemu skutkowi by zapobiegały.

1.1.1. Udziały rynkowe

Znaczenie udziałów rynkowych

Stwierdzenie antykonkurencyjnego wpływu koncentracji wymaga co do zasady wysokiego udziału w rynku właściwym. W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK progiem takim jest stwarzający domniemanie istnienia

⁹⁰ DKK - 101/11 (usługi dostępu do telewizji płatnej).

⁹¹ DKK - 94/2011 (odbiór odpadów).

pozycji dominującej udział 40%, poniżej którego – poza jednym wyjątkiem⁹² – nie stwierdzono jak dotychczas wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku koncentracji o wpływie horyzontalnym. Nie oznacza to, że niższy udział w rynku wyklucza możliwość zaistnienia istotnego ograniczenia konkurencji i czyni badanie rynku niezasadnym, jednak co do zasady stwierdzenie takiego ograniczenia przy udziale w rynku niższym niż 40% będzie wymagało zaistnienia szczególnych okoliczności, które powodują, iż udział w rynku nie odzwierciedla w pełni zagrożeń dla konkurencji wiążących się z daną transakcją. Może mieć to miejsce w szczególności w przypadku:

- Istotnego zróżnicowania produktów, które powoduje, iż jedne produkty są dla siebie lepszymi substytutami niż inne, w związku z czym utrata związanej z nimi presji konkurencyjnej będzie miała większe skutki dla swobody zachowań rynkowych łączących się podmiotów, w tym możliwości podnoszenia cen⁹³;
- Możliwości stosowania zróżnicowanych cen/warunków handlowych względem odmiennych grup odbiorców, w szczególności wyższych cen od kontrahentów, dla których jest się nieuniknionym partnerem handlowym⁹⁴;
- Wyjścia z rynku podmiotu istotnego dla procesu konkurencyjnego, stwarzającego istotne ograniczenie dla działających na rynku przedsiębiorców (np. podmiotu szczególnie innowacyjnego, agresywnie konkurującego, czy też dysponującego zaawansowaną technologią).

DKK - 12/11 (Empik/Merlin, zakup książek niespecjalistycznych)

Udział uczestników koncentracji w krajowym rynku detalicznej sprzedaży internetowej książek kształtował się poniżej wartości udziału, z którym ustawa o ochronie konkurencji wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej, czyli 40%. Organ antymonopolowy uwzględnił jednakże – uznając, iż koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji – m.in. takie czynniki jak fakt, iż transakcja ta dotyczyła nabycia lidera krajowego rynku sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych przez podmiot zajmujący drugą pozycję, fakt, iż największy konkurent uczestników koncentracji, tj. KDC, posiadał udział znacznie niższy od udziału którym dysponowali uczestnicy koncentracji, a udział pozostałych uczestników tego rynku był marginalny oraz okoliczność, iż Empik i Merlin byli wobec siebie najbliższymi konkurentami (oferowali produkty będące najbliższymi substytutami).

W odniesieniu do ostatniego z wymienionych czynników organ antymonopolowy uznał, iż nie wszystkie księgarnie internetowe będą wywierać istotną presję konkurencyjną na łączące się podmioty. Część podmiotów obecnych na rynku internetowej sprzedaży książki sprzedaje bowiem pozycje, które NFI Empik lub Merlin oferują sporadycznie lub nie oferują wcale. Podobnie przedstawiała się sytuacja w przypadku wydawnictw prowadzących sprzedaż przez Internet. Ponadto organ antymonopolowy uwzględnił fakt, iż Empik i Merlin dysponują szczególnie rozpoznawalnymi markami oraz oferują szeroki asortyment książek oraz innych produktów, takich jak nagrania muzyczne, gry komputerowe, czy filmy, co umożliwia ich klientom dokonywanie kompleksowych zakupów. Dla klientów kierujących się zaufaniem do marki, wizerunkiem sklepu oraz wygodą zakupów, Merlin i NFI Empik stanowiły zatem bliskie substytuty. Z badań, którymi dysponował organ antymonopolowy, również wynikało, iż Empik jest główną alternatywą dla klientów Merlin.

Na rynkach, na których produkty są zróżnicowane, tj. jedne pary produktów postrzegane są jako bliższe substytuty niż inne, koncentracja pomiędzy bliskimi konkurentami może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji, nawet jeśli w jej wyniku nie zostanie przekroczony próg udziału w rynku (obejmującym również dalsze substytuty), który wskazywałby na osiągnięcie pozycji dominującej. Jest to konsekwencją faktu, iż poszczególne produkty zaliczane do rynku właściwego wywierają na siebie niejednorodną presję konkurencyjną: w przypadku wzrostu ceny określonego produktu większość konsumentów rezygnujących z jego zakupu przeniesie swój popyt na najbardziej zbliżone substytuty i to właśnie one będą głównym źródłem presji konkurencyjnej powstrzymującej wytwórcę (sprzedawcę) danego produktu przed podniesieniem cen.

Wysokie udziały w rynku

Bardzo wysoki udział w rynku nowopowstałego podmiotu, w powiązaniu z dużym przyrostem tego udziału (analogicznie: wysoki HHI w powiązaniu z dużym jego przyrostem) może w dużej mierze przesądzać o

⁹² DKK - 12/11 (zakup książek niespecjalistycznych, internetowa sprzedaż książek niespecjalistycznych; należy jednak zauważyć, że antykonkurencyjne skutki transakcji miały charakter kompleksowy i nie ograniczały się do jej wpływu tylko na jeden rynek).

⁹³ Jw.

⁹⁴ Jw.

negatywnej ocenie wpływu koncentracji na rynek. Co do zasady pozostanie na rynku tylko jednego podmiotu przesądza o istnieniu istotnego ograniczenia konkurencji⁹⁵. Również udziały przekraczające 70% uznawane są za stwarzające szczególnie silne domniemanie wystąpienia antykonkurencyjnych skutków na rynku⁹⁶.

Udziały w rynku na poziomie przekraczającym 50% stanowią silną przesłankę dla stwierdzenia niekorzystnego wpływu transakcji na konkurencję⁹⁷; uznanie połączenia za niezagrażające konkurencji przy takim poziomie koncentracji wymaga co do zasady istnienia okoliczności wskazujących, iż pomimo wysokiego udziału w rynku nowopowstały podmiot nie będzie mógł po dokonaniu transakcji działać niezależnie od konkurentów i kontrahentów.

DKK - 10/09 (Orzeł Biały/Baterpol, przetwarzanie złomu akumulatorowego)

Uczestnicy niniejszej koncentracji to jedyne podmioty, które prowadziły działalność na rynku skupu zużytych akumulatorów. W wyniku koncentracji powstałby podmiot, niespotykający się z konkurencją na rynku skupu zużytych akumulatorów na terenie Polski, a zatem posiadający pozycję monopsonistyczną (jedyny odbiorca) na tym rynku. W takiej sytuacji oczywiste było, że rozpatrywana transakcja doprowadzi do eliminacji konkurencji na rynku, ponieważ dla skutecznej rywalizacji z definicji niezbędne jest istnienie na rynku co najmniej dwóch przedsiębiorców.

DKK - 67/09 (Cogifer/Koltram, rozjazdy kolejowe)

W wyniku koncentracji z trzech liczących się przedsiębiorców (o zbliżonych udziałach i podobnej sile rynkowej), którzy działali na tym rynku, pozostałoby tylko dwóch, przy czym udziały połączonych Cogifer i Koltram byłyby ponad dwukrotnie większe od udziału jedynego istotnego konkurenta tj. KZN Biezanów. Różnica w wielkości udziałów, jakie w tym rynku posiadali przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji i ich konkurent, stanowiła zatem jeden z czynników, które wpłynęły na uznanie, iż dokonanie koncentracji przyczyni się do istotnego ograniczenia konkurencji.

1.1.2. Czynniki dotyczące kształtowania się udziałów rynkowych

Zmiany udziałów rynkowych uczestników koncentracji i ich konkurentów w czasie mogą pozwolić na postawienie szeregu hipotez odnośnie do sposobu funkcjonowania rynku oraz tendencji do wzrostu lub spadku możliwej siły rynkowej uczestników koncentracji.

Zmiana udziału w rynku

Zmiana udziału w rynku wskazuje zazwyczaj, jak duży będzie wpływ danej koncentracji na rynek. Co do zasady niewielkie – zazwyczaj do 2-3 p.p., jakkolwiek i zmiany w wysokości 4 p.p. były traktowane jako mało znaczące – zmiany udziałów rynkowych w wyniku koncentracji, prowadzące do niewielkiego wzrostu HHI (poniżej 150), traktowane są jako okoliczność wskazująca na niewielką skalę ewentualnych negatywnych skutków transakcji, jakkolwiek nie wyłączają badania innych okoliczności związanych z koncentracją.

DKK - 94/2011 (SITA Polska/Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych, odbiór odpadów)

Niewielki wzrost udziałów rynkowy nie został uznany za podstawę do przyjęcia, iż koncentracja polegająca na przejęciu przez SITA kontroli nad PRSP przyczyni się do istotnego ograniczenia konkurencji na lokalnych rynkach odbioru śmieci. Organ antymonopolowy uznał, iż udział uczestników koncentracji w rozpatrywanych rynkach odbioru śmieci, pomimo że wysoki, wynika przede wszystkim z ich dotychczasowej, indywidualnej pozycji na poszczególnych rynkach, której przejęcie konkurenta o niewielkim udziale rynkowym w istotny sposób nie wzmocni.

⁹⁵ DKK - 10/09 (przetwarzanie złomu akumulatorowego).

⁹⁶ DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe).

⁹⁷ DKK - 101/11 (usługi dostępu do telewizji płatnej), DKK - 64/10 (wynajem powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych).

Udziały rynkowe konkurentów

Istnienie przeciwwagi ze strony silnych konkurentów stanowi silną przesłankę do uznania, iż koncentracja nie spowoduje ograniczenia konkurencji. Jeśli na rynku funkcjonuje konkurent o bardzo zbliżonym, czy nawet większym od nowopowstałego podmiotu udziale rynkowym, praktycznie przesądza to o niestwierdzeniu istotnych negatywnych skutków jednostronnych transakcji⁹⁸. Z drugiej strony przejęcie przez lidera rynkowego drugiego na rynku przedsiębiorcy, stanowiącego jego najbliższą konkurencję również w wymiarze pozycjonowania produktu, może prowadzić do istotnego osłabienia konkurencji⁹⁹.

RKT - 43/2008 (NEWAG/ZNLE w Gliwicach, naprawa lokomotyw elektrycznych)

Oceniając wpływ koncentracji polegającej na przejęciu przez NEWAG kontroli nad ZNLE na krajowy rynek napraw lokomotyw elektrycznych, organ antymonopolowy stwierdził, iż po jej dokonaniu NEWAG spotykać się będzie z silną konkurencją, w szczególności ze strony ZNTK Oleśnica. Przedsiębiorca ten dysponował bowiem udziałem mogącym sugerować posiadanie pozycji dominującej na tym rynku. W takiej sytuacji organ antymonopolowy uznał, iż nie jest możliwe aby koncentracja doprowadziła do istotnego ograniczenia konkurencji na tym rynku w wyniku efektów nieskoordynowanych.

DKK - 64/10 (Unibail Rodamco/Simon Ivanhoe, wynajem powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych)

Unibail Rodamco był największym uczestnikiem rynku wynajmu powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych znajdujących się na terenie aglomeracji warszawskiej. Transakcja dotyczyła natomiast nabycia drugiego co do wielkości uczestnika tego rynku. Istotnym czynnikiem brany pod uwagę przy ocenie niniejszej transakcji była okoliczność, iż w jej wyniku trzy największe i najatrakcyjniejsze galerie handlowe w Warszawie, stanowiące dla siebie najbliższą konkurencję (z uwagi na wielkość, położenie i prestiż), dostałyby się pod kontrolę jednego podmiotu.

Udział rynkowy poniżej 40% w połączeniu z istnieniem silnych konkurentów traktowany jest co do zasady jako przesądzający o braku negatywnych skutków koncentracji. Za silnych konkurentów zazwyczaj uważani są przedsiębiorcy posiadający więcej niż 10% rynku¹⁰⁰, jakkolwiek udział ten relatywizowany jest do udziału nowopowstałego przedsiębiorcy: im wyższy jest ten ostatni, tym wyższy musi być udział konkurentów, by mogli być oni brani pod uwagę jako znacząca przeciwwaga konkurencyjna. Istotne jest również, by byli oni wystarczająco liczni – jeden konkurent o istotnym, jakkolwiek znacząco od uczestników koncentracji niższym udziale w rynku traktowany jest jako słabsza przeciwwaga niż kilku przedsiębiorców o takim udziale w rynku.

Tendencja zmiany udziałów rynkowych

Tendencja zmiany udziałów rynkowych zarówno uczestników koncentracji, jak i ich konkurentów, może mieć istotny wpływ na ocenę transakcji. Jeśli udziały uczestników koncentracji spadają, a ich konkurentów – zwłaszcza największych – rosną, wskazuje to na ograniczoną możliwość działania niezależnie od konkurentów po stronie uczestników koncentracji i pozwala na jej łagodniejszą ocenę¹⁰¹. Z kolei rosnący udział w rynku stron transakcji (który niekoniecznie musi być konsekwencją wzrostu udziału wszystkich stron koncentracji¹⁰²) może dawać podstawy do stwierdzenia, iż ograniczenie konkurencji jest prawdopodobne. Im większy udział w rynku, tym mniejsze znaczenie ma jego spadek, a większe – wzrost. Jeśli udział rynkowy uczestników koncentracji istotnie przekracza 50%, nawet jego spadkowy trend może nie dawać podstaw do stwierdzenia braku zagrożenia dla konkurencji, zwłaszcza jeśli następuje znaczący wzrost koncentracji na rynku, a uczestnikami połączenia są najbliżsi konkurenci¹⁰³.

DKK - 52/2008 (Richter Gedeon/Polpharma, przeciwzapalne leki przeciwbiegunkowe)

⁹⁸ RKT - 43/2008 (naprawa lokomotyw elektrycznych).

⁹⁹ DKK - 64/10 (wynajem powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych).

¹⁰⁰ DOK - 68/07 (dystrybucja produktów stalowych), DOK - 19/07 (produkcja energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych).

¹⁰¹ DKK - 52/2008 (leki przeciwwrobacze).

¹⁰² DKK - 12/11 (sprzedaż internetowa książek i nagrań na nośnikach tradycyjnych).

¹⁰³ DKK - 101/11 (usługi dostępu do telewizji płatnej).

Silny trend spadkowy udziałów rynkowych produktów przedsiębiorcy przejmującego był istotnym czynnikiem brany pod uwagę przy ocenie wpływu niniejszej koncentracji. Znaczący spadek udziału był wynikiem wprowadzenia na rynek nowych produktów przez konkurentów. W sytuacji, gdy produkty konkurentów szybko zyskują istotne udziały w rynku kosztem wyrobów uczestników koncentracji, można oczekiwać, że ci ostatni nie uzyskają w wyniku koncentracji znaczącej siły rynkowej.

DKK - 12/11 (Empik/Merlin, sprzedaż internetowa książek i nagrań na nośnikach tradycyjnych)

Udział jednego uczestnika wspomnianych rynków w okresie badanym przez Urząd spadał, natomiast udział drugiego rósł. W konsekwencji łączny udział uczestników koncentracji nadal pozostawał wysoki i znacznie wyższy od udziałów konkurentów. Co więcej, wskazywało to, że spadek udziałów jednego z uczestników koncentracji następuje kosztem drugiego, potwierdzając tezę o bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji.

DKK - 101/11 (UPC/Aster, usługi dostępu do telewizji płatnej)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez UPC kontroli nad Aster, pomimo spadkowego trendu udziałów uczestników koncentracji w rynkach świadczenia usług płatnej telewizji na obszarze Warszawy i Krakowa, organ antymonopolowy stwierdził, iż koncentracja ta doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Łączny udział uczestników koncentracji w dalszym bowiem ciągu pozostawał wysoki (powyżej 50%), spadek udziałów nie był znaczny, za to znaczny był przyrost udziałów w wyniku dokonania koncentracji.

Fluktuacje udziałów w rynku

Duża zmienność udziałów w rynku może wskazywać na wysoką konkurencyjność sektora. Na jej podstawie można wnioskować, iż odbiorcy nie są skazani na określonych dostawców, zaś przewaga, jaką osiągają uczestnicy rynku nad konkurentami, nie ma trwałego charakteru. W szczególności istotne fluktuacje udziałów w rynku mają miejsce w przypadku wyłaniania dostawców w drodze przetargów o dużej wartości, organizowanych rzadko, co może powodować, iż wysoki udział rynkowy w danym okresie nie jest adekwatnym wskaźnikiem siły rynkowej¹⁰⁴.

DKK - 98/08 (PESA/PREMA, naprawa elektrycznych zespołów trakcyjnych)

W sprawie dotyczącej przejęcia przez PESA kontroli nad ZNTK Mińsk Mazowiecki głównym odbiorcą usług w zakresie napraw elektrycznych zespołów trakcyjnych, jak i wagonów osobowych była spółka PKP Przewozy Regionalne, dysponująca znaczną siłą nabywczą. Dodatkowo sprzedaż usług na tych rynkach następowała głównie w oparciu o umowy zawarte w wyniku przetargów o dużej wartości, co wpływało na nietrwałość udziałów rynkowych posiadanych przez przedsiębiorców prowadzących działalność na tych rynkach. Dostawca wygrywając przetarg na obsługę bardzo dużego odbiorcy, np. takiego jak PKP Przewozy Regionalne, niejako automatycznie uzyskiwał wysoki udział w rynku. O tym, iż wskazane rynki charakteryzowały się znaczną fluktuacją udziałów ich uczestników świadczyły zebrane w trakcie postępowania dane rynkowe. Przy takiej specyfice rynków udział w nich nie powinien być głównym kryterium brany pod uwagę przy ocenie siły rynkowej danego przedsiębiorcy. Organ antymonopolowy postanowił zatem uwzględnić również potencjał innych podmiotów mogących świadczyć usługi napraw danego rodzaju taboru kolejowego.

1.1.3. Czynniki związane z barierami wejścia i konkurowania na rynku

Możliwość uzyskania siły rynkowej – mierzonej m.in. udziałem rynkowym – uzależniona jest od braku silnych konkurentów, ograniczonej możliwości wejścia na rynek nowych konkurentów (zazwyczaj będą to przedsiębiorcy działający na rynkach sąsiednich, tj. na odrębnych geograficznie rynkach produktowych, względnie rynkach odmiennych produktowo, lecz wymagających zbliżonych umiejętności¹⁰⁵), jak również

¹⁰⁴ DKK - 98/08 (naprawa wagonów).

¹⁰⁵ DKK - 98/08 (naprawa elektrycznych zespołów trakcyjnych i naprawa wagonów osobowych).

przewidywanej reakcji kontrahentów. Wysokie bariery wejścia na rynek powodują, że nowe wejścia nie będą stanowiły istotnego zagrożenia dla ewentualnej siły rynkowej uzyskanej w wyniku koncentracji. Z kolei w przypadku niskich barier wejścia możliwość nowych wejść na rynek może być istotnym czynnikiem ograniczającym zdolność do ewentualnego podnoszenia cen przez uczestników koncentracji.

DKK - 98/08 (PESA/PREMA, naprawa elektrycznych zespołów trakcyjnych oraz naprawa wagonów osobowych)

Oceniając koncentrację organ antymonopolowy uwzględnił fakt, iż przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie napraw jednego typu/rodzaju taboru szynowego mieli możliwość zmiany profilu tak, by móc naprawiać inny typ/rodzaj taboru. Rozszerzenie działalności wiązałoby się w takim przypadku z poniesieniem pewnych kosztów związanych np. z przeszkoleniem pracowników czy doposażeniem zakładu. Jednakże koszty te nie stanowiły bariery uniemożliwiającej danemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w jednym segmencie napraw taboru kolejowego wejście do innego segmentu rynku napraw taboru kolejowego. Potwierdzały to konkretne przypadki takiego rozszerzania działalności, które miały miejsce w przeszłości. Przykładowo, PESA wykonywała naprawy głównie lokomotyw elektrycznych, a następnie nie realizowała napraw tego typu lokomotyw z powodu nie uzyskania na nie zamówień, choć naprawiała lokomotywy spalinowe, elektryczne zespoły trakcyjne i autobusy szynowe z napędem elektrycznym i spalinowym.

Siła uczestników koncentracji i ich konkurentów

Jakkolwiek zasadniczym wskaźnikiem potencjału gospodarczego konkurentów są ich udziały w rynku, pod uwagę bierze się również siłę (międzynarodowych) grup kapitałowych, do których należą¹⁰⁶, dostęp (lub jego brak) na korzystnych warunkach do surowców¹⁰⁷, integracja wertykalna (w ramach grupy kapitałowej), zwłaszcza w sytuacji problemów z dostępnością surowców¹⁰⁸, znaczące moce produkcyjne¹⁰⁹, połączone z ograniczeniami w tym zakresie po stronie łączących się podmiotów¹¹⁰. Siłę konkurentów może ograniczać komplementarność produktów należących do rynku właściwego (w przypadku, gdy obejmuje on pakiet produktów, zazwyczaj lub często sprzedawanych razem). Jeśli określony produkt, niezbędny dla zaoferowania w przetargu pełnej oferty, nie jest produkowany przez konkurentów, stają się oni uzależnieni od podmiotu utworzonego w ramach koncentracji, co ogranicza presję konkurencyjną, jaką mogą na niego wywierać¹¹¹.

DOK - 71/07 (CRH/E.Schwenk, sprzedaż betonu towarowego)

Rozpatrując koncentrację Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że przewaga uczestników koncentracji wynikałaby nie tylko z posiadanego przez nich udziału w rynku, ale również z faktu przynależności do grupy kapitałowej, która zaopatrywała producentów betonu towarowego w materiały do jego produkcji. Grupa CRH była bowiem istotnym dostawcą cementu i kruszyw, wykorzystywanych w produkcji betonu towarowego. Uczestnicy koncentracji posiadaliby zatem nieograniczony dostęp do ww. surowców do produkcji betonu. Spośród konkurentów CRH jedynie Dyckerhoff Polska Sp. z o.o. posiadał własną produkcję cementu, a KRUSZGEO S.A. dostarczał na rynek kruszywa. Żaden z pozostałych konkurentów nie posiadał własnych źródeł ww. surowców. Argument ten był istotny, szczególnie w związku z obserwowanym w okresie, w którym dokonywana była ocena transakcji, dużym popytem na materiały budowlane i pojawiającymi się problemami w ich zakupie.

DOK - 46/07 (Air Products Iberica/BOC Gazy, dystrybucja gazów)

Analizując wpływ koncentracji na rynek dostaw wodoru wskazano, iż żaden z dostawców gazów technicznych nie posiada własnego źródła dostaw tego gazu w Polsce. Wszyscy dostawcy wodoru w butlach w Polsce mieli dostęp do lokalnych źródeł wodoru zlokalizowanych u trzech producentów nawozów i jednego producenta chemikaliów. Tym samym koncentracja nie miała potencjału, by ograniczyć możliwości pozyskania tego produktu przez konkurentów.

W analizowanej sprawie istotne było też to, że przejmujący nie posiadał mocy wytwórczych w Polsce, które

¹⁰⁶ DOK - 71/07 (sprzedaż betonu towarowego).

¹⁰⁷ DOK - 46/07 (dystrybucja gazów).

¹⁰⁸ DOK - 71/07 (sprzedaż betonu towarowego).

¹⁰⁹ DKK - 5/08 (produkcja piwa).

¹¹⁰ DOK - 46/07 (dystrybucja gazów).

¹¹¹ DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe).

pozwołyby na wzrost zdolności produkcyjnych połączonych spółek. Zatem zwiększony udział w rynku nie przekładał się na wzrost siły rynkowej uczestników koncentracji i nie powodował zwiększenia przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami rynku.

DKK - 5/08 (Kompania Piwowarska/Browar Belgia, produkcja piwa)

Organ antymonopolowy ocenił skutki koncentracji również w kontekście zmiany w zakresie zdolności produkcyjnych. Zdolności produkcyjne Browaru Belgia kształtujące się na poziomie 1 mln hl były bowiem w momencie koncentracji w dużej części niewykorzystane. A zatem udział Browaru Belgia, biorąc pod uwagę zdolności produkcyjne, był wyższy niż biorąc pod uwagę sprzedaż piwa. Należało jednak uwzględnić, iż osiągnięty przez Kompanię Piwowarską udział nie był istotnie wyższy niż udział jego najbliższego konkurenta, Grupy Żywiec. Dodatkowo za istotny uznano fakt, iż Kompania Piwowarska planowała na przestrzeni najbliższych dwóch lat istotne zwiększenie swoich mocy produkcyjnych. A zatem bez względu na to, czy Browar Belgia zostałby przejęty przez Kompanię Piwowarską, czy też nie, nie wpłynęłoby to w istotnym stopniu na wzrost zdolności produkcyjnych tego przedsiębiorcy.

DKK - 67/09 (Cogifer/Koltram, rozjazdy kolejowe)

W toku postępowania Prezes UOKiK ustalił, że podstawową formą zawierania umów na różne rodzaje rozjazdów kolejowych były przetargi. Często przetargi te miały charakter kompleksowy i dotyczyły wielu rodzajów rozjazdów kolejowych. Taki sposób organizowania przetargów mógł preferować niektórych przedsiębiorców. Z tego powodu i z uwagi na niepełny asortyment rozjazdów jakie posiadały KZN Biezanów (konkurent uczestników koncentracji), podmiot ten zawarł umowy o współpracy z Koltram. O znaczeniu tych umów dla KZN Biezanów świadczył m.in. przeprowadzony w 2009 r. przetarg na dostawę rozjazdów kolejowych dla PKP PLK. Został on podzielony na 7 zadań, do których oddzielnie wymagane było posiadanie wszystkich świadectw na kilka różnych rozjazdów. Z uwagi na nieposiadanie wszystkich świadectw dopuszczeń ani KZN Biezanów, ani VAE Polska (kolejny konkurent uczestników koncentracji) samodzielnie nie mogły przystąpić do wszystkich zadań tego przetargu. KZN Biezanów mając zawartą umowę o współpracy z Koltram startował w przetargu razem z tym podmiotem. Prezes UOKiK ustalił, że istniałoby duże ryzyko, iż po dokonaniu koncentracji współpraca ta nie byłaby kontynuowana lub byłaby prowadzona jedynie w ograniczonym zakresie, co uniemożliwiłoby lub utrudniło uczestniczenie KZN Biezanów w corocznych przetargach organizowanych przez PKP PLK. W rzeczywistości po dokonaniu koncentracji przewaga Cogifer i Koltram nad KZN Biezanów mogłaby wzrosnąć jeszcze bardziej niż wynikałoby to wyłącznie z porównania udziałów rynkowych tych przedsiębiorców.

Bliskość konkurencji

Im bliższymi konkurentami są dla siebie uczestnicy koncentracji, tym większe prawdopodobieństwo, że doprowadzi ona do istotnego ograniczenia konkurencji. Przedsiębiorcy są bliskimi konkurentami, jeśli dla znaczącej grupy odbiorców stanowią bezpośrednią alternatywę. Połączenie bliskich konkurentów powoduje, iż znika silna presja konkurencyjna, jaką na siebie wzajemnie wywierali, co zwiększa możliwość podnoszenia cen, ponieważ produkty lub usługi oferowane przez pozostałych dostawców są przez odbiorców oceniane jako mniej atrakcyjne niż produkty lub usługi uczestników koncentracji. Bliskość konkurencji może wynikać z podobnego pozycjonowania produktów¹¹², podobnego charakteru oferowanych przez danych przedsiębiorców produktów¹¹³, różniącego się od produktów analogicznych, różnic technologicznych wpływających na dostępność i możliwości rozwoju produktów¹¹⁴, czy też położenia geograficznego w ramach rynku lokalnego¹¹⁵. Czynniki powyższe ma istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku koncentracji dotyczących produktów zróżnicowanych, gdzie produkty zaliczane do rynku właściwego wywierają na siebie niejednorodną presję konkurencyjną: jakkolwiek wszystkie są w pewnym zakresie substytutami, niektóre pary produktów są dla siebie lepszymi zamiennikami niż inne¹¹⁶.

¹¹² DKK - 12/11 (sprzedaż internetowa książek i nagrań na nośnikach tradycyjnych), DKK 9/09 (produkcja dżemów).

¹¹³ DKK - 64/10 (wynajem powierzchni handlowej w galeriach handlowych).

¹¹⁴ DKK - 101/11 (usługi dostępu do telewizji płatnej).

¹¹⁵ DKK - 54/08 (sprzedaż detaliczna wyrobów farmaceutycznych).

¹¹⁶ DKK - 12/11 (sprzedaż internetowa książek i nagrań na nośnikach tradycyjnych).

DKK - 101/11 (UPC/Aster, usługi dostępu do telewizji płatnej)

Analizując konkurencję na rynku dostępu do telewizji płatnej, Prezes UOKiK dostrzegł istotne techniczne różnice między platformami cyfrowymi, a sieciami kablowymi. Te pierwsze miały istotną przewagę nad drugimi na terenach o mniejszej gęstości zaludnienia, na których budowa infrastruktury kablowej nie była opłacalna. Z kolei na terenach silnie zurbanizowanych co do zasady dominowały sieci kablowe, ponieważ korzystały z efektu skali, zaś umieszczanie anten umożliwiających odbiór sygnału platform cyfrowych napotykało niekiedy na ograniczenia ze strony spółdzielni mieszkaniowych. Znalazło to odzwierciedlenie w przeprowadzanych przez jednego z uczestników koncentracji badaniach konsumenckich, z których wynikało, że konsumenci z Krakowa i Warszawy postrzegali pozostałe telewizje kablowe jako bliższe substytuty danej sieci, niż platformy cyfrowe. Również wewnętrzne dokumenty uczestników koncentracji wskazywały, iż za bliższą konkurencję uznawali inne sieci kablowe. W konsekwencji uznano, że platformy cyfrowe należy zaliczyć do rynku właściwego, jednak przy ocenie koncentracji wzięto pod uwagę fakt, że wywierana przez nie na sieci kablowe presja konkurencyjna miała ograniczony charakter.

DKK - 54/08 (sprzedaż detaliczna wyrobów farmaceutycznych)

Oceniając koncentrację pomiędzy sieciami aptek, Prezes UOKiK dużą uwagę zwrócił na przestrzenne aspekty konkurencji między poszczególnymi aptekami. Jakkolwiek na jednym z rynków lokalnych – za który uznano obszar miasta – uczestnicy koncentracji osiągnęli wysokie udziały, analiza rozmieszczenia aptek wskazała, iż nie wiązało się to z uzyskaniem istotnej siły rynkowej. Apteki należące do uczestników koncentracji znajdowały się bowiem na krańcach miasta, a między nimi usytuowane były apteki należące do konkurentów. Powodowało to, że apteki kontrolowane przez uczestników koncentracji nie stanowiły dla siebie najbliższej konkurencji, zaś presję konkurencyjną wywierały na nie także niektóre apteki usytuowane w sąsiednich miejscowościach, które nie zostały zaliczone do geograficznego rynku właściwego.

Łatwość zmiany dostawców

Im łatwiej jest odbiorcom zmienić dostawców, tym trudniej jest tym ostatnim uzyskać siłę rynkową, ponieważ muszą liczyć się z utratą klientów w przypadku zaofiarowania warunków nawet w niewielkim stopniu odbiegających od oferowanych przez konkurentów. Ogólnie rzecz biorąc zmiana dostawcy będzie łatwa, jeśli będzie możliwa w relatywnie krótkim okresie (zależnym od specyfiki branży) i nie będzie się wiązała z koniecznością ponoszenia istotnych kosztów (rozwiązania dotychczasowego kontraktu oraz znalezienia nowego, oferującego produkt na równie korzystnych warunkach kontrahenta). Na brak większych przeszkód dla zmiany dostawcy mogą wskazywać: funkcjonowanie rynku w oparciu o umowy krótkoterminowe¹¹⁷, brak umów na wyłączność¹¹⁸, czy też równoległe korzystanie z wielu źródeł zaopatrzenia¹¹⁹. Ta ostatnia okoliczność może również prowadzić do pewnej utraty udziału w rynku przez łączących się przedsiębiorców, ponieważ dążąc do uniknięcia uzależnienia, odbiorcy korzystający dotychczas wyłącznie lub przede wszystkim z produktów lub usług uczestników koncentracji mogą skierować część swojego popytu do innych dostawców¹²⁰.

Z kolei rola uczestników koncentracji jako szczególnie istotnego kanału dystrybucji¹²¹ oraz wyłączna produkcja przez nich określonego asortymentu¹²² były traktowane jako okoliczności przyczyniające się do stwierdzenia, iż koncentracja może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji.

DOK - 46/07 (Air Products/BOC Gazy, dystrybucja gazów)

Istotną okolicznością branżą pod uwagę przy ocenie koncentracji na rynku dostaw gazów był fakt, że umowy na dostawę pomiędzy producentami wodoru i spółkami gazowymi nie miały charakteru umów wyłącznych i zawierane były na krótki okres, z reguły jednego roku. Ceny były każdorazowo negocjowane przy przedłużaniu umów. Z kolei dostęp do źródeł dostaw wodoru był jednakowy dla wszystkich spółek gazowych.

DKK - 66/08 (IVOPTIC/JZO, soczewki organiczne)

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK zauważył, że wprawdzie po koncentracji pozycja obu przedsiębiorców

¹¹⁷ DOK - 46/07 (dystrybucja gazów).

¹¹⁸ Jw.

¹¹⁹ DKK - 66/08 (soczewki organiczne).

¹²⁰ DKK - 131/10 (sprzedaż przemysłowych worków papierowych), DKK - 10/2011 (metalowe zamknięcia do pojemników na żywność i napoje).

¹²¹ DKK - 12/11 (sprzedaż internetowa książek i nagrań na nośnikach tradycyjnych).

¹²² DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe).

będzie silniejsza niż któregośkolwiek z ich największych konkurentów, nie oznaczało to jednak, iż będą mieli możliwość działania niezależnie od konkurentów, czy też odbiorców, a tym samym możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji. Cechą charakterystyczną tego rynku było bowiem korzystanie przez odbiorców, czyli zakłady optyczne, z wielu źródeł zaopatrzenia jednocześnie. Z tego powodu nabywcy soczewek organicznych (optycy) mieli niczym nieograniczony dostęp do wielu alternatywnych źródeł zaopatrzenia. Ponadto, szczególnie w Polsce, rynek dystrybucji soczewek organicznych był wciąż rynkiem rozwijającym się, na którym nie występowały istotne bariery dla ekspansji lub wejścia nowych podmiotów, zarówno przedstawicieli handlowych producentów soczewek, jak też niezależnych dystrybutorów/importerów.

Skargi kontrahentów i wcześniejsze naruszenia prawa konkurencji

Stwierdzone naruszenia prawa konkurencji, jak również skargi kontrahentów łączących się przedsiębiorców mogą dawać podstawę do podejrzeń, iż konkurencja na rynku, którego dotyczy koncentracja, nie funkcjonuje w pełni sprawnie i mogłaby w wyniku rozpatrywanej transakcji ulec dalszemu pogorszeniu. Jeśli wcześniejsze naruszenia nie wiązały się ze stwierdzeniem posiadania przez któregośkolwiek z uczestników transakcji pozycji dominującej, czynnik ten traktowany jest jako pomocniczy.

Administracyjne bariery wejścia

Konieczność uzyskania odpowiednich zezwoleń lub atestów w celu świadczenia działalności na rynku utrudnia nowym dostawcom wejście na rynek i konkurencję z firmami już w branży aktywnymi. Decyzje organów administracyjnych, uniemożliwiające w praktyce korzystanie z usług dostawców innych niż krajowi mogą powodować, iż jedynie konkurencja między nimi będzie brana pod uwagę przy ocenie koncentracji¹²³. Konieczność uzyskania atestów technicznych może również znacząco spowalniać wejście na rynek właściwy przedsiębiorców działających na sąsiednich rynkach produktowych lub geograficznych i znacząco ograniczać wywieraną przez nich presję konkurencyjną¹²⁴. Z kolei wygaśnięcie ochrony patentowej na leki zwiększa prawdopodobieństwo nowych wejść w reakcji na próbę podnoszenia ich cen¹²⁵.

DKK - 10/09 (Orzel Biały/Baterpol, przetwarzanie złomu akumulatorowego), DKK - 67/09 (Cogifer/Koltram, rozjazdy kolejowe)

W sprawie dotyczącej koncentracji pomiędzy jedynymi w Polsce odbiorcami złomu akumulatorowego zasadnicza dla oceny barier wejścia (oraz określenia zasięgu rynku geograficznego była kwestia prawnych możliwości wywozu złomu akumulatorowego poza Polskę. Jakkolwiek było to możliwe technicznie i opłacalne kosztowo, regulator rynku w praktyce nie wydawał zezwoleń na transport złomu akumulatorowego poza Polskę, kierując się restrykcyjną interpretacją przepisów z zakresu ochrony środowiska, zgodnie z którą odpady niebezpieczne winny być unieszkodliwiane możliwie blisko miejsca powstawania. Brak możliwości skorzystania z zagranicznych odbiorców złomu akumulatorowego powodował, iż krajowi jego wytwórcy mogli go deponować jedynie u polskich odbiorców. Tym samym przy ocenie wpływu transakcji na konkurencję pod uwagę brana była jedynie rywalizacja między dwoma polskimi odbiorcami złomu akumulatorowego. Ponieważ ich połączenie doprowadziłoby do monopsonizacji (uczestnicy transakcji działali po stronie popytowej rynku właściwego) polskiego rynku, koncentracja została zakazana.

Analogicznie, w sprawie dotyczącej koncentracji na rynku rozjazdów kolejowych kwestią istotną dla oceny rynku geograficznego oraz wpływu transakcji na konkurencję były ograniczenia związane z możliwością funkcjonowania na rynku polskim producentów zagranicznych, nieprowadzących produkcji rozjazdów na terenie Polski

DKK - 52/2008 (Richter Gedeon/Polpharma, leki przeciwrabacze), DKK 23/2012 (Polpharma/Polfa Warszawa, leki antyagregacyjne, fluorochinolony, sulfonamidy)

Wśród relatywnie licznych czynników istotnych dla sytuacji na rynku leków przeciwrabaczych wskazano na brak ochrony patentowej w przypadku wszystkich trzech obecnych na tym rynku leków. Brak jednej z najistotniejszych w przypadku rynku farmaceutycznego barier dostępu do rynku, w połączeniu z niskim poziomem innych barier wejścia, znacząco ograniczał możliwości podnoszenia cen po dokonaniu koncentracji.

¹²³ DKK - 10/09 (przetwarzanie złomu akumulatorowego).

¹²⁴ DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe), DKK - 10/09 (przetwarzanie złomu akumulatorowego).

¹²⁵ DKK - 52/2008 (leki przeciwrabacze).

Próba takiego zachowania mogłaby bowiem skutkować wejściem na rynek nowego konkurenta.

Nawet jednak całkowity brak ochrony patentowej nie oznacza, iż koncentracja nie może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji. W sprawie dotyczącej przejęcia Polfy Warszawa przez Polpharmę, stwierdzono negatywny wpływ koncentracji w odniesieniu do szeregu produktów, które nie były objęte ochroną patentową. Był on konsekwencją bardzo wysokich udziałów w rynkach, które jako dojrzałe (charakteryzujące się stabilnym bądź malejącym popytem) miały niewielki potencjał, by przyciągnąć nowych konkurentów.

Kosztowe bariery wejścia

Wejście na rynek może wiązać się z koniecznością wybudowania odpowiedniej infrastruktury (np. fabryki), czy poniesienia wydatków na zbudowanie marki lub stworzenie systemu dystrybucyjnego. Jeśli operacja taka jest bardzo kosztowna w stosunku do spodziewanych przychodów z działalności na rynku, wejście na rynek może być mało prawdopodobne, ponieważ przewidując problemy z pokryciem poniesionych kosztów, przedsiębiorcy nie będą co do zasady skłonni dokonywać nowych wejść¹²⁶. Zjawisko to będzie tym silniejsze, im wyższe będą koszty wejścia¹²⁷, w szczególności takie, których nie będzie można odzyskać przy wyjściu z rynku (tzw. koszty utopione), oraz niewykorzystane moce wytwórcze na rynku, z uwagi na ograniczoną opłacalność wejścia na rynek przy znacznej przewadze mocy wytwórczych nad popytem¹²⁸. Z kolei niewielkie koszty związane z wejściem na rynek (np. koszty zakupu niezbędnych czynników produkcji¹²⁹, posiadanie rozpoznawalnej marki oraz obecność w systemie dystrybucji z pokrewnymi produktami) wskazują na mniejsze prawdopodobieństwo powstania i utrzymania się na nim siły rynkowej.

DKK - 68/09 (Rieber Foods/FoodCare, produkcja galaretek), DKK 10/09 (Orzeł Biały/Baterpol, przetwarzanie złomu akumulatorowego)

Istotną rolę kwestie związane z kosztowymi barierami wejścia odgrywały w przypadku dwóch spraw rozpatrywanych przez Prezesa UOKiK. W pierwszej z nich, dotyczącej szeregu rynków przetworzonych produktów spożywczych, takich jak budynie, galaretki, czy bita śmietana w proszku, istotnym czynnikiem ograniczającym prawdopodobieństwo wejścia były wysokie koszty wybudowania odpowiedniej infrastruktury produkcyjnej, które oszacowano na ok. 100 milionów zł.

W drugiej sprawie, dotyczącej przetwarzania złomu akumulatorowego, koszty wejścia na rynek również były znaczne. Wejście na rynek jedynie w zakresie pierwszego etapu przerobu złomu akumulatorowego, którego efektem jest powstanie pasty ołowiowej, nie zaś samego ołowiu, wymagało wybudowania tzw. breakera za ok. 20 mln zł oraz nakładów w wysokości 2-3 mln zł na mniejszą instalację do przerobu złomu. Rozbudowanie infrastruktury do przeróbki złomu o instalację odsiarczania pasty musiałoby się wiązać z wydatkami na poziomie 2-20 mln zł, w zależności od wielkości i mocy przerobowych instalacji. Z kolei wybudowanie huty o parametrach zbliżonych do huty operowanej przez przejmującego stanowiłoby koszt rzędu 50 mln zł, zaś dodatkowe rozszerzenie o rafinerię wymagałoby kolejnych 30 mln zł.

Kosztowne wejście było dodatkowo mało prawdopodobne w świetle znaczącej przewagi mocy przerobowych uczestników koncentracji nad podażą złomu akumulatorowego. Rynek o takiej charakterystyce jest mało atrakcyjny dla nowych przedsiębiorców, z uwagi na fakt, że nie istnieje na nim dodatkowe zapotrzebowanie na usługi świadczone przez jego uczestników, które można by zaspokoić, zaś dalsze zwiększenie mocy przerobowych na rynku, w stosunku do potrzeb którego są one już za duże, może prowadzić do jeszcze mniej korzystnego dla odbiorców złomu akumulatorowego kształtowania się cen na rynku, z uwagi na znaczne zaostrzenie się konkurencji pomiędzy nimi. Prawdopodobieństwo, iż jakkolwiek przedsiębiorca byłby skłonny ponieść wysokie, trudne do odzyskania koszty, w celu wejścia na rynek o takiej charakterystyce, jest niskie. Między innymi z tego powodu uznano, że pojawienie się na rynku nowych konkurentów jest nieprawdopodobne i nowe wejścia nie ograniczą siły rynkowej uzyskanej w wyniku transakcji przez jej uczestników.

Inne bariery wejścia i zachowania potencjalnych konkurentów

¹²⁶ DKK - 68/09 (produkcja galaretek i budyni).

¹²⁷ DKK - 68/09 (produkcja galaretek).

¹²⁸ DKK - 10/09 (przetwarzanie złomu akumulatorowego).

¹²⁹ DKK - 37/08 (internetowe katalogi teleadresowe).

Wśród innych czynników, które mogą ograniczać prawdopodobieństwo wejścia na rynek nowych przedsiębiorców w dotychczasowym orzecznictwie wskazywano bariery językowe związane z korzystaniem z witryn zakupowych w języku obcym¹³⁰, jak również dostęp do istotnego kanału dystrybucji¹³¹. Prawdopodobieństwo wejścia na rynek oceniane było również w oparciu o rzeczywiste zachowanie potencjalnych konkurentów (wskazanych przez uczestników transakcji); za wskazujące na brak potencjalnej presji konkurencyjnej uznane zostało zachowanie potencjalnych konkurentów polegające na produkcji wyłącznie lub niemal wyłącznie na własne potrzeby¹³².

DKK - 12/11 (Empik/Merlin, internetowa sprzedaż książek, internetowa sprzedaż nagrań muzycznych)

W sprawie dotyczącej koncentracji na rynkach detalicznej internetowej sprzedaży nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych oraz książek niespecjalistycznych za istotne czynniki ograniczające możliwość wejścia na polski rynek uznano bariery językowe oraz dostęp do istotnego kanału dystrybucji, jakim jest odbiór osobisty w salonach Empiku. W przypadku sprzedaży nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych dostrzeżono fakt, iż możliwe jest ich zakupywanie również w zagranicznych sklepach internetowych, jednak taką ewentualną presję konkurencyjną uznano za niewielką i odczuwalną jedynie w stosunku do ograniczonej grupy konsumentów, z uwagi na konieczność przezwyciężenia bariery językowej w celu skorzystania ze sklepów innych niż polskie. Z kolei w przypadku rynku detalicznej sprzedaży książek niespecjalistycznej za źródło znaczącej przewagi konkurencyjnej podmiotu, który powstałby w wyniku transakcji uznano obecność w największych miastach sieć salonów Empiku, które umożliwiały odbiorcom dogodny odbiór zamówionych książek. Na dużą popularność takiej opcji odbioru wskazywał znaczący jej udział w ogóle internetowej sprzedaży książek przez tego przedsiębiorcę. Przedsiębiorcy nieposiadający dostępu do takiego kanału dystrybucji napotykaliby na znaczące ograniczenia w konkurencji z powstałym w wyniku połączenia podmiotem. Z kolei replikacja sieci sklepów umożliwiających odbiór w równie jak salony Empiku dogodnych miejscach byłaby dla internetowego sprzedawcy nieopłacalna, zaś z podmiotów funkcjonujących na rynku sprzedaży tradycyjnej żaden nie dysponował siecią sklepów, która mogłaby rywalizować z siecią Empiku pod względem wielkości oraz atrakcyjności położenia.

DOK - 71/07 (CRH/E.Schwenk, sprzedaż betonu towarowego)

Oceniając skutki koncentracji między detalicznymi sprzedawcami betonu towarowego na jednym z rynków lokalnych, Prezes UOKiK zbadał działalność przedsiębiorców wskazanych przez uczestników koncentracji jako nowi uczestnicy rynku. Analiza wykazała, że wskazani przedsiębiorcy działają w branży budowlanej, a produkowany przez siebie beton wykorzystują wyłącznie lub w przeważającej części na własne potrzeby – do obsługi wykonywanych inwestycji, bądź też do produkcji prefabrykatów budowlanych. Powyższe uzasadniało wniosek o ograniczonej presji konkurencyjnej, jaką mogliby wywierać na uczestników koncentracji tacy potencjalni konkurenci.

Faza rozwoju rynku i jego dynamika

Faza rozwoju rynku może w wielu przypadkach być skorelowana z jego konkurencyjnością. Na rynkach znajdujących się we wczesnej fazie rozwoju mamy zazwyczaj do czynienia z ich szybkim wzrostem, nowymi wejściami na rynek, rozwojem nowych modeli biznesowych, jak również eksperymentami w zakresie produktów, co utrudnia utrzymanie silnej pozycji rynkowej i ułatwia jej atakowanie. Taka charakterystyka rynku zmniejsza prawdopodobieństwo stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku danej koncentracji¹³³. Z drugiej strony również schyłkowa faza rynku, w której – zazwyczaj z uwagi na zmiany technologiczne lub w preferencjach konsumentów – zmniejsza się jego znaczenie, a tempo wzrostu maleje lub nawet przybiera negatywne wartości, może zostać uznana za czynnik ograniczający zasadność stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji¹³⁴. Co do zasady jednak schyłkowa faza rynku zmniejsza atrakcyjność nowych wejść, przez co ogranicza presję konkurencyjną na przedsiębiorców aktywnych na rynku o takiej charakterystyce.

¹³⁰ DKK - 12/11 (internetowa sprzedaż książek, internetowa sprzedaż nagrań muzycznych).

¹³¹ Jw.

¹³² DOK - 71/07 (sprzedaż betonu towarowego).

¹³³ RWR 16/2007 (detaliczna sprzedaż RTV i AGD).

¹³⁴ DKK - 37/08 (drukowane katalogi teleadresowe), DKK - 5/07 (dystrybucja dyskielek), DKK - 66/08 (dystrybucja soczewek mineralnych).

Za czynnik ograniczający prawdopodobieństwo wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji uznawana jest również zmienność rynku, wynikająca ze zmian technologicznych i kulturowych¹³⁵.

RWR 16/2007 (Neonet/Mars, detaliczna sprzedaż RTV i AGD)

W sprawie dotyczącej połączenia między dwoma sieciami sprzedaży detalicznej sprzętu AGD/RTV, jako jeden z istotnych czynników przemawiających za brakiem ryzyka wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji, wskazano fakt, iż hurtowe i detaliczne rynki sprzedaży RTV i AGD znajdowały się w wciąż w fazie rozwoju, o czym świadczyły m.in. nowe wejścia na te rynki kolejnych marek sieci handlowych oraz wzrastająca sprzedaż sprzętu RTV i AGD na terenie Polski.

DKK - 106/10 (Stroer Polska/News Outdoor Poland, wynajem nośników reklamy zewnętrznej)

W decyzji dotyczącej koncentracji na rynku wynajmu nośników reklamy zewnętrznej podkreślono okoliczność, iż szeroko pojęty sektor reklamy, do którego zalicza się rynek właściwy w sprawie, jest rynkiem o relatywnie dużej zmienności, wynikającej z zachodzących zmian technologicznych i kulturowych. Warunki takie z jednej strony sprzyjają pojawieniu się nowych produktów lub konkurentów na poszczególnych rynkach tworzących sektor, jak również zwiększają prawdopodobieństwo zmian modyfikujących relatywną atrakcyjność poszczególnych kanałów reklamowych, które jakkolwiek nie stanowią bezpośrednich substytutów, mogą wywierać wzajemnie na siebie pewną presję konkurencyjną. W takiej sytuacji możliwość skutecznego zaburzania konkurencji przez uczestników rynku właściwego, zarówno w drodze zachowań jednostronnych, jak i skoordynowanych, ulega dalszemu ograniczeniu, co stanowiło dodatkowy czynnik uzasadniający wniosek o braku negatywnego wpływu na konkurencję rozpatrywanej koncentracji.

Zaobserwowane wejścia na rynek

Brak nowych wejść na rynek może wskazywać na obecność istotnych barier wejścia i zwiększać prawdopodobieństwo zaistnienia istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku transakcji¹³⁶. Z kolei pojawianie (i utrzymywanie) się na rynku nowych podmiotów może wskazywać, iż wejście na rynek nie wiąże się z nadmiernymi trudnościami i wywiera realną presję na działające na nim podmioty, (zwłaszcza, gdy wiąże się to z szybkim spadkiem udziału rynkowego łączących się przedsiębiorców¹³⁷). W szczególności może to wskazywać na fakt, iż rynek znajduje się w fazie rozwoju¹³⁸.

Planowane wyjścia z rynku

Fakt, iż produkt jednego z uczestników transakcji ma zostać wycofany z rynku również był brany pod uwagę przy ocenie transakcji¹³⁹, jako okoliczność wskazująca na zmniejszenie udziału rynkowego i siły ekonomicznej łączących się przedsiębiorców w bliskiej przyszłości. Argument ten miał jednak charakter pomocniczy.

Zmiany w naturze procesu konkurencyjnego

Specyfika procesu konkurencyjnego jest zależna od wielu czynników, takich jak natura produktu, preferencje odbiorców, technologia produkcji, czy też rynkowe „reguły gry”, najczęściej wynikające z obowiązujących przepisów prawnych. W szczególności zmiana tych ostatnich może mieć istotne implikacje dla specyfiki konkurencji w sektorze – np. poprzez zwiększenie siły przetargowej odbiorców, zwiększenie kosztów funkcjonowania w sektorze, jak również rozszerzenie zasięgu rynków geograficznych¹⁴⁰ – a przez to wpływać na ocenę skutków rozpatrywanej koncentracji.

¹³⁵ DKK - 106/10 (wynajem nośników reklamy zewnętrznej).

¹³⁶ DKK - 9/09 (produkcja dżemów), DOK - 116/06 (produkcja podchlorynu sodu).

¹³⁷ DKK - 52/2008 (leki przeciwzapalne przeciwbiegunkowe).

¹³⁸ RWR 16/2007 (detaliczna sprzedaż RTV i AGD).

¹³⁹ DKK - 52/2008 (leki antyarytmiczne).

¹⁴⁰ DKK - 94/2011 (odbiór odpadów).

DKK - 94/2011 (SITA Polska/Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych, odbiór odpadów komunalnych)

Kwestia związana ze zmianą organizacji rynku odbioru odpadów miała istotne znaczenie dla oceny koncentracji między dostawcami tych usług. Zmiany prawne powodowały, iż dotychczasowy model, polegający na podpisywaniu przez przedsiębiorców odbierających odpady indywidualnych umów z kontrahentami (właścicielami nieruchomości), został zastąpiony konkurencją o rynek, w ramach której gmina, posiadająca władztwo nad odpadami komunalnymi wytwarzanymi na jej terenie wylaniała w drodze przetargu przedsiębiorcę obsługującego wszystkich jej mieszkańców (lub też, w przypadku większych gmin, odpowiednią ich część). Po wejściu powyższych zmian w życie na danym terenie występowałby tylko jeden kontrahent – gmina – co pozostawiało z istotnym wpływem na konkurencję na rynku. Jak przewidywano w decyzji, miało to doprowadzić do obniżenia barier wejścia na teren poszczególnych gmin i wraz ze wzrostem znaczenia czynników o charakterze regionalnym lub nawet krajowym (takich jak know – how oraz krajowe zasoby sprzętowe i ludzkie, które mogą być alokowane stosownie do wyników przetargów na szerszym terytorium) prowadzić do rozszerzenia obszaru, na którym konkurować będą przedsiębiorcy trudniący się odbiorem odpadów. To z kolei mogło skutkować zmniejszeniem liczby podmiotów prowadzących działalność na tych rynkach, z uwagi na konieczność ponoszenia wyższych kosztów w związku z wymaganiami stawianymi w zakresie ich działalności przez gminy – organizatorów przetargów. W szczególności można było oczekiwać, że z rynku zostaną wyeliminowane przedsiębiorstwa nieposiadające potencjału wystarczającego do udziału jednocześnie w dużej liczbie przetargów. W konsekwencji ocenę wpływu koncentracji uzupełniono o analizę sytuacji konkurencyjnej na rynku województwa, tj. terytorium, co do którego spodziewano się, że może po wejściu w życie zmian prawnych stanowić rynek właściwy.

Specyfika organizacyjna łączących się podmiotów

W przypadku koncentracji dotyczących spółdzielni producenckich, brana jest pod uwagę okoliczność, iż dostawcy skupowanych przez spółdzielnię produktów są zarazem jej członkami. Znacząco ogranicza to bodźce spółdzielni do pogarszania warunków, na których odbywa się skup produktów, nawet jeśli w wyniku koncentracji miałyby się zwiększyć siła rynkowa takiego podmiotu¹⁴¹.

Specyficzne funkcjonowanie rynku

Funkcjonowanie niektórych rynków może istotnie odbiegać od sposobu działania większości rynków, stanowiących punkt odniesienia dla oceny wpływu koncentracji na konkurencję. Przykładowo, na niektórych rynkach ograniczenie liczby funkcjonujących na nich podmiotów może nieść ze sobą pewne korzyści, lub też powodować straty dla klientów mniejsze niż można by tego oczekiwać na rynkach postrzeganych jako funkcjonujące w sposób „normalny”. Przykładowo, zmniejszenie liczby giełd energii może powodować wzrost płynności rynku, ponieważ w jednym miejscu gromadzi się więcej ofert kupna i sprzedaży, co zwiększa szansę na zawarcie korzystnej dla obojga stron transakcji¹⁴². Z kolei w przypadku drukowanych katalogów teled adresowych mniejsza liczba dostawców usługi zmniejsza konieczność reklamowania się w wielu wydawnictwach¹⁴³. Jako okoliczność utrudniającą wykorzystywanie ewentualnej siły rynkowej na specyficznie funkcjonującym rynku wskazywano również racjonowanie produktu za pomocą recept, co sprawia, iż wpływanie na popyt na produkt jest utrudnione.

Argumenty takiej natury mają charakter pomocniczy i nie przesądzają ostatecznej oceny transakcji.

Siła odbiorców

Fakt, iż odbiorcy łączących się przedsiębiorców dysponują równoważącą siłą nabywczą, zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji. W szczególności będzie to miało miejsce, gdy odbiorcy są duzi i dysponują specjalistyczną wiedzą, zaś koncentracja ich udziałów jest relatywnie wysoka¹⁴⁴, a zakupy produktu dokonywane są na skalę światową w scentralizowanym procesie¹⁴⁵, lub też gdy posiadają możliwość wytworzenia określonych produktów we własnym zakresie¹⁴⁶. Pod uwagę brana jest także

¹⁴¹ RŁO 58/08, RLU 10/2008 (skup mleka).

¹⁴² DKK - 1/2012 (usługi ułatwiające hurtowy obrót energią elektryczną).

¹⁴³ DKK - 37/08 (drukowane katalogi teled adresowe).

¹⁴⁴ DKK - 9/07 (systemy uszczelnień karoseryjnych), DKK - 12/11 (zakup nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych).

¹⁴⁵ DOK - 73/2007 (produkcja kauczuku).

¹⁴⁶ JW.

– przyznawana przepisami – potencjalna możliwość zwiększenia siły przetargowej kontrahentów w stosunku do uczestników koncentracji poprzez zrzeszenie się (utworzenie grup producenckich)¹⁴⁷. Rozproszeni odbiorcy nie są postrzegani jako istotna przeciwwaga¹⁴⁸, nawet jeśli wykonują zlecenia na rzecz podmiotu bardzo silnego, który może być postrzegany jako ostateczny odbiorca określonych produktów¹⁴⁹.

Bardzo silni odbiorcy nie zawsze jednak wpływają na ostateczną ocenę koncentracji. W jednej ze spraw nawet istnienie monopsonistycznego odbiorcy nie doprowadziło do wniosku o braku istotnego ograniczenia konkurencji w przypadku koncentracji, która prowadziła do uzyskania przez dostawcę udziału na poziomie ok. 50% w niektórych rynkach właściwych¹⁵⁰.

DKK - 9/07 (Cooper/Metzeler, systemy uszczelnień karoseryjnych), DKK - 12/11 (Empik/Merlin, zakup nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych)

W sprawach dotyczących koncentracji na rynkach systemów uszczelnień karoseryjnych oraz zakupu nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych do ostatecznej konkluzji o braku negatywnego wpływu na konkurencję w istotnej mierze przyczynił się fakt istnienia silnych nabywców. W przypadku pierwszej ze wspomnianych spraw, odbiorcami byli producenci samochodów, a więc niewielu przedsiębiorców o bardzo dużej sile przetargowej. Z reguły kupowali oni duże ilości systemów uszczelniających w ramach przetargów, co zwiększało konkurencję między dostawcami i ograniczało możliwości ich działania niezależnie od kontrahentów. Z kolei w przypadku rynku zakupu nagrań muzycznych uczestnicy koncentracji posiadali wspólnie wysokie udziały jako odbiorcy nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych, jednak ich dostawcami były w głównej mierze cztery wytwórnie muzyczne, będące doświadczonymi uczestnikami rynku o bardzo wysokim w nim udziale.

DOK - 73/2007 (Dwory/Kaucuk, produkcja kauczuku)

Oceniając koncentrację między producentami kauczuków ESBR (emulsyjno-styrenowo-butadienowych) zwrócono uwagę na fakt, iż około 70% tego rodzaju kauczuków było kupowanych przez producentów opon samochodowych, w większości koncerny o zasięgu globalnym, dokonujące zakupów w sposób centralny, dzięki czemu były w stanie negocjować korzystne dla siebie ceny i warunki dostaw. Ze względu na ich znaczny udział w zakupie kauczuków ESBR, odbiorcy ci dysponowali znaczną siłą przetargową w stosunku do producentów tych kauczuków, prowadząc jednocześnie politykę dywersyfikacji dostaw kauczuków ESBR, ułatwiającą zmianę dostawcy. Dodatkową okolicznością braną pod uwagę był fakt, iż największe koncerny oponiarskie dysponowały własnymi instalacjami produkującymi kauczuki, które częściowo pokrywają ich zapotrzebowanie na ww. produkty (np. Michelin, Goodyear), albo też, jak to miało miejsce w przypadku Bridgestone, były akcjonariuszami firm produkujących kauczuki, co dodatkowo uniezależniało je od producentów kauczuków i utrudniało tym ostatnim uzyskanie i wykorzystywanie siły rynkowej.

DKK - 67/09 (Cogifer/Koltram, rozjazdy kolejowe)

Uczestnicy koncentracji na rynku rozjazdów kolejowych spotykali się ze specyficzną sytuacją po stronie odbiorców. Odbiorcą końcowym był głównie zarządca infrastruktury (PKP PLK) określający zakres zapotrzebowania na rozjazdy i realizujący wszystkie swoje zakupy w drodze procedury przetargowej. Niemniej jednak wspomniany finalny odbiorca bezpośrednio nabywał jedynie niewielką część rozjazdów (według danych samego PKP PLK było to 10,6% w 2007 r. i 0,7% w 2008 r. w przypadku gotowych rozjazdów). Pozostała część realizowana była w większości w trybie negocjacji o cenę przez wykonawców robót torowych na rzecz PKP PLK. W latach poprzedzających zgłoszenie koncentracji uczestnikami przetargów na te roboty było 55 polskich lub zagranicznych przedsiębiorców (w tym konsorcja). Tak znaczące rozproszenie strony popytowej tego rynku doprowadziło Prezesa UOKiK do wniosku o braku siły przetargowej po stronie odbiorców.

¹⁴⁷ RLU 10/2008 (skup mleka).

¹⁴⁸ DOK - 71/07 (sprzedaż betonu towarowego).

¹⁴⁹ DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe).

¹⁵⁰ DKK - 70/11 (dializy).

Sytuacja na innych rynkach geograficznych

Rozwój sytuacji na innych rynkach geograficznych może wskazywać na specyfikę konkurencji na określonym rynku produktowym. W szczególności pod uwagę brane mogą być informacje dotyczące kształtowania się struktury rynku w innych krajach¹⁵¹, czy też wpływu koncentracji na innym terytorium na ceny tam stosowane¹⁵².

DKK - 37/08 (EDSA/Ditel, drukowane katalogi teledresowe), DKK - 131/10 (Mondi/Smurfit, przemysłowe worki papierowe)

W sprawie dotyczącej koncentracji pomiędzy producentami drukowanych katalogów teledresowych jednym z czynników branych pod uwagę przy ocenie koncentracji była potwierdzona obserwacją z szeregu krajów europejskich tendencja tego rynku do istnienia na nim dominującego przedsiębiorcy, co mogło być tłumaczone względami efektywnościowymi – mniejsza liczba katalogów teledresowych na rynku zmniejsza koszty reklamodawców (którzy nie muszą zamieszczać swoich reklam w wielu katalogach) oraz zwiększa wygodę korzystania z nich przez użytkowników, którzy nie muszą dysponować dużą liczbą katalogów.

Z kolei w decyzji dotyczącej koncentracji między producentami przemysłowych worków papierowych jako jeden z argumentów wskazano fakt, iż koncentracja na tym samym rynku produktowym, prowadząca do bardzo wysokich udziałów na obszarze Węgier, nie spowodowała wzrostu cen worków przemysłowych na tym terytorium w stosunku do ceny worków importowanych. Potwierdzało to realność transgranicznej presji konkurencyjnej i wskazywało na szeroki zasięg rynku geograficznego.

1.2. Efekty skoordynowane

Efekty skoordynowane koncentracji mogą pojawiać się na rynkach oligopolistycznych, których specyfika sprawia, że ich uczestnikom bardziej opłaca się zrezygnować z intensywnej konkurencji i są w stanie taką sytuację utrzymać bez porozumiewania się. Aby utrzymanie koordynacji oligopolistycznej było możliwe, konieczne jest spełnienie trzech warunków:

- rynek winien być na tyle przejrzysty, by możliwe było osiągnięcie przez jego uczestników (dorożumianej) koordynacji co do wspólnej strategii, maksymalizującej korzyści uczestników rynku,
- powinien istnieć wiarygodny mechanizm karzący, który pozwala zdyscyplinować przedsiębiorców odchylających się od skoordynowanej strategii i zapewnić opłacalność stosowania się do niej,
- utrzymywanie strategii nie powinno być zagrożone reakcjami obecnych i przyszłych konkurentów, jak również konsumentów.

W praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK efekty skoordynowane analizowane są w oparciu o powyższe ramy. Wśród czynników utrudniających ustalenie wspólnej strategii wskazywano asymetrię udziałów rynkowych¹⁵³, nieprzejrzystość cen dla konkurentów (z uwagi na stosowane rabaty)¹⁵⁴, jak również asymetrię w zakresie finansowania (część leków należących do rynku właściwego podlegała refundacji, a część nie)¹⁵⁵.

Jako narzędzie dyscyplinowania konkurenta wskazano wykorzystanie jego zależności od uczestników koncentracji, z którymi musiał utrzymywać kontakty handlowe w celu uzyskania pełnego asortymentu produktów, umożliwiającego mu występowanie w co najmniej niektórych przetargach¹⁵⁶. Odmowa sprzedaży niektórych produktów konkurentowi przez uczestników koncentracji mogłaby znacząco ograniczyć mu możliwość konkurowania z nimi.

Z kolei możliwe reakcje konsumentów, w postaci migracji na zbliżony rynek produktowy (z drukowanych do internetowych katalogów teledresowych) wskazane zostały jako okoliczność ograniczająca możliwość utrzymania cen ponadkonkurencyjnych przez uczestników koncentracji, w wyniku której na rynku powstawał

¹⁵¹ DKK - 37/08 (drukowane katalogi teledresowe).

¹⁵² DKK - 131/10 (przemysłowe worki papierowe).

¹⁵³ DKK - 52/2008 (leki przeciwrakowe).

¹⁵⁴ DKK - 37/08 (drukowane katalogi teledresowe).

¹⁵⁵ DKK - 52/2008 (leki przeciwrakowe).

¹⁵⁶ DKK - 67/09 (rozjazdy kolejowe).

duopol¹⁵⁷. W tej samej decyzji wskazano również na pro-konkurencyjną strukturę bodźców, jaka wynika z homogeniczności produktu i braku ograniczeń mocy wytwórczych, w powiązaniu z głównie cenowym charakterem konkurencji.

2. Wpływ wertykalny

Koncentracje wertykalne mają miejsce pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, w związku z czym przedsiębiorcy ci są dla siebie, co najmniej potencjalnie, dostawcami i odbiorcami. Negatywny wpływ koncentracji w układzie wertykalnym może pojawić się co do zasady w trzech przypadkach, dwóch dotyczących działań unilateralnych, których skutkiem jest ograniczenie dostępu do rynku lub z niego wykluczenie (ang. *foreclosure*) oraz jednym wiążącym się z koordynacją zachowań rynkowych. Po pierwsze, koncentracja między przedsiębiorcami funkcjonującymi na sąsiadujących szczeblach obrotu może, z uwagi na silną pozycję na wyższym szczeblu obrotu, tworzyć po stronie jej uczestników możliwość i bodźce do ograniczania konkurentom na niższym szczeblu obrotu dostępu do towarów wytwarzanych na szczeblu wyższym bądź też zwiększanie ich ceny, czego skutkiem mogłoby być podniesienie kosztów wspomnianych konkurentów i zmniejszenie presji, jaką wywierać będą na zyski uczestników koncentracji na niższym szczeblu obrotu. Po drugie, analogiczna sytuacja może mieć miejsce w odniesieniu do niższego szczebla obrotu: siła rynkowa na niższym szczeblu obrotu może dawać uczestnikom połączenia możliwość i bodźce do ograniczenia konkurentom działającym na wyższym szczeblu obrotu dostępu do odpowiednio dużej bazy odbiorców, zmniejszając tym samym zdolność i bodźce do konkurowania wspomnianych rywali, a być może nawet spowodować opuszczenie przez nich rynku.

Koncentracja wertykalna może również prowadzić do zmian, które spowodują, że koordynowanie zachowań rynkowych w układzie horyzontalnym stanie się prostsze, w związku z ułatwieniem ustalenia korzystnej dla wszystkich uczestników rynku strategii, monitorowania odchyleń od niej, skutecznego odstraszania od takich odchyleń, czy też ograniczeniem ewentualnych, niekorzystnych dla stabilności skoordynowanych zachowań, działań innych przedsiębiorców.

2.1. Efekty nieskoordynowane

W praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK efekty wertykalne rzadko były przyczyną uznania, że transakcja może prowadzić do istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji na rynku, przy czym zdecydowana większość przypadków takich konkluzji dotyczy połączeń w sektorze elektroenergetycznym i wiąże się ze specyfiką jego funkcjonowania. Czynniki brane pod uwagę przy ocenie wpływu wertykalnego koncentracji zostały przedstawione poniżej.

Zmiana relacji dostawca-odbiorca

Koncentracja pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na sąsiednich szczeblach obrotu nie musi skutkować istotnymi zmianami na rynku, nawet jeśli wiąże się z posiadaniem udziału rynkowego istotnie przekraczającego 30%. W szczególności będzie to miało miejsce wówczas, gdy uczestnik koncentracji jest wyłącznym odbiorcą lub dostawcą pozostałych uczestników. Będzie tak np. w przypadku wyłącznych dystrybutorów, którzy przejmowani są przez swoich dotychczasowych dostawców¹⁵⁸ lub zmiany współkontroli na kontrolę wyłączną, bez wpływu na dotychczasowe relacje handlowe¹⁵⁹. Okoliczność powyższa może też mieć znaczenie w przypadku, gdy przejmujący, jakkolwiek nie jest wyłącznym dostawcą przejmowanego, zaspokaja przeważającą część jego zapotrzebowania¹⁶⁰. Niewielki zakres zmian relacji dostawca-odbiorca nie wyklucza zaistnienia negatywnego wpływu wertykalnego, jakkolwiek ogranicza jego prawdopodobieństwo. W szczególności trudno będzie mówić o odcięciu konkurentów od określonego dystrybutora, do którego i przed koncentracją nie mieli dostępu¹⁶¹.

DKK - 56/07 (Toyota/EMTOR, dystrybucja wózków widłowych z przeciwwagą)

W sprawie przejścia dystrybutora osprzętu do przenoszenia materiałów uwzględniono, że nie wpłynie ono na

¹⁵⁷ DKK - 37/08 (internetowe katalogi teleadresowe).

¹⁵⁸ DKK - 56/07 (dystrybucja wózków widłowych z przeciwwagą).

¹⁵⁹ DKK - 46/07 (produkty stalowe ocynkowane).

¹⁶⁰ DKK - 28/08 (produkty stalowe ocynkowane), DKK - 128/2011 (hurtowa sprzedaż FMCG).

¹⁶¹ DKK - 53/08 (dystrybucja usług telefonii ruchomej).

zmianę relacji dostawca odbiorca między tymi podmiotami. Przejmowany podmiot, jakkolwiek niezależny od przejmującego, trudnił się bowiem dystrybucją wyłącznie jego produktów, w związku z czym koncentracja nie umożliwiała utrudniania konkurentom dostępu do któregokolwiek z rynków.

Asymetria między produkcją a sprzedażą detaliczną w warunkach monopolu naturalnego

W przypadku szeregu koncentracji w sektorze elektroenergetycznym stwierdzany istotny negatywny wpływ na konkurencję wynikał ze specyfiki funkcjonowania tej branży. W szczególności koncentracje, które prowadziły do istotnego zmniejszenia asymetrii wewnątrz danej grupy kapitałowej między wielkością produkcji energii elektrycznej, a wielkością jej sprzedaży, uznawane były za niekorzystne dla konkurencji, z uwagi na fakt, iż taki rozwój sytuacji prowadzi do ograniczenia ilości energii elektrycznej sprzedawanej poza grupą kapitałową, a więc na rynku hurtowym¹⁶². W takiej sytuacji ograniczeniu ulega płynność, a w konsekwencji efektywność tego rynku.

Zwiększają się również bariery w dostępie do rynku po stronie innych producentów i dystrybutorów energii elektrycznej. Posiadające zbilansowaną strukturę produkcji i dystrybucji, znaczące na rynku podmioty mają ograniczone bodźce zarówno do zakupu, jak i sprzedaży energii poza grupą kapitałową. Również odbiorcom przyłączonym do sieci rozdzielczej spółek objętych konsolidacją wertykalną mogą być narzucani jako dostawcy wyłącznie przedsiębiorcy z grupy kapitałowej. W szczególności skutek taki byłby silniej odczuwalny w warunkach ograniczonej efektywności przepisów przyznających odbiorcom prawo wyboru dostawcy¹⁶³.

Monopol naturalny na obydwóch szczeblach obrotu

W przypadku, gdy na obydwóch szczeblach obrotu występuje monopol naturalny, przyjmuje się zazwyczaj, że transakcja nie będzie mieć negatywnych skutków, ponieważ nie istnieją nawet potencjalni konkurenci, którzy mogliby zostać w jej wyniku wypchnięci z rynku bądź zmuszeni do mniej intensywnego konkurowania¹⁶⁴.

RKT - 68/2007 (Energetyka Południe/Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Dąbrowie Górniczej, produkcja i dystrybucja ciepła), DKK - 13/07 (Energetyka Południe/Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Katowicach, produkcja i dystrybucja ciepła)

Sytuacja, w której uczestnicy koncentracji są monopolistami naturalnymi na następujących po sobie szczeblach obrotu była obserwowana w szeregu koncentracji dotyczących sektora ciepłowniczego. Zazwyczaj ich uczestnikiem jest monopolistyczny producent ciepła, który dostarcza go właścicielowi infrastruktury przesyłowej, który – z uwagi na brak racjonalności kosztowej powielania takiej infrastruktury – nie spotyka się z konkurencją. Nawet jeśli do danej sieci przesyłowej ciepło dostarczane jest z różnych źródeł, specyfika konstrukcji zazwyczaj uniemożliwia ich wzajemne konkurowanie: fragment sieci, w którym krąży nośnik ciepła dostarczany przez jednego dostawcę jest zazwyczaj niedostępny dla dostawców innych, obsługujących inny obszar i również niespotykających się z konkurencją. W takich okolicznościach nie zachodzi ryzyko, że konkurentom uczestników koncentracji (tj. producenta ciepła i jego dystrybutora) zostanie ograniczony dostęp do rynku, ponieważ żaden podmiot w praktyce nie konkuruje z nimi na tak funkcjonujących rynkach.

Czynniki związane z siłą rynkową i ich zmiana w wyniku koncentracji

Analiza w tym zakresie zbliżona jest do tej, którą przeprowadza się w przypadku skutków horyzontalnych (zdarzają się również w jej przypadku odwołania do analizy dotyczącej horyzontalnych skutków transakcji¹⁶⁵). Jako okoliczności zmniejszające prawdopodobieństwo negatywnych skutków wertykalnych wskazuje się:

- fakt, iż uczestnik (lub uczestnicy) działający na danym szczeblu obrotu jest nieznaczącym odbiorcą lub dostawcą; powoduje to, iż po dokonaniu koncentracji nowopowstały podmiot nie będzie mieć wystarczającej możliwości ani bodźców do blokowania konkurentom dostępu do poszczególnych szczebli obrotu¹⁶⁶;

¹⁶² Należy jednak zauważyć, iż produkowana energia elektryczna może być wykorzystana nie tylko do sprzedaży detalicznej, ale również na rynku bilansującym; fakt ten może wpływać na ocenę asymetrii między produkcją, a sprzedażą (por. DOK - 19/07).

¹⁶³ DOK - 163/06 (produkcja i dystrybucja energii elektrycznej).

¹⁶⁴ RKT - 68/2007, DKK - 13/07 (produkcja i dystrybucja ciepła).

¹⁶⁵ DKK - 128/2011 (hurtowa sprzedaż FMCG).

¹⁶⁶ DKK - 28/07 (sprzedaż kruszyw), DKK - 14/09 (detaliczna dystrybucja usług telefonii mobilnej).

- niewielkie zmiany w udziałach rynkowych uczestników koncentracji, które mogą wskazywać na brak istotnej zmiany w możliwościach i bodźcach do wpływania na sytuację konkurentów; fakt ten może mieć znaczenie w szczególności w przypadku koncentracji, w wyniku których podmiot obecny na obydwóch szczeblach obrotu przejmuje przedsiębiorcę aktywnego na jednym z nich¹⁶⁷; jeśli koncentracja ma jednak wymiar przede wszystkim wertykalny, a więc sprowadza się do uzyskania znaczącego wzrostu udziałów na danym szczeblu obrotu przez podmiot działający przede wszystkim na szczeblu sąsiadującym, powyższy argument będzie miał ograniczoną wartość;
- spotykanie się z konkurencją ze strony silnych rywali, co powoduje, iż konkurenci na sąsiednim szczeblu obrotu posiadają alternatywne źródła zaopatrzenia lub zbytu¹⁶⁸; sama dostępność alternatywnych źródeł zaopatrzenia traktowana jest jako czynnik ograniczający możliwość wystąpienia negatywnych skutków wertykalnych¹⁶⁹.

Z kolei przejście największego odbiorcy na rynku przez największego dostawcę, posiadającego najszerzy asortyment i przy istnieniu uzależnionych od niego odbiorców zostało uznane za dające podstawy do uznania, iż transakcja doprowadzi do negatywnych skutków wertykalnych¹⁷⁰.

DKK - 28/07 (Kompania Węglowa/Haldex, sprzedaż kruszyw)

Koncentracja miała miejsce między znaczącym na rynku regionalnym producentem kruszyw (Kompania Węglowa, która w procesie wydobywania węgla wytwarzała znaczną ilość odpadów wydobywczych, z których część wykorzystywana była jako kruszywo lub też w innych zastosowaniach) oraz odbiorcą odpadów (Haldex), który je następnie zagospodarowywał. Jedną z przyczyn, dla których uznano, że koncentracja ta nie doprowadzi do negatywnych skutków wertykalnych było niewielkie znaczenie Haldex jako odbiorcy odpadów: w latach 2005 i 2006 odpady zagospodarowane przez tego odbiorcę stanowiły odpowiednio ok. 4% i ok. 6% wszystkich odpadów wydobywczych powstających w województwie śląskim oraz od 7 do 10% odpadów wydobywczych przeznaczonych przez Kompanię Węglową do odzysku.

DKK - 105/2010 (Kompania Węglowa /Huta Łabędy, obudowy i akcesoria górnicze)

Uczestnikami niniejszej koncentracji były Huta Łabędy, posiadająca pozycję lidera na rynku obudów górniczych (z udziałem 40-60%, w zależności od rodzaju asortymentu) oraz Kompania Węglowa – największy w Polsce odbiorca wspomnianych obudów i akcesoriów (o udziale w zakupach kształtującym się w przedziale 40-50%, w zależności od asortymentu). Konkurentami Huty w zakresie dostarczania obudów górniczych i akcesoriów do nich byli w przypadku obudów górniczych: Arcelor Mittal Polska, z udziałem na poziomie 35% oraz mniejsi przedsiębiorcy, z kolei w przypadku akcesoriów górniczych konkurenci Huty składali się głównie z szeregu mniejszych przedsiębiorców. Huta oferowała najszerzy i najbardziej kompleksowy asortyment obudów i akcesoriów, na rynku występowali również istotni odbiorcy, tacy jak jedna z kopalń, którzy z uwagi na specyfikę techniczną prowadzonej działalności nie mogli skorzystać z oferty innych niż Huta dostawców. Huta była także jedynym producentem niektórych akcesoriów górniczych.

Prezes UOKiK stwierdził, że koncentracja niesie ze sobą znaczne ryzyko negatywnych skutków wertykalnych. Po jej dokonaniu prawdopodobne byłoby skupienie się przez Hutę na obsłudze Kompanii, przy jednoczesnym zaniedbaniu innych kontrahentów lub też podniesieniu cen oferowanych im produktów. W ten bowiem sposób możliwe byłoby podniesienie ich kosztów i utrudnienie konkurencyjnej wobec Kompanii działalności. W związku z powyższym koncentracja została zaakceptowana warunkowo.

Charakter rynku i prawdopodobne reakcje konkurentów

Specyfika rynku może powodować, że określone negatywne skutki koncentracje będą mniej lub bardziej prawdopodobne, będzie również wpływać na możliwe reakcje konkurentów ograniczające bądź wzmacniające

¹⁶⁷ DKK - 54/08 (detaliczna sprzedaż leków), RPZ 7/2006 (hurtowa dystrybucja napojów alkoholowych).

¹⁶⁸ DKK - 56/07 (dystrybucja wózków widłowych z przeciwwagą), DOK - 46/07 (dystrybucja gazów technicznych), DKK - 28/08 (dystrybucja produktów stalowych za pomocą składów), DKK - 53/09 (produkcja podkładów strunobetonowych), DOK - 90/2006 (produkty chemiczne).

¹⁶⁹ DKK - 66/08 (dystrybucja soczewek mineralnych i organicznych).

¹⁷⁰ DKK - 105/2010 (obudowy górnicze).

wspomniane skutki. W dotyczącym koncentracji wertykalnych orzecznictwie Prezesa UOKiK wskazywane były następujące czynniki związane ze specyfiką rynku:

- bariery wejścia: na rynek chroniony barierami wejścia trudniej wejść nowym podmiotom, co może zmniejszać prawdopodobieństwo, że ewentualne przyszłe reakcje konkurentów zniwelują negatywne wertykalne skutki koncentracji; o wysokich barierach wejścia mogą świadczyć: brak nowych wejść na rynek, konieczność posiadania dużych zasobów finansowych (z uwagi na powszechne opóźnienia w płatnościach)¹⁷¹, konieczność posiadania odpowiedniej historii zakupów¹⁷²; analiza barier wyjścia w powyższym zakresie nie odbiega zasadniczo od tej, która przeprowadzana jest w przypadku koncentracji horyzontalnych;
- dynamika rozwoju rynku: jeśli rynek znajduje się w fazie rozwoju i można oczekiwać nowych nań wejść¹⁷³ lub zmian technologicznych¹⁷⁴, można się również spodziewać, iż ewentualna siła rynkowa, która mogłaby być używana do ograniczania konkurencji na sąsiadującym szczeblu obrotu, ulegnie zmniejszeniu; z kolei stabilność udziałów rynkowych przy braku istotnych zmian technologicznych wskazuje na małe prawdopodobieństwo zmian na rynku¹⁷⁵; jako czynnik zmniejszający prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnych skutków koncentracji wskazano jednak również schyłkowy charakter rynku¹⁷⁶, który co prawda znacząco ogranicza prawdopodobieństwo nowego wejścia, jednak może czynić wysiłki mające na celu jego opanowanie za pomocą antykonkurencyjnych zachowań mało zyskowymi;
- specyfika technologiczna rynku w połączeniu z trendami w jego otoczeniu: argumentacja w odniesieniu do koncentracji dotyczących rynku składowania odpadów wskazuje na zmniejszający się strumień odpadów oraz tendencje do zmiany technologii ich utylizacji (plany budowy spalarni); w takich warunkach utrudnianie dostępu do wysypiska (w celu ograniczenia konkurencji na rynku odbioru odpadów od mieszkańców) uznawane jest za mało prawdopodobne, jako że prowadziłoby do ograniczenia przychodów wysypiska, niezbędnych do pokrycia jego kosztów stałych¹⁷⁷; z kolei w przypadku jednego z produktów chemicznych wzięto pod uwagę fakt, że powstaje on jako produkt uboczny, w związku z czym ograniczanie jego podaży ze względów strategicznych (w celu podniesienia kosztów konkurentów na niższym szczeblu obrotu) nie jawiłoby się jako racjonalne¹⁷⁸.

DKK - 105/2010 (Kompania Węglowa /Huta Łabędy, obudowy i akcesoria górnicze)

Okolicznością wzmacniającą opisywane wcześniej możliwe antykonkurencyjne skutki koncentracji były wysokie bariery wejścia na rynek, ograniczające potencjalną presję konkurencyjną, jaka mogłaby być wywierana na podmiot powstały w wyniku koncentracji. Koszty związane z rozpoczęciem i prowadzeniem działalności polegającej na wytwarzaniu obudów i akcesoriów górniczych były bardzo wysokie, z uwagi na konieczność inwestycji w park maszynowy oraz utrzymywania wysokich zapasów. Wprowadzenie na rynek obudów i akcesoriów wymagało uzyskania odpowiednich certyfikatów bezpieczeństwa.

Ponadto zawieranie kontraktów na dostawy do górnictwa wiązało się dla dostawców z ryzykiem częstego w przemyśle górniczym zalegania przez kopalnie z płatnościami za dostarczone produkty. Okoliczność powyższa preferowała dużych przedsiębiorców, którym łatwiej jest zachować płynność finansową w sytuacji częstego w przemyśle górniczym zjawiska zalegania z płatnościami przez kopalnie. Wejście na rynek utrudniały również restrykcyjne wymogi w zakresie doświadczenia w danej działalności (konieczność przedstawienia referencji i udokumentowania historii dostaw o określonej wartości), którym podmiotom nowym na rynku trudno było sprostać.

DKK - 53/09 (Trakcja Polska/Kolbet, podkłady strunobetonowe)

Oceniając wpływ koncentracji na konkurencję organ antymonopolowy zwrócił uwagę na fakt, iż w latach następujących po transakcji spodziewany był dynamiczny rozwój rynku podkładów z uwagi na potrzebę modernizacji infrastruktury kolejowej w Polsce. Przewidywany rozwój rynku podkładów strunobetonowych mógł, w ocenie Prezesa UOKiK, spowodować zwiększenie produkcji zarówno przez uczestnika koncentracji, jak i jego konkurentów. Mógł on ponadto prowadzić do wdrożenia nowych technologii produkcji stosowanych

¹⁷¹ Jw.

¹⁷² Jw.

¹⁷³ RBG 4/2007 (sprzedaż detaliczna AKCU).

¹⁷⁴ DKK - 53/09 (podkłady strunobetonowe), DKK - 94/08 (telewizja mobilna).

¹⁷⁵ DKK - 105/2010 (obudowy górnicze).

¹⁷⁶ DOK - 44/07 (substancja czynna do produkcji leków przeciwkaszlowych).

¹⁷⁷ RWA 36/2006, RWA 43/2008 (odbiór i składowanie odpadów).

¹⁷⁸ DOK - 90/2006 (kwas solny).

już w innych rejonach świata, np. tzw. mobilnych wytwórni podkładów strunobetonowych zlokalizowanych na placach budowy modernizowanych lub budowanych nowych linii kolejowych.

Przepisy regulacyjne

Istnienie przepisów regulacyjnych ograniczających możliwość antykonkurencyjnego zachowania bywa wymieniane jako jeden z czynników zmniejszających prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnych skutków koncentracji. W szczególności wspomniane ograniczenia mogą nakładać taryfy zatwierdzone przez regulatora¹⁷⁹ oraz narzucone przez regulatora warunki świadczenia określonych usług, wprost zakazujące dyskryminacji odbiorców¹⁸⁰.

DKK - 94/08 (P4/Polkomtel/PTC/PTK, telewizja mobilna)

Analizując koncentrację polegającą na utworzeniu przez czterech głównych uczestników rynku telefonii komórkowej wspólnego przedsiębiorcy, mającego wystartować w ogłoszonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej konkursie, a w razie jego wygrania - świadczyć usługi hurtowej sprzedaży usług audiowizualnych (telewizji mobilnej), organ antymonopolowy uwzględnił warunki wspomnianego konkursu. Jednym ze zobowiązań, które miał przyjąć na siebie przedsiębiorca wygrywający konkurs, było hurtowe oferowanie usług z wykorzystaniem częstotliwości objętych rezerwacją przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na zasadach równych, jawnych oraz niedyskryminacyjnych, poprzez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi w oparciu o jednolitą ofertę dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Warunki, na jakich nowopowstały przedsiębiorca mógłby oferować swoje usługi, znacząco utrudniały zatem podejmowanie działań zmierzających do utrudnienia konkurentom dostępu do rynku.

Pełnienie na rynku funkcji regulacyjnej lub quasi-regulacyjnej

Na niektórych rynkach konieczne może być istnienie regulatora/organizatora rynku, który ustala reguły, w oparciu o które rynek ten funkcjonuje. Pełnienie takiej szczególnej funkcji przez uczestnika koncentracji może zwiększać prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnych skutków wertykalnych¹⁸¹, ponieważ umożliwia mu dyskryminację konkurentów.

DOK - 163/06 (Polska Grupa Energetyczna, zarządzanie systemem przesyłowym)

Jednym z czynników branych pod uwagę przy ocenie koncentracji, w wyniku której powstała Polska Grupa Energetyczna, była okoliczność, iż nowopowstały podmiot, oprócz działalności w zakresie wytwarzania, dystrybucji i obrotu energią, miał również – przynajmniej tymczasowo, do momentu wejścia w życie planowanych zmian w przepisach – pełnić rolę operatora systemu przesyłowego, co mogło mu umożliwiać dyskryminowanie pozostałych uczestników rynku w zakresie sprzedaży usług przesyłu oraz zakupu usług systemowych.

2.2. Efekty skoordynowane

Efekty skoordynowane, które miałyby być skutkiem koncentracji wertykalnej nie były jak dotychczas przedmiotem analizy Prezesa UOKiK. Ich ocena sprowadzałaby się jednak do analizy czynników, które brane są pod uwagę w przypadku efektów skoordynowanych wynikających z koncentracji horyzontalnej, tj. przejrzystości rynku ułatwiającej ustalenie wspólnej strategii i monitorowanie odstępstw od niej, istnienia mechanizmu karzącego, zapewniającego, że odstępstwa nie będą opłacalne, jak również reakcji obecnych i przyszłych konkurentów, które mogłyby zagrozić stabilności realizowanej strategii.

¹⁷⁹ DKK - 7/09 (produkcja, dystrybucja i sprzedaż ciepła).

¹⁸⁰ DKK - 94/08 (telewizja mobilna).

¹⁸¹ DOK - 163/06 (zarządzanie systemem przesyłowym).

3. Efekty konglomeratowe

Efekty konglomeratowe dotyczą tych aspektów koncentracji, w których jej uczestnicy nie są ani konkurentami, ani nie łączą ich relacje dostawca-odbiorca. W większości przypadków wysokie udziały w danych rynkach nie będą umożliwiały przenoszenia takiej siły na rynki niepowiązane wertykalnie, jednak mogą zaistnieć sytuacje, w których inne niż wertykalne powiązania między rynkami będą umożliwiały transfer siły rynkowej. W szczególności sytuacja taka może mieć miejsce w przypadku produktów, które posiadają wspólnych odbiorców: są dobrami komplementarnymi lub też z innych powodów są generalnie zakupywane przez tę samą grupę klientów. W takiej sytuacji możliwe jest ograniczenie dostępu do rynku lub też wykluczenie z niego konkurentów za pomocą sprzedaży związanej, pakietowej lub innych praktyk wykluczeniowych, jakkolwiek fakt, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał możliwość i bodźce do wykluczenia konkurentów zależeć będzie od wielu czynników. Koncentracje konglomeratowe mogą również skutkować efektami skoordynowanymi, ułatwiając utrzymywanie ponadkonkurencyjnych cen na rynku. Do ich oceny wykorzystywane będą te same ramy analityczne, co w przypadku efektów skoordynowanych powstających w wyniku fuzji horyzontalnych i konglomeratowych.

Najczęściej podnoszoną w orzecznictwie Prezesa UOKiK przyczyną stwierdzenia, iż posiadana na niektórych rynkach silna pozycja nie zostanie przeniesiona na inne rynki, na których funkcjonują uczestnicy koncentracji, jest – wskazywany *implicite* lub wprost¹⁸² – fakt, iż produkty sprzedawane na poszczególnych rynkach relewantnych dla koncentracji nie posiadają wspólnych odbiorców.

Wśród innych czynników branych pod uwagę przy ocenie możliwych efektów konglomeratowych wymienić należy:

- brak sprzedaży pakietowej danych produktów na rynku¹⁸³;
- wysoką konkurencyjność rynków, które ewentualnie miałyby być przedmiotem antykonkurencyjnych praktyk¹⁸⁴;
- brak bliskiej komplementarności między produktami, w których sprzedaży przedsiębiorca posiada silną pozycję¹⁸⁵;
- możliwość replikacji strategii sprzedaży pakietowej przez konkurentów łączących się przedsiębiorców (we współpracy z dostawcami drugiego produktu)¹⁸⁶;
- dysproporcje w wielkości bazy konsumenckiej między produktem wiążącym i wiązanym, powodujące, iż nawet maksymalne jej wykorzystanie nie mogłoby prowadzić do zamknięcia rynku¹⁸⁷.

DKK - 126/11 (Spartan/Polkomtel, detaliczna sprzedaż usług telewizji płatnej świadczonej za pomocą platform cyfrowych i detaliczna sprzedaż usług telefonii ruchomej)

Szersza analiza możliwych efektów konglomeratowych koncentracji miała miejsce w przypadku przejęcia znaczącego operatora telefonii komórkowej (Polkomtel) przez podmiot należący do grupy kapitałowej, w ramach której funkcjonował największy na rynku polskim operator platformy telewizji satelitarnej (Cyfrowy Polsat). Zgłaszane w związku z transakcją obawy dotyczyły m.in. możliwości ograniczenia konkurencji na rynku telefonii komórkowej, poprzez wykorzystanie popularności należącej do grupy kapitałowej przejmującego platformy telewizyjnej. W ocenie Prezesa UOKiK obawy te nie były uzasadnione z szeregu powodów.

Po pierwsze, między usługami telewizji płatnej, a usługami telefonii mobilnej nie zachodziła bliska komplementarność, co zmniejszało atrakcyjność pakietu takich usług dla szerokiego grona konsumentów. Po drugie, jeśli pakiety usług obejmujących dostęp do telewizji oraz usługi telefonii komórkowej miałyby się okazać szczególnie popularne, konkurenci Polkomtela – tj. pozostali operatorzy komórkowi – mogli uzyskać możliwość tworzenia pakietów zawierając odpowiednie umowy z konkurentami Cyfrowego Polsatu. W tym kontekście zauważono, że sprzedaż płatnej telewizji świadczonej z wykorzystaniem platformy satelitarnej była już obecnie prowadzona przez Grupę TP S.A., do której należał inny duży operator komórkowy (Centertel).

Wreszcie po trzecie, liczba abonentów Cyfrowego Polsatu korzystających z usług telewizji płatnej była

¹⁸² DKK - 67/09 (rozjazdy tramwajowe i kolejowe).

¹⁸³ DKK - 67/09 (rozjazdy tramwajowe i kolejowe).

¹⁸⁴ DKK - 29/2010 (produkty farmaceutyczne).

¹⁸⁵ DKK - 126/11 (detaliczna sprzedaż usług telewizji płatnej świadczonej za pomocą platform cyfrowych i detaliczna sprzedaż usług telefonii ruchomej).

¹⁸⁶ Jw.

¹⁸⁷ Jw.

znacząco mniejsza od wielkości rynku telefonii mobilnej oraz liczby abonentów jego największych uczestników, takich jak PTC oraz Centertel (odpowiednio ok. 13 i ok. 14 mln), czy nawet P4 (ok. 5 mln); w takiej sytuacji nawet maksymalne wykorzystanie przez Cyfrowy Polsat potencjału tej bazy konsumenckiej nie mogłoby doprowadzić do zamknięcia rynku telefonii mobilnej dla pozostałych jego uczestników.

Wprawdzie kanały sprzedaży, którymi dysponował Cyfrowy Polsat mogły zostać wykorzystane przez Polkomtel do sprzedaży świadczonych przez ten podmiot usług, jednakże, przy ocenie takich powiązań udział Cyfrowego Polsatu na rynku udostępniania programów radiowych i telewizyjnych przez satelitarne platformy cyfrowe nie odzwierciedlałby jego pozycji, która w rzeczywistości byłaby znacznie słabsza z uwagi na istnienie innych kanałów sprzedaży możliwych do wykorzystania zarówno przez Polkomtel jak i jego konkurentów.

4. Umowne ograniczenia konkurencji towarzyszące koncentracji

Praktyka obrotu gospodarczego pokazuje, że zmianom rynkowym będącym wynikiem koncentracji mogą towarzyszyć dodatkowe postanowienia umowne, które mogą skutkować ograniczeniem konkurencji. Takie sytuacje mogą mieć np. miejsce w przypadku nałożenia na zbywcę zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej w stosunku do zbywanego przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, albo poprzez zawarcie umów zobowiązujących do wyłącznych zakupów lub sprzedaży w odniesieniu do zbywcy. Oprócz tych najczęściej występujących antykonkurencyjnych postanowień umownych towarzyszących koncentracji mogą występować także inne klauzule umowne o podobnych skutkach. Należy podkreślić, że tego rodzaju postanowienia umowne towarzyszące koncentracji nie są przedmiotem kontroli, ani oceny w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców. Dlatego też zgoda Prezesa Urzędu na przeprowadzenie koncentracji nie rozciąga się na antykonkurencyjne postanowienia umowne towarzyszące koncentracji. Z praktyki orzeczniczej organu antymonopolowego wynika, że w toku postępowania koncentracyjnego Prezes Urzędu może zwrócić uwagę przedsiębiorcy, że postanowienia umowne towarzyszące koncentracji budzą wątpliwości w zakresie zgodności z przepisami prawa konkurencji o zakazie antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców i w związku z tym, w przypadku odmowy ich zmiany może to spowodować konieczność wszczęcia postępowania antymonopolowego w celu oceny, czy doszło do antykonkurencyjnego porozumienia przedsiębiorców. Oznacza to także, że Prezes UOKiK co do zasady nie uzależnia wydania zgody na przeprowadzenie notyfikowanej koncentracji od wcześniejszej zmiany dodatkowych postanowień umownych towarzyszących koncentracji.

Warszawa, lipiec 2012 r.

2 WYJAŚNIENIA

w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawach praktyk ograniczających konkurencję
oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

I. Wprowadzenie

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.)¹ przewiduje możliwość zakończenia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w drodze decyzji zobowiązującej. Decyzja ta umożliwia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów² polubowne zakończenie ww. postępowań administracyjnych prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorca po wszczęciu przez Prezesa UOKiK postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję albo praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów może zaproponować zobowiązanie, którego realizacja umożliwi wyeliminowanie praktyki lub jej skutków, a Prezes UOKiK uznając, iż zaproponowane zobowiązanie pozwoli na osiągnięcie tych celów, może nałożyć w drodze decyzji administracyjnej, obowiązek wykonania tego zobowiązania. Wydanie decyzji zobowiązującej pozwala na szybsze zakończenie postępowania, a w konsekwencji zrealizowanie celu wynikającego z ustawy, poprzez wyeliminowanie zachowań przedsiębiorców naruszających konkurencję albo zbiorowe interesy konsumentów. Jednocześnie szybsze zakończenie postępowania jest korzystne dla przedsiębiorcy, ze względu na oszczędność środków finansowych czy brak konieczności ponoszenia dalszych nakładów pracy związanych z podejmowaniem czynności w toku

¹ dalej także jako ustawa.

² dalej Prezes UOKiK.

postępowania (angażowania pracowników w przygotowywanie pism, czy korzystania z pomocy prawnej świadczonej przez radców prawnych czy adwokatów). Ponadto wskutek wydania decyzji zobowiązującej, przedsiębiorca skutecznie unika kary pieniężnej, którą Prezes UOKiK mógłby nałożyć w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję albo praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Jednocześnie należy podkreślić, iż możliwość zakończenia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w drodze wydania decyzji zobowiązującej stanowi uprawnienie Prezesa UOKiK, nie zaś jego obowiązek. W każdym przypadku Prezes UOKiK uwzględniając całokształt danej sprawy w ramach uznania administracyjnego decyduje o zasadności przyjęcia złożonego przez przedsiębiorcę zobowiązania, a w konsekwencji o wydaniu decyzji zobowiązującej.³

Celem niniejszych wyjaśnień jest zwiększenie transparentności stosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przedstawienie jednolitych zasad postępowania dotyczących wydawania przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązujących w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Wyjaśnienia nie mają charakteru prawnie wiążącego, niemniej jednak Prezes UOKiK będzie stosował zasady postępowania wskazane w niniejszym dokumencie.

Przepisy dotyczące wydania decyzji zobowiązującej w przypadku prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, zawarte są w art. 12 ustawy, natomiast odnoszące się do praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zawarte zostały w art. 28 tej ustawy.

Przesłanki wydania decyzji zobowiązującej, jej treść oraz tryb postępowania w przypadku niewykonania tejże decyzji przez stronę postępowania zostały unormowane w art. 12 i art. 28 ustawy w analogiczny sposób. Uwzględniając powyższe, w dalszej części niniejszego dokumentu, kwestie te zostaną omówione wspólnie.

II. Przesłanki wydania decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 i art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

W toku postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję albo praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów przedsiębiorca może złożyć Prezesowi UOKiK wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 albo 28 ustawy. Wydanie powyższej decyzji będzie możliwe w sytuacji łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

- **uprawdopodobnienia** w toku postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ albo uprawdopodobnienia w toku postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, iż przedsiębiorca stosuje niedozwoloną praktykę, o której mowa w art. 24 ustawy,
- **zobowiązania się przez przedsiębiorcę** do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom.

1. Uprawdopodobnienie stosowania praktyk

Pierwszą przesłanką niezbędną do wydania decyzji zobowiązującej jest uprawdopodobnienie w toku postępowania przed Prezesem UOKiK stosowania praktyki ograniczającej konkurencję albo praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu otrzymanym przez Prezesa UOKiK dotyczącym podejrzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję albo praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w tym w szczególności zebranych w postępowaniu wyjaśniającym. Prezes UOKiK nie jest w tym przypadku zobligowany do przeprowadzenia wszechstronnego postępowania dowodowego mającego na celu jednoznaczne wykazanie, iż przedsiębiorca stosował zarzucaną praktykę, a jedynie do ustalenia z dużą dozą prawdopodobieństwa, iż zarzucana przedsiębiorcy praktyka miała miejsce.

³ Por. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 maja 2009 r. wydany w sprawie o sygn. akt XVII AmA 98/08.

⁴ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83, z 30.03.2010).

Uwzględniając, iż do zastosowania art. 12 i art. 28 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie stosowania przez przedsiębiorcę zarzucanej praktyki, przedsiębiorca powinien złożyć zobowiązanie na wstępnym etapie postępowania, a więc, co do zasady, tuż po jego wszczęciu. W konsekwencji uznać należy, iż nie jest zasadne przyjęcie przez Prezesa UOKiK zobowiązania przedsiębiorcy i nałożenie obowiązku jego wykonania w przypadku, gdy przedsiębiorca złoży to zobowiązanie na dalszych etapach postępowania, a więc po przeprowadzeniu czynności dowodowych wykazujących fakt stosowania zarzucanej mu praktyki.

Przedsiębiorca składając zobowiązanie na wstępnym etapie postępowania, uprzedza tym samym prowadzenie przez Prezesa UOKiK postępowania dowodowego zmierzającego do wykazania stosowania zarzucanej praktyki. W konsekwencji uznać należy, iż przedsiębiorca powinien uczynić to, co do zasady, w pierwszym piśmie składanym Prezesowi UOKiK w toku postępowania, po otrzymaniu zawiadomienia o jego wszczęciu. Złożenie zobowiązania na późniejszym etapie postępowania wyjątkowo może zostać uznane za usprawiedliwione, jeżeli będą za tym przemawiać okoliczności danej sprawy.

Za takie okoliczności należy uznać:

- a) sytuację gdy, z pierwszego pisma składanego przez stronę w toku postępowania wynika, iż strona nie identyfikuje prawidłowo istoty zarzutu będącego przedmiotem postępowania (zwłaszcza, gdy nie jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika (radcę prawnego, adwokata), a w konsekwencji wskazuje, iż jej działanie nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję albo naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Natomiast po otrzymaniu wyjaśnień Prezesa UOKiK strona modyfikuje swoje stanowisko i składa zobowiązanie.
- b) zmianę postanowienia o wszczęciu postępowania w zakresie przedmiotowym odnoszącym się do istoty zachowania przedsiębiorcy, skutkującą zmianą opisu zarzucanej praktyki (np. w przypadku praktyk ograniczających konkurencję zmiana może polegać na uznaniu, iż zarzucana przedsiębiorcy praktyka nie polega na nadużywaniu przez niego pozycji dominującej na rynku właściwym, ale na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję, którego jest on uczestnikiem, natomiast w przypadku praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zmiana może polegać na uznaniu, iż zarzucane działanie przedsiębiorcy nie stanowi nieuczciwej praktyki rynkowej polegającej na działaniu wprowadzającym w błąd, ale narusza obowiązek udzielenia konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, wynikający z określonej ustawy np. ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 126, poz. 715 ze zm.).

Brak jest natomiast podstaw do przyjęcia zobowiązania przedsiębiorcy na dalszych etapach postępowania, w przypadku innego rodzaju zmian postanowienia o wszczęciu postępowania. Jako przykłady tego rodzaju zmian wskazać można:

- zmianę kwalifikacji prawnej praktyki, bez zmiany w zakresie opisu zarzucanej przedsiębiorcy praktyki (np. zmiana kwalifikacji prawnej zachowania przedsiębiorcy jako praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy (przy bezprawności wywodzonej z innych ustaw), na praktykę, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy),
- rozszerzenie zakresu przedmiotowego zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję, poprzez uznanie, iż działania przedsiębiorcy objęte zarzutem mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w konsekwencji rozszerzenie kwalifikacji prawnej praktyki ograniczającej konkurencję.

2. Zobowiązanie przedsiębiorcy do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom

Drugą niezbędną przesłanką do wydania decyzji zobowiązującej jest złożenie przez przedsiębiorcę będącego stroną postępowania zobowiązania do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom. Oznacza to, iż przedsiębiorca, wobec którego zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję albo praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w przypadku uznania, iż postawiony mu zarzut stosowania określonej praktyki jest uzasadniony, może skorzystać z możliwości złożenia Prezesowi UOKiK zobowiązania do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom.

Zaakceptowanie przez Prezesa UOKiK zobowiązania przedsiębiorcy i nałożenie na niego w drodze decyzji obowiązku jego wykonania będzie możliwe jedynie w przypadku, gdy realizacja zaproponowanego przez przedsiębiorcę zobowiązania doprowadzi do wyeliminowania zarzucanej praktyki lub jej skutków.

W toku postępowania, po dokonaniu analizy złożonego przez przedsiębiorcę zobowiązania, Prezes UOKiK może uznać, iż zobowiązanie jest nieprecyzyjne albo niepełne. W takim przypadku strona postępowania może dokonać stosownych zmian treści zobowiązania. Wprowadzenie zmian powinno nastąpić, co do zasady, w odpowiedzi na pismo Prezesa UOKiK zawierające zastrzeżenia w odniesieniu do treści uprzednio złożonego zobowiązania. Jedynie szczególne okoliczności sprawy mogą przemawiać za dopuszczeniem możliwości późniejszego przedstawienia przez przedsiębiorcę zmienionego (ostatecznego) zobowiązania.

III. Wydawanie decyzji zobowiązujących w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję

W przypadku porozumień ograniczających konkurencję, z uwagi na charakter tych praktyk, wydanie decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 ustawy może mieć miejsce w wyjątkowych sytuacjach.

W przypadku stosowania przez przedsiębiorcę tego rodzaju praktyk, z reguły, ich wpływ na konkurencję na rynku jest istotnie negatywny, a uczestnicy porozumienia czerpią znaczne korzyści ekonomiczne.

Za najcięższe naruszenia konkurencji uznaje się porozumienia, do których nie stosuje się wyłączenia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 ustawy, czyli wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję ze względu na niewielki udział w rynku uczestników tego porozumienia. Tym samym, za najcięższe naruszenia konkurencji uznaje się porozumienia, których przedmiotem jest:

1. ustalanie bezpośrednio lub pośrednio cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów (tzw. zmowy cenowe),
2. ograniczanie lub kontrolowanie produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji (tzw. porozumienia kontyngentowe),
3. podział rynków zbytu lub zakupu (tzw. porozumienia podziałowe),
4. uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (tzw. zмова przetargowa).

Zawarcie przez przedsiębiorców ww. rodzajów porozumień ograniczających konkurencję wiąże się nieuchronnie z naruszeniem reguł konkurencji, dlatego też uznano, iż nie mogą one podlegać wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję określonego w art. 6 ustawy, tylko z tego względu, że siła rynkowa uczestników takiego porozumienia byłaby stosunkowo niewielka (tzw. porozumienie bagatelne).

Biorąc powyższe pod uwagę, przyjąć należy, iż w odniesieniu do tego rodzaju porozumień ograniczających konkurencję, co do zasady, nie będzie zasadne zastosowanie art. 12 ustawy.

Dokonując w ramach uznania administracyjnego oceny zasadności wydania decyzji zobowiązującej w odniesieniu do pozostałych porozumień ograniczających konkurencję, Prezes UOKiK będzie uwzględniał także ustaloną w ramach uprawdopodobnienia wagę naruszenia i skutki, które wystąpiły albo mogły wystąpić na rynku w związku z zawarciem przez przedsiębiorców danego porozumienia.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję w ustawie przewidziano możliwość odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej albo jej obniżenia, po spełnieniu stosownych przesłanek, o których mowa w art. 109 tej ustawy (procedura leniency). W związku z tym, w przypadku przedsiębiorców zawierających porozumienia ograniczające konkurencję zastosowanie powinna mieć, co do zasady, ta instytucja prawna.

IV. Treść zobowiązań przedsiębiorcy

Składając wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej przedsiębiorca powinien złożyć zobowiązanie, którego realizacja zapewni wyeliminowanie zarzucanej praktyki lub jej skutków.

Zobowiązanie przedsiębiorcy powinno być sformułowane w sposób jasny i precyzyjny, umożliwiający ocenę, czy jego realizacja pozwoli na osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest wyeliminowanie zarzucanej praktyki lub jej skutków. Należy podkreślić, iż zaproponowane zobowiązanie przedsiębiorcy musi być możliwe do zweryfikowania przez Prezesa UOKiK, poprzez nałożenie na przedsiębiorcę stosownych obowiązków sprawozdawczych. Jedynie bowiem w tym przypadku, możliwe będzie ustalenie przez Prezesa UOKiK, czy cel postępowania został osiągnięty, a więc, czy zarzucana praktyka lub jej skutki zostały wyeliminowane.

Rodzaj i zakres przedmiotowy zobowiązań przedsiębiorcy powinien być uzależniony od rodzaju dokonanych naruszeń. Treść zobowiązania musi pozostawać w bezpośrednim związku z praktyką, będącą przedmiotem postępowania. Innymi słowy, przedmiot zobowiązania przedsiębiorcy powinien odpowiadać w sposób bezpośredni treści postawionego przez Prezesa UOKiK zarzutu stosowania praktyki. Jednocześnie ze sformułowanego zobowiązania obejmującego określone zachowanie przedsiębiorcy, powinno jasno wynikać, iż jego realizacja doprowadzi do wyeliminowania zarzucanej praktyki. Ponadto przedsiębiorca składający zobowiązanie mające na celu wyeliminowanie skutków stosowanej praktyki, uzasadniając swój wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej, powinien określić, jakie, w jego ocenie, skutki wywołuje zarzucana praktyka, a także, w jaki sposób realizacja zaproponowanego przez niego zobowiązania doprowadzi do ich wyeliminowania.

Zobowiązanie przedsiębiorcy może obejmować kilka różnorodnych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom, pod warunkiem, iż pozostają one w bezpośrednim związku z praktyką będącą przedmiotem postępowania.

Jeżeli przedsiębiorcy postawiono zarzuty stosowania kilku praktyk, wówczas zobowiązanie przedsiębiorcy powinno zostać określone odrębnie w odniesieniu do każdej z zarzucanych praktyk. Z przedstawionych zobowiązań przedsiębiorcy odnoszących się do poszczególnych zarzucanych praktyk powinno jednoznacznie wynikać, iż doprowadzą one do wyeliminowania zarzucanych praktyk. Jeżeli określone zobowiązania będą mieć na celu wyeliminowanie skutków określonych praktyk, wówczas przedsiębiorca, uzasadniając swój wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej, powinien określić, jakie, w jego ocenie, skutki wywołuje konkretna praktyka, a także, w jaki sposób zaproponowane przez niego zobowiązanie doprowadzi do jej wyeliminowania.

Zobowiązanie przedsiębiorcy nie może ograniczać się jedynie do ogólnej deklaracji przedsiębiorcy wyeliminowania w przyszłości zakwestionowanych przez Prezesa UOKiK zachowań przedsiębiorcy. Przedmiotem postępowania przed Prezesem UOKiK jest konkretne sprecyzowane działanie przedsiębiorcy (zarzucana praktyka) a w konsekwencji zobowiązania powinny dotyczyć tego działania przedsiębiorcy.

Przykładowo, przedmiotem zobowiązania nie może być ogólna deklaracja nie stosowania w obrocie konsumenckim w przyszłości:

- postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone,
- reklamy wprowadzającej w błąd konsumentów, która powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

W odniesieniu natomiast do praktyk ograniczających konkurencję, przykładowo, nie może to być ogólna deklaracja przedsiębiorcy, iż w przyszłości nie będzie nadużywał pozycji dominującej, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

W przypadku, gdy zarzucana przedsiębiorcy praktyka została zaniechana, a tym samym zachowanie przedsiębiorcy od tego momentu nie oddziałuje negatywnie na konkurencję albo zbiorowe interesy konsumentów, zobowiązania składane przez przedsiębiorcę na podstawie art. 12 albo art. 28 ustawy powinny dotyczyć wyeliminowania trwających skutków naruszenia, jakiego dopuścił się przedsiębiorca. W tym przypadku zobowiązania powinny obejmować swym zakresem działania, których celem jest wyeliminowanie trwających skutków naruszenia. Wobec powyższego, uzasadniając swój wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej, przedsiębiorca powinien określić (według swojej oceny) trwające skutki stosowanej przez niego praktyki, a także, w jaki sposób zaproponowane przez niego zobowiązanie doprowadzi do ich wyeliminowania. W odniesieniu do praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, oznacza to złożenie przez przedsiębiorcę zobowiązania, którego realizacja zapewni naprawienie szkód poniesionych przez konsumentów, wyrządzonych bezprawnym działaniem przedsiębiorcy.

V. Elementy decyzji zobowiązującej

Jeżeli Prezes UOKiK uzna za zasadne wydanie decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 albo art. 28 ustawy, wówczas w drodze tej decyzji nakłada na przedsiębiorcę obowiązek wykonania złożonego przez niego zobowiązania.

W decyzji zobowiązującej Prezes UOKiK może określić termin wykonania zobowiązania przez przedsiębiorcę. W związku z powyższym, strona postępowania we wniosku o wydanie takiej decyzji powinna zadeklarować możliwy do wykonania termin jego realizacji, co umożliwi Prezesowi UOKiK rozważenie jej propozycji w tym

zakresie. Jeżeli przedsiębiorca składa kilka zobowiązań, wówczas powinien wskazać odrębnie terminy wykonania każdego z nich.

Prezes UOKiK określając termin wykonania zobowiązania bierze pod uwagę charakter praktyki i potrzebę jej wyeliminowania w najszybszym możliwym terminie, a także realne możliwości jej wykonania przez przedsiębiorcę.

Elementem obligatoryjnym decyzji zobowiązującej jest nałożenie przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę obowiązku składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań. Celem nałożenia powyższego obowiązku, jest umożliwienie Prezesowi UOKiK dokonania kontroli wykonania zobowiązań, które zostały nałożone w decyzji. W zależności od rodzaju praktyki, której stosowanie zostało uprawdopodobnione i działań, do których został zobligowany przedsiębiorca, obowiązek sprawozdawczy może mieć formę okresowego informowania, bądź mieć charakter jednorazowy.

Prezes UOKiK określa jednocześnie rodzaj informacji (dowodów), jakie ma przedstawić przedsiębiorca w wyznaczonym terminie, co umożliwia skuteczne przeprowadzenie kontroli wykonania decyzji.

VI. Niewykonanie decyzji zobowiązującej

W przypadku niewykonania decyzji zobowiązującej Prezes UOKiK może:

- z urzędu, uchylić taką decyzję (art. 12 ust. 5 albo 28 ust. 5 ustawy) albo
- nałożyć karę pieniężną z tytułu niewykonania decyzji (art. 107 ustawy).

Z niewykonaniem decyzji zobowiązującej będziemy mieć do czynienia w przypadku:

- niewykonania przez przedsiębiorcę zobowiązania do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom, wynikającego z wydanej przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązującej (art. 12 ust. 1 albo art. 28 ust. 1 ustawy);
- naruszenia przez przedsiębiorcę terminu wykonania zobowiązań (art. 12 ust. 2 albo art. 28 ust. 2 ustawy);
- niewykonania przez przedsiębiorcę obowiązku złożenia w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań (art. 12 ust. 3 albo art. 28 ust. 3 ustawy).

W przypadku uchylecia decyzji zobowiązującej Prezes UOKiK orzeka co do istoty sprawy. Oznacza to, iż postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję albo praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów będzie toczyć się dalej. Jeżeli stosowanie przez przedsiębiorcę zarzucanej praktyki zostanie udowodnione, Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu tej praktyki odpowiednio za praktykę ograniczającą konkurencję albo praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującą zaniechanie jej stosowania, albo decyzję o uznaniu praktyki odpowiednio za praktykę ograniczającą konkurencję albo praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Wydając ww. decyzje, Prezes UOKiK jest jednocześnie uprawniony do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Warszawa, lipiec 2012 r.