



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Ocena siły rynkowej przedsiębiorstw w postępowaniach antymonopolowych

Tomasz Kwaśniewski

Warszawa 2015

Ocena siły rynkowej przedsiębiorstw w postępowaniach antymonopolowych

Tomasz Kwaśniewski

Warszawa 2015



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright 2015 Tomasz Kwaśniewski. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Promotor:

dr Bartosz Targański

ISBN 978-83-60632-98-7

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

plac Powstańców Warszawy 1

00-950 Warszawa

www.uokik.gov.pl

Skład, druk i oprawa:

EXPOL, P. Rybiński, J. Dąbek sp. j.

ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek

tel. 54 232 37 23

SPIS TREŚCI

Wstęp.....	5
Rozdział 1. Tło regulacyjne.....	6
1.1. Prawo polskie.....	6
1.2. Prawo Unii Europejskiej	10
Rozdział 2. Wyznaczanie rynku właściwego.....	14
2.1. Podstawowe regulacje prawne	14
2.2. Istota wyodrębnienia rynku właściwego.....	17
2.3. Metody jakościowe	22
2.4. Metody ilościowe i pseudoilościowe	27
Rozdział 3. Siła rynkowa	37
3.1. Podstawy ekonomiczne	37
3.1.1. Model monopolu	38
3.1.2. Indeks Lerner'a	39
3.1.3. Definicja siły rynkowej.....	41
3.1.4. Bariery wejścia.....	42
3.1.5. Model przywództwa cenowego	43
3.2. Pojęcie siły rynkowej w regulacjach prawnych	44
3.3. Strukturalne podejście do pomiaru siły rynkowej	47
3.4. Miary odnoszące się do istoty siły rynkowej	54
3.5. Metody oparte na modelowaniu	57
Rozdział 4. Podsumowanie	61
Bibliografia	63
Załącznik: Przegląd opisanych metod	66
Streszczenie	68

WSTĘP

Jak często się podkreśla, pojęcie siły rynkowej stanowi centralny punkt postępowania antymonopolowych, nawet jeżeli przepisy prawne *explicite* na to nie wskazują. Siła rynkowa jest jednak przede wszystkim pojęciem z zakresu ekonomii. Rozwój koncepcji ekonomicznych związanych z tym pojęciem powinien znajdować odzwierciedlenie w regulacjach prawnych i w praktyce ich stosowania. Niniejsze opracowanie jest próbą przedstawienia metod oceny siły rynkowej, zarówno tych stosowanych obecnie w praktyce organów antymonopolowych, jak i tych do tej pory niestosowanych. Tematyka podjęta w pracy okazuje się szczególnie aktualna w kontekście bardziej ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji, które to podejście promuje Komisja Europejska.

Pierwszy rozdział określa ogólne ramy prawne zagadnienia: pokrótce omówiono regulacje, z których wynika potrzeba oceny rynkowej przedsiębiorstw. W rozdziale drugim przedstawiono metody delimitacji rynku właściwego, będącej niezbędnym elementem znacznej części metod stosowanych do wyznaczania siły rynkowej. Omówienie rozpoczęto od zaprezentowania podstawowych regulacji dotyczących rynku właściwego. Następnie ukazano ekonomiczną istotę wyodrębnienia rynku właściwego, czyli pojęcia substytucyjności popytu i podaży oraz elastyczności cenowej. Systematyka prezentacji metod opiera się w znacznej mierze na podziale na jakościowe i ilościowe metody wyznaczania rynku właściwego. W rozdziale trzecim, po wprowadzeniu ekonomicznych podstaw pojęcia siły rynkowej, omówione zostały poszczególne metody wnioskowania o sile rynkowej. Przedstawienie metod oparto na kryterium chronologicznym. Rozpoczyna się więc ono od technik najbardziej tradycyjnych, odnoszących się do struktury rynku właściwego, takich jak analiza udziałów i koncentracji. Następnie rozważono możliwość zastosowania metod odnoszących się do samego analizowanego przedsiębiorstwa, takich jak badanie przybliżeń indeksu Lerner'a czy q Tobina. Rozdział zamyka prezentacja metod bazujących na nowoczesnych modelach ekonomicznych. Załącznikiem do pracy jest krótki przegląd uwzględnionych w niej metod, ujęty w formie tabelarycznej.

ROZDZIAŁ 1. TŁO REGULACYJNE

Analizę zagadnienia oceny siły rynkowej przedsiębiorstw należy rozpocząć od krótkiego omówienia podstawowych przepisów prawnych stanowiących ramy dla stosowania metod przedstawionych w kolejnych rozdziałach. Z punktu widzenia podmiotów aktywnych na polskim rynku największe znaczenie mają regulacje krajowe oraz prawo Unii Europejskiej - i to one zostaną zaprezentowane najszerzej. Inne porządki prawne, w szczególności systemy *common law*, będą przywoływane jedynie pomocniczo, w charakterze tła porównawczego.

1.1. Prawo polskie

Podstawowym źródłem prawa konkurencji jest w Polsce Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.). Od strony przedmiotowej ustawa dotyczy przede wszystkim trzech głównych materii prawa antymonopolowego, a mianowicie: porozumień ograniczających konkurencję, nadużywania pozycji dominującej i kontroli koncentracji. Od strony podmiotowej ustawa obejmuje przedsiębiorców.

Zgodnie z konwencją przyjętą przez polskiego ustawodawcę u.o.k.k. określa podmiot prawa pojęciem „przedsiębiorca”, a nie „przedsiębiorstwo”. To drugie pojęcie, inaczej niż w prawie unijnym, stosowane jest w rozumieniu przedmiotowym (*vide* przepisy Kodeksu cywilnego). Ustawa na swój użytek rozszerza zakres pojęcia przedsiębiorcy w stosunku do zakresu ustalonego w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: u.s.d.g.). Działaniem ustawy antymonopolowej będą więc objęte, oprócz przedsiębiorców w rozumieniu u.s.d.g., osoby fizyczne, prawne i jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, niebędące działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Trzecim rodzajem podmiotów mieszczących się w definicji przedsiębiorcy stworzonej na potrzeby u.o.k.k. są osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach wykonywania tego zawodu; czwartym - osoby fizyczne, które mają kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziły działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmują dalsze działania podlegające kontroli koncentracji; piątym - związki przedsiębiorców. Zakres pojęcia przedsiębiorcy jest więc w polskim prawie konkurencji bardzo szeroki i obejmuje prawie wszystkich aktywnych uczestników rynku. Możliwość zakwalifikowania

niektórych rodzajów podmiotów jako przedsiębiorców była jednak sporna - wątpliwości budziła przykładowo możliwość uznania za przedsiębiorców organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi. W tej kwestii wypowiadali się zarówno Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK)¹ oraz Sąd Najwyższy², jak i przedstawiciele doktryny³, uznający w przeważającej części przypadków, iż niezależnie od niedziałania w celu osiągania zysku świadczenie usług przez takie organizacje sprawia, że podlegają one ustawodawstwu antymonopolowemu. W praktyce organów i sądów dominuje tendencja do funkcjonalnej wykładni i rozszerzania zakresu pojęcia przedsiębiorcy z u.o.k.k. Dodatkowo wskazuje się, iż wątpliwości dotyczące zakresu pojęcia przedsiębiorcy należy rozstrzygać w sposób prowadzący do wyniku zgodnego z prawem unijnym (rozumianym nie tylko jako przepisy prawne, lecz także jako praktyka sądownicza UE)⁴. Skłonność do szerokiego określania zakresu podmiotowego zastosowania przepisów u.o.k.k. może prowadzić do refleksji, że wyliczenie z art. 4 pkt 1 ustawy ma obecnie niewielkie i raczej pomocnicze znaczenie, a prawie każdy uczestnik rynku będzie uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu omawianych przepisów, jeśli naruszy normy wynikające z ustawy, co jednak *de lege lata* zasługuje na aprobatę jedynie w ograniczonym zakresie. O ile bowiem w przypadku wątpliwości co do treści normy zrekonstruowanej z przepisów przy zastosowaniu wykładni językowej sięganie do wykładni funkcjonalnej nie budzi wątpliwości, o tyle rozszerzanie zakresu pojęcia przedsiębiorcy za pomocą argumentów teleologicznych z pierwszeństwem przez literę ustawy może być przykładem wykładni *contra legem* i w tym zakresie nie może zostać zaakceptowane⁵. Mimo to w piśmiennictwie wskazuje się na istnienie podmiotów pozostających poza zakresem stosowania przepisów u.o.k.k. – będą to np. organy celne⁶. Statusu przedsiębiorcy nie będzie miała oczywiście spółka cywilna, jest to bowiem umowa tworząca stosunek zobowiązaniowy, a nie podmiot korporacyjny. Nie wyklucza to jednak uznania wspólników tej spółki za przedsiębiorców zgodnie z przepisami u.s.d.g., przy czym sporny jest moment nabycia przez nich tego statusu⁷. Jako że kontrola pozycji rynkowej przedsiębiorstwa nie może odbywać się w oderwaniu od czynników zewnętrznych, u.o.k.k. definiuje również pojęcie

¹ Decyzja Prezesa UOKiK, RWA-10/2007, Dz. Urzędowy UOKiK 2007/3/28.

² Wyrok SN z dnia 20 czerwca 2006 r., III SK 8/06, OSNP 2007, nr 13-14, poz. 208.

³ G. Materna, *Stosowanie prawa ochrony konkurencji wobec organizacji zbiorowego zarządzania - granice ingerencji organu antymonopolowego*, „Glosa” 2010, nr 2, s. 87-94.

⁴ Wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98, OSNC 2002, nr 1, poz. 13.

⁵ Podobnie: G. Materna, *Adresaci zakazu praktyk ograniczających konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 6, s. 29-37.

⁶ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008.

⁷ Zob. np. J. Jacyszyn, *Glosa do uchwały NSA z dnia 24 września 2001 r.*, OPK 13/01, „Prawo Spółek” 2002, nr 11, s. 51 i n.

rynku właściwego - jako „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”. Należy wskazać, iż ustawodawca posługuje się tu pojęciem towarów w szerokim rozumieniu, obejmującym nie tylko rzeczy, lecz także papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, energię, usługi i roboty budowlane. Ustalanie rynku właściwego będzie przedmiotem rozważań w dalszych rozdziałach, ale tytułem wstępu można wskazać, że zgodnie z ustawą wyróżnia się rynek asortymentowy, rynek przestrzenny i rynek czasowy⁸, a także że linia orzecznicza polskich sądów dąży do określania rynku właściwego w sposób możliwie wąski⁹.

Z trzech obszarów przedmiotowych objętych regulacją u.o.k.k. najmniejsze znaczenie w kontekście tematyki niniejszego opracowania mają porozumienia przedsiębiorców (praktyki kolektywne). W przypadku takich porozumień, których „celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym” (art. 6 ust. 1 u.o.k.k.), pierwszorzędne znaczenie mają bowiem skutki rynkowe praktyki¹⁰, w zasadzie w oderwaniu od pozycji rynkowej przedsiębiorstwa. Nie oznacza to, że siła rynkowa uczestników porozumienia pozostaje całkowicie poza zakresem zainteresowania ustawodawcy. Jeżeli łączny udział uczestników porozumienia horyzontalnego w rynku nie przekraczał w roku kalendarzowym poprzedzającym jego zawarcie 5%, a w przypadku porozumień wertykalnych - w takim samym okresie udział żadnego z uczestników nie przekraczał 10%, nie stosuje się przedmiotowego zakazu (tzw. porozumienia bagatelne). Wyłączenie nie obowiązuje wtedy, gdy porozumienie obejmuje tzw. klauzule czarne.

Zdecydowanie większe znaczenie dla rozważań związanych z oceną siły rynkowej mają regulacje dotyczące indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję. Mowa o nadużywaniu przez przedsiębiorcę (lub przedsiębiorców) pozycji dominującej na rynku właściwym. Poza dokonaniem nadużycia (katalog takich działań zawarto w ustawie, ma on jednak charakter przykładowy) niezbędną przesłanką odpowiedzialności jest samo posiadanie pozycji dominującej. Zgodnie z definicją ustawową oznacza to taką pozycję na rynku właściwym, która pozwala przedsiębiorcy na zapobieganie skutecznej konkurencji przez stworzenie

⁸ H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Warszawa 2013, s. 321.

⁹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2010 r., VI ACa 1092/09, opublikowany w LEX pod nr. 785633.

¹⁰ K. Kohutek, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 13 lutego 2007 r.*, VI ACa 819/06, opublikowana w formie elektronicznej w systemie LEX.

mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Dodatkowo ustanowiono domniemanie posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę dysponującego udziałem w rynku przekraczającym 40%. Domniemanie to ma charakter *praesumptio iuris tantum*. Bycie monopolistą na danym rynku jest uważane za wystarczający dowód posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej¹¹. Daje się zauważyć, iż ustawa posługuje się zwrotami niedookreślonymi („w znacznym zakresie”). Poza treścią przepisu w orzecznictwie wskazuje się przede wszystkim na konieczność wykazania stabilnego i trwałego charakteru siły przedsiębiorstwa jako istotną przesłankę stwierdzenia istnienia pozycji dominującej¹². Zgodnie z orzecznictwem przepisy nie umożliwiają wydania orzeczenia stwierdzającego w sentencji posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej bez stwierdzenia jej nadużywania¹³.

Trzecim obszarem objętym regulacją u.o.k.k. jest prewencyjna kontrola koncentracji. Kontrolę tej dokonuje się po zgłoszeniu przez podmioty zobowiązane zamiaru dokonania koncentracji. Wychodząc z założenia, że połączenia niewielkich przedsiębiorców nie będą skutkowały znaczącym ograniczeniem konkurencji, ustawodawca ustalił dolną granicę wielkości działalności przedsiębiorców uczestniczących w transakcji. I tak ze zgłoszenia zamiaru koncentracji zwolnieni są przedsiębiorcy, których obrót w roku poprzedzającym rok zgłoszenia nie przekracza 50 mln euro na terytorium Polski i 1 mld na świecie. Ponadto art. 14 u.o.k.k. przewiduje dalsze wyłączenia obowiązku zwolnienia od zgłoszenia zamiaru koncentracji w enumeratywnie wymienionych sytuacjach, nawet jeśli obrót przedsiębiorców uczestniczących przekracza progi minimalne. Wynikiem prewencyjnej kontroli koncentracji będzie wydanie zgody na jej dokonanie, jeśli zostanie wykazane, że wskutek tego działania nie dojdzie do ograniczenia konkurencji. Zgodnie z ustawą jednym z ograniczeń konkurencji może być powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Organ kontrolujący jest więc zobowiązany do oceny siły rynkowej przyszłego podmiotu, który potencjalnie powstanie po dokonaniu koncentracji. Zgoda może być warunkowa, a w szczególności może zawierać zobowiązanie do zbycia całości lub części majątku przedsiębiorców dokonujących koncentracji. Zakaz dokonania koncentracji zostanie wydany, jeśli spowodowałaby ona istotne ograniczenie konkurencji.

U.o.k.k. powołuje centralny organ administracji - Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Prezes, w postępowaniu typu szczególnego, regulowanym przepisami

¹¹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 9 października 2013 r., V ACa 364/13, opublikowany w Legalis.

¹² Wyrok SA w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r., I ACa 231/07, OSA 2010, nr 2, poz. 4, s. 39.

¹³ Wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2004 r., III SK 21/04, OSNAPiUS 2005, nr 2, poz. 27, s. 84.

u.o.k.k., wydaje decyzję. Stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), który prowadzi sprawę jako spór Prezesa UOKiK i strony przedmiotowego postępowania. Ze względu na fakt, iż SOKiK orzeka jako sąd pierwszej instancji, od jego wyroku służy apelacja (do Sądu Apelacyjnego w Warszawie). Przez długi czas sporna była kwestia możliwości stosowania przepisów u.o.k.k. przez sądy powszechne niezależnie od postępowania prowadzonego odnośnie do danego zachowania przez Prezesa UOKiK. Dopuszczalność realizacji prywatnoprawnych roszczeń związanych z naruszeniem przepisów u.o.k.k. niezależnie od postępowania o charakterze publicznoprawnym ostatecznie potwierdził Sąd Najwyższy, z jednoczesnym wskazaniem, iż ostateczna decyzja Prezesa UOKiK będzie miała charakter prejudykatu dla sądu powszechnego¹⁴. Sądy powszechne będą więc również stawać przed koniecznością oceny siły rynkowej przedsiębiorców. Pogląd o dopuszczalności *private enforcement* został w zasadzie jednolicie zaakceptowany w doktrynie, kwestia prejudycjalności decyzji organu antymonopolowego budzi jednak wątpliwości¹⁵.

1.2. Prawo Unii Europejskiej

Obecny kształt polityki Unii Europejskiej (dalej: UE) w zakresie ochrony konkurencji jest wynikiem wieloletnich procesów krystalizowania się celów tej wspólnoty. Ważną cezurę we wspomnianym procesie stanowi traktat z Maastricht. To on po raz pierwszy wprowadził pozytywny obowiązek poszanowania zasad gospodarki rynkowej z wolną konkurencją. Od tego czasu coraz silniej akcentuje się, iż kluczowe jest, aby nie dopuścić do zastąpienia zniesionych prawnych ograniczeń wolnego handlu ograniczeniami wynikającymi z rzeczywistej struktury rynku. Pierwszorzędne znaczenie ma więc uniknięcie powstania na rynku wewnętrznym takich jednostek, których siła rynkowa spowodowałaby pozbawienie konsumentów korzyści płynących z wolnej konkurencji. Postępuje więc ekonomizacja polityki konkurencji UE¹⁶.

Podstawową regulację prawa unijnego w zakresie ochrony konkurencji stanowią art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TfUE). Pierwszy z przepisów dotyczy porozumień ograniczających konkurencję, a drugi - nadużywania pozycji dominującej. Zasadniczą rolę odgrywa przy ich stosowaniu rozporządzenie

¹⁴ Uchwała SN z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08, OSNC 2009/7-8/107.

¹⁵ Odnośnie do prejudycjalności zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Glosa do uchwały SN z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08. W stronę umocnienia prywatnoprawnego wdrażania zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 5, s. 43-48.

¹⁶ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. VI-3.

Rady nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (obecnie są to wyżej wymienione artykuły TfUE). Ponadto prawo unijne przewiduje prewencyjną kontrolę koncentracji przedsiębiorstw, przebiegającą zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 139/2004. Akt ten wydano na podstawie normy kompetencyjnej ustalonej w przepisie art. 103 TfUE.

Tytułem wprowadzenia należy zauważyć, iż ustawodawca unijny posługuje się - inaczej, niż dzieje się to w prawie polskim - pojęciem przedsiębiorstwa (ang. *undertaking*, niem. *Unternehmen*) w ujęciu podmiotowym. Ani przepisy prawa pierwotnego, ani przepisy prawa wtórnego nie definiują tego pojęcia na potrzeby prawa konkurencji, a jego rozumienie zostało ukształtowane przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE; dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości). TSUE określił zakres znaczeniowy bardzo szeroko. Niezależnie od formy prawnej, nastawienia na zysk czy w ogóle służenia celom gospodarczym¹⁷, za przedsiębiorstwo będzie uznana każda jednostka zaangażowana w działalność gospodarczą¹⁸. Za przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa unijnego uznać można więc w zasadzie wszystkie podmioty aktywne na rynku. Kluczowe znaczenie dla rozumienia pojęcia przedsiębiorstwa ma również doktryna *single economic unit*, zgodnie z którą za jedno przedsiębiorstwo będzie uznane kilka podmiotów realizujących wspólnie długoterminowy cel gospodarczy i stanowiących pojedynczą organizację składników materialnych, niematerialnych i osobowych¹⁹, a odrębność formalna nie może przeważać nad jednolitością zachowań rynkowych, przynajmniej jeśli chodzi o zastosowanie reguł konkurencji²⁰. Dla zastosowania unijnego prawa konkurencji nie ma w zasadzie znaczenia tożsamość podmiotu właścicielskiego, a w szczególności - to, czy przedsiębiorstwo jest częścią sektora publicznego.

Podobnie jak w prawie polskim, postępowania antymonopolowe prowadzone na podstawie prawa europejskiego wymagają wyznaczenia rynku właściwego, odnośnie do którego prowadzona będzie ocena siły rynkowej przedsiębiorstw. Jest to procedura niezbędna zarówno w przypadku oceny nadużycia pozycji dominującej, jak i w przypadku praktyk kolektywnych. Wskazówki dotyczące wyznaczania rynku właściwego zawiera obwieszczenie Komisji w tej sprawie²¹. Określanie rynku właściwego stanie się

¹⁷ Wyrok ETS z dnia 30 kwietnia 1974 r. w sprawie 155/73: *Postępowanie karne przeciwko Giuseppe Sacchi*, opublikowany w Legalis.

¹⁸ Wyrok ETS z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90: *Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH*, opublikowany w Eur-Lex, poz. 61990J0041.

¹⁹ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *op. cit.*, s. VI-22.

²⁰ Wyrok ETS z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie 52/69: *J. R. Geigy AG przeciwko Komisji*, opublikowany w Legalis pod nr. 142378.

²¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji, Dziennik Urzędowy WE 1997, C 372/5.

przedmiotem szczegółowej analizy w dalszej części opracowania, wstępnie warto jednak zaznaczyć, iż na podstawie prawa UE dopuszczalne jest stosowanie metod zarówno jakościowych, jak i ilościowych oraz że można wyróżnić rynek właściwy asortymentowo, produktowo i - w szczególnych przypadkach - czasowo.

Na podstawie art. 101 TfUE w prawie UE obowiązuje zakaz porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych, których celem lub skutkiem byłoby zapobieganie, zaskókanie i ograniczanie konkurencji na rynku wewnętrznym. Dodatkową przesłanką stosowania zakazu jest konieczność wykazania wpływu praktyki na handel między państwami członkowskimi, przy czym wpływ ten może mieć charakter bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty bądź potencjalny. W razie braku takiego wpływu zastosowanie będą mogły znaleźć jedynie krajowe przepisy prawa poszczególnych państw członkowskich. Należy też zauważyć, że w omawianym przypadku znajdzie zastosowanie zasada skutku, co w przypadku praktyk kolektywnych spowoduje, iż pochodzenie podmiotów ani miejsce dokonania uzgodnień nie będą mieć znaczenia, jeżeli skutek praktyki ujawnia się na rynku wewnętrznym UE. Odnośnie do praktyk kolektywnych siła rynkowa uczestniczących w nich przedsiębiorstw będzie badana przede wszystkim pod kątem możliwości zastosowania wyłączeń zakazów, zgodnie choćby z doktryną porozumień bagatelnych.

Prawo pierwotne UE przewiduje również bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej. Stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej na podstawie art. 102 TfUE wymaga jednoczesnego spełnienia trzech przesłanek, wypracowanych w praktyce orzeczniczej: posiadania przez przedsiębiorstwo lub grupę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku, nadużycie jej (przykładowy katalog nadużyć zawarto w traktacie) i wpływ na rynek wewnętrzny. Przepisy prawa UE nie zawierają definicji pozycji dominującej, z analizy orzeczeń TSUE wynika jednak, że zakres tego pojęcia jest bardzo podobny do tego, który można ustalić na bazie u.o.k.k. Pozycja taka pozwala więc przedsiębiorstwu, mimo istnienia pewnego zakresu konkurencji na rynku właściwym, na wykorzystywanie swojej siły ekonomicznej do zaskókania konkurencji i działania niezależnie od klientów, konsumentów, a także konkurentów²². W ocenie pozycji dominującej szeroko stosuje się podejście ekonomiczne, wymagające analizy pod kątem konkretnych warunków rynkowych oraz obejmujące m.in. analizę struktury rynku, udziałów w rynku i innych czynników związanych z rynkiem i samym przedsiębiorstwem. Możliwe jest posiadanie pozycji dominującej po stronie popytowej.

²² Wyrok ETS z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76: *Hoffman La-Roche przeciwko Komisji*, [za:] A. Jurkowska-Gomółka, T. Skoczny, *op. cit.*, s. VI-75.

Podstawowym aktem prawodawstwa UE dotyczącym kontroli koncentracji jest rozporządzenie Rady 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Kontroli tej będzie dokonywała zgodnie z nim Komisja, a nie organy krajowe, jeżeli koncentracja ma wymiar unijny²³. Przedmiotem oceny koncentracji jest przede wszystkim zgodność z rynkiem wewnętrznym, a pozycja przedsiębiorstw na rynku oraz ich siła ekonomiczna i rynkowa są elementami podlegającymi badaniu, co wyrażono *explicite* w omawianym rozporządzeniu.

W kwestii stosowania unijnych reguł konkurencji kluczowe okazuje się spostrzeżenie, iż art. 101 i 102 TfUE w obecnym brzmieniu w całości spełniają wymogi bezpośredniej stosowalności i jako takie mogą być samoistnie podstawą rozstrzygnięć organów krajowych (zarówno organów antymonopolowych, jak i sądów), jeżeli oczywiście spełniona jest przesłanka wpływu na rynek wewnętrzny. Wspomniane rozporządzenie 1/2003 ustala reguły stosowania, jednocześnie przyznając Komisji szczególne uprawnienia dotyczące najpoważniejszych praktyk ograniczających konkurencję. Komisja może działać z urzędu lub na wniosek podmiotu mającego uprawniony interes. Ponadto współpracuje z krajowymi organami antymonopolowymi w ramach Sieci Organów Ochrony Konkurencji oraz z sądami krajowymi w celu zapewnienia spójności orzecznictwa krajowego i unijnego.

²³ Wymiar unijny ocenia się na podstawie testów obrotów, zgodnie z art. 1 pkt 2-3 omawianego rozporządzenia.

ROZDZIAŁ 2. WYZNACZANIE RYNKU WŁAŚCIWEGO

W postępowaniach antymonopolowych analizę siły rynkowej podmiotów rozpoczyna się tradycyjnie od wyznaczenia konkretnego rynku, w ramach którego analiza ta będzie prowadzona. Już zdrowy rozsądek podpowiada, iż stwierdzenie o dysponowaniu przez dane przedsiębiorstwo znaczną siłą rynkową nie oznacza, że liczy się ono w skali całego rynku światowego. Przeciwnie - przywołane stwierdzenie odnosi się przede wszystkim do bliskiego otoczenia podmiotu. Chodzi więc o pewien segment rynku, w którym przedsiębiorstwo uczestniczy i w którym wywiera mniejszy lub większy wpływ na konkurencję. Skoro zatem naczelnym celem regulacji antymonopolowych jest zapobieganie niekorzystnemu kształtowaniu się konkurencji na rynku, wydaje się oczywiste, iż trudno przeprowadzać jakiegokolwiek konkretne analizy bez uprzedniego określenia, o jaki rynek chodzi. Określenie konkretnego rynku to warunek niezbędny dokonania analizy siły rynkowej przedsiębiorstwa przy użyciu jakichkolwiek miar strukturalnych (a więc odnoszących się do liczby przedsiębiorstw działających na rynku oraz ich w nim udziałów), takich jak indeks CR4 czy indeks Herfindahla-Hirschmana (zostaną one omówione w dalszych rozdziałach). Dlatego też *modus operandi*, w którym punkt wyjścia stanowi określenie rynku, jest standardem w ustawodawstwach państw europejskich i w ustawodawstwie unijnym, podobnie jak w anglosaskiej tradycji prawnej. Podejście to, choć niepozbawione wad i poddawane krytyce, zasługuje na uwagę chociażby ze względu na tak szerokie zastosowanie.

2.1. Podstawowe regulacje prawne

Rynek wyodrębniony na potrzeby analizy w postępowaniach antymonopolowych nazywa się rynkiem właściwym (ang. *relevant market*). U.o.k.k. zawiera definicję legalną tego pojęcia. Zgodnie z nią rynek właściwy to przede wszystkim rynek towarów (rozumianych szeroko) uznawanych przez nabywców za substytuty ze względu na przeznaczenie, cenę i właściwości. Ta część definicji określa rynek produktowy czy też asortymentowy. Ponadto wymaga się, aby towary były oferowane na obszarze, na którym - ze względu na takie czynniki, jak rodzaj i właściwości towarów, bariery dostępu, preferencje konkurentów, znaczne różnice cen i koszty transportu - panują zbliżone warunki konkurencji (rynek przestrzenny lub wyodrębniony geograficznie). Poza tym, choć nie jest to wymagane przez ustawę, w niektórych przypadkach wyodrębnia się również rynek czasowy,

np. biorąc pod uwagę sezonowość²⁴. Podejście takie nie dziwi w związku z ogólną tendencją do wyznaczania rynku właściwego możliwie wąsko.

Prawo pierwotne UE nie posługuje się pojęciem rynku właściwego – ani art. 101, ani 102 TfUE nie wymagają *explicite* jego badania. Nawet art. 102, odnoszący się do nadużywania pozycji dominującej, mówi jedynie o „pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub jego części”. Nie oznacza to oczywiście, iż na gruncie prawa europejskiego badanie pozycji rynkowej przedsiębiorstwa miałoby następować bez ograniczenia do grupy przedsiębiorstw rzeczywiście ze sobą konkurujących. Przeciwnie, od wielu lat wyznaczanie rynku właściwego jest jednym z centralnych punktów praktyki Komisji w sprawach z zakresu prawa antymonopolowego. W przypadku art. 102 TfUE od początku jego stosowania (oczywiście jako art. 81, a wcześniej – art. 86 Traktatu ustanawiającego Wspólnoty Europejskie, dalej: TuWE) wymagano wyznaczenia analizowanego rynku. Widać to na przykładzie orzeczenia w sprawie *United Brands*²⁵, które ustaliło w orzecznictwie TSUE podstawowe zasady wyznaczania rynku właściwego, o czym będzie mowa niżej.

Potrzeba identyfikacji rynku właściwego nie była przez dłuższy czas oczywista w praktyce stosowania art. 85 TuWE (obecnie: art. 101 TfUE), czyli w sprawach dotyczących zakazu porozumień ograniczających konkurencję²⁶. Zarówno Komisja, jak i TSUE analizowały wpływ porozumień na handel między państwami członkowskimi z pominięciem pogłębionej analizy dotyczącej rynku, a w konsekwencji często nie analizowały również struktury rynku czy udziałów rynkowych poszczególnych uczestników porozumienia²⁷. Przykładem orzeczenia pokazującego tę praktykę jest wyrok w sprawie *Hasselblad*, pochodzący z połowy lat 80. XX w.²⁸ W orzeczeniu tym TSUE odrzucił argument opierający się na pomijalnym udziale firmy Hasselblad w rynku. Wskazano jedynie, iż Hasselblad sam szacował we wcześniejszym liście do Komisji swój udział w rynkach różnych krajów europejskich na 20-50%, więc nie jest uprawniony do twierdzenia, iż ma niski udział w rynku. Dalej Trybunał uznał tylko, że aparaty Hasselblad są niezastąpione dla szerokiej grupy użytkowników w wielu krajach Wspólnoty – w zasadzie bez jakiegokolwiek analizy substytucyjności.

Analiza późniejszych orzeczeń TSUE wskazuje jednak, że przynajmniej od wczesnych lat 90. dokładne wyznaczenie rynku właściwego jest niezbędne również

²⁴ H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *op. cit.*, s. 321.

²⁵ Wyrok ETS z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76: *United Brands przeciwko Komisji*, opublikowany w Eur-Lex, poz. 61976CJ0027.

²⁶ L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *EC Competition Law. A practitioner's guide*, Haga 2000, s. 22.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Wyrok ETS z dnia 21 lutego 1984 r. w sprawie 86/82: *Hasselblad (GB) Limited przeciwko Komisji*, opublikowany w Eur-Lex, poz. 61982J0086.

w sprawach dotyczących porozumień ograniczających konkurencję²⁹. Obecnie nie kwestionuje się tego, iż dogłębna analiza rynku właściwego jest nieodzowna zarówno w sprawach związanych z nadużywaniem pozycji dominującej, jak i w tych związanych z porozumieniami ograniczającymi konkurencję.

Zasadnicze źródło metod stosowanych do wyznaczania rynku właściwego w prawie UE stanowi Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji (dalej: Obwieszczenie ws. rynku właściwego)³⁰. Na marginesie wskazać należy, iż obwieszczenie nie ma charakteru prawa powszechnie obowiązującego - to akt samowiązania Komisji, konsekwentnie przez nią stosowany. Treść obwieszczenia jest co do zasady zgodna z orzecznictwem TSUE, który nie jest jednak oczywiście zobowiązany do jego stosowania i ma prawo do dokonywania wykładni pojęcia rynku właściwego na własny użytek.

Podobnie jak z regulacji krajowej, z Obwieszczenia ws. rynku właściwego wynika potrzeba określania tego rynku w wymiarze produktowym (według terminologii obwieszczenia - asortymentowym) i geograficznym. Jeżeli chodzi o pierwszą płaszczyznę, Komisja zalicza do rynku właściwego te towary i usługi, które będą traktowane przez konsumenta jako zamienne lub jako substytuty - w szczególności ze względu na właściwości, ceny i zamierzone zastosowanie. Lektura dalszej części omawianego obwieszczenia wskazuje, że nie chodzi tu koniecznie o konsumentów w tradycyjnym rozumieniu prawa UE, tj. o osoby fizyczne działające w celach niezwiązanych z działalnością gospodarczą lub zawodową³¹. Chodzi raczej, podobnie jak w przypadku definicji zawartej w u.o.k.k., o nabywców danego towaru bądź danej usługi. Nie ma żadnego powodu, aby zaakceptować potrzebę wyznaczania rynku właściwego jedynie w odniesieniu do towarów konsumpcyjnych; nie zmienia to faktu, że w ich przypadku analiza będzie przebiegała częściowo odmiennie.

W zakresie wyznaczania rynku geograficznego Komisja proponuje wyznaczenie rynku właściwego jako obszaru, który charakteryzuje się trzema zasadniczymi cechami. Po pierwsze, analizowane przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa mają na tym terenie uczestniczyć w popycie i podaży towarów, i usług. Po drugie, warunki konkurencji na tym obszarze powinny się cechować odpowiednim stopniem jednorodności. Po trzecie wreszcie, aby warunki panujące na danym

²⁹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 10 marca 1992 r. w połączonych sprawach 68/89, 78/89 i 79/89: *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji*, znanych jako sprawa *Italian Flat Glass*, opublikowany w Eur-Lex, poz. 61989A0068.

³⁰ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji, Dziennik Urzędowy WE 1997, C 372/5.

³¹ *Vide*: definicja konsumenta w Dyrektywie 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji, Eur-Lex, poz. 31999L0044.

terenem uzasadniały jego wyodrębnienie, powinny być wystarczająco odmienne od panujących na sąsiednich obszarach.

W praktyce stosowania europejskiego prawa konkurencji przyjęto się również wyodrębniać rynki pod względem czasowym. Takie podejście, choć niepotwierdzone w żadnym akcie prawnym, wynika z orzecznictwa TSUE³².

2.2. Istota wyodrębnienia rynku właściwego

Jak już wspomniano, celem wyznaczenia rynku właściwego jest ograniczenie pola analizy siły rynkowej przedsiębiorstwa jedynie do rynku, w którym podmiot ten bezpośrednio i rzeczywiście uczestniczy, a więc do rynku, którego inni uczestnicy są realnymi konkurentami danego przedsiębiorstwa. To jednak oczywiście znaczne uogólnienie - ze względu na fakt, iż każde przedsiębiorstwo może oferować wiele różnych towarów lub usług.

Gdy analizuje się konkurencję od strony popytowej, dochodzi się do wniosku, że istotą konkurencji jest możliwość dokonania przez nabywcę wyboru między różnymi towarami lub usługami w celu zaspokojenia określonej potrzeby przy maksymalizacji osobistej użyteczności. Z tej perspektywy o nabywców konkurują właśnie konkretne towary i usługi. Nie neguje to faktu, iż dobra te oferowane są przez konkretnych przedsiębiorców, ustalających ich właściwości i ceny, wpływa jednak na konieczność analizy rynku właściwego przede wszystkim pod kątem poszczególnych towarów i usług. Zakres rynku poddawanego analizie powinien więc obejmować dobra rzeczywiście jednocześnie brane pod uwagę przez nabywców dokonujących konkretnego wyboru rynkowego.

Z mikroekonomicznego punktu widzenia podstawową cechą charakteryzującą dobra należące do rynku właściwego stanowi zatem ich substytucyjność. Pogląd ten znalazł odbicie w przeanalizowanych powyżej definicjach legalnych, zarówno bowiem regulacja polska, jak i unijna wymagają, aby towary lub usługi składające się na właściwy rynek asortymentowy były przez nabywców uważane za substytuty. Obwieszczenie ws. rynku właściwego wspomina także o dobrach zamiennych, wydaje się jednak, że pojęcie substytutu jest szersze od pojęcia zamiennika i w całości pokrywa jego zakres.

Zgodnie z definicją wypracowaną w ekonomii dobra substytucyjne to takie dobra, w których przypadku wzrost ceny jednego powoduje wzrost popytu na drugie³³. Wzrost popytu należy tu rozumieć jako przesunięcie jego krzywej w prawo. Związek

³² Wyrok ETS z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76: *United Brands przeciwko Komisji*, opublikowany w Eur-Lex, poz. 61976CJ0027.

³³ P. A. Samuelson, W. D. Norhaus, *Ekonomia*, Poznań 2012, s. 92.

ten zachodzi ze względu na występowanie efektu substytucyjnego, czyli zmiany w konsumpcji wskutek przesunięcia nabywcy po krzywej obojętności w wyniku zmiany ceny³⁴. W uproszczeniu chodzi więc o to, że wyższa cena prowadzi do zastąpienia droższego dobra innymi, chociaż oczywiście dobro zastępujące nie zawsze będzie dobrem substytucyjnym. Efekt substytucyjny to wynik ujemnego nachylenia krzywej popytu występującego w przypadku dóbr normalnych. Należy mieć na uwadze, że sytuacja wygląda inaczej np. w przypadku dóbr Giffena i dóbr Veblena.

Podstawową miarą substytucyjności popytu jest mieszana (lub krzyżowa, w zależności od przyjętego tłumaczenia angielskiego pojęcia *cross-price elasticity of demand*) elastyczność cenowa popytu. Definiuje się ją jako procentową zmianę wielkości popytu na jedno dobro podzieloną przez procentową zmianę ceny innego dobra³⁵. Matematycznie parametr ten wylicza się dla konkretnego przesunięcia zgodnie z wzorem:

$$XED = \frac{\frac{Q_2^B - Q_1^B}{Q_1^B}}{\frac{P_2^A - P_1^A}{P_1^A}} = \frac{P^A}{Q^B} \times \frac{\Delta Q^B}{\Delta P^A},$$

gdzie XED - mieszana elastyczność popytu, Q^i - ilość równowagi dla dobra i , P^i - cena równowagi dla dobra i .

W ujęciu punktowym wzór przyjmie postać:

$$XED = \frac{\partial Q^B}{\partial P^A} \times \frac{P^A}{Q^B}.$$

Elastyczność to wartość niemianowana i jako taka niezależna od jednostek używanych do mierzenia dóbr³⁶. Dodatnia mieszana elastyczność cenowa popytu świadczy zazwyczaj o tym, że dobra są substytucyjne, oznacza bowiem, iż popyt na jedno dobro rośnie w wyniku zmiany ceny drugiego. Wartość elastyczności wskazuje, jak dobrymi substytutami są dane dobra. Dobra wykazujące ujemną mieszaną elastyczność cenową popytu to zazwyczaj dobra komplementarne. Między tymi dwiema grupami dóbr znajdują się dobra niezależne, tj. takie, w których przypadku zmiana ceny jednego nie wpływa na popyt na drugie.

³⁴ N. G. Mankiw, M. P. Taylor, *Mikroekonomia*, Warszawa 2009, s. 633.

³⁵ P. Krugman, R. Wells, *Mikroekonomia*, Warszawa 2012, s. 275.

³⁶ *Ibidem*, s. 276.

Teoretycznie krzyżowa elastyczność cenowa dla tych dóbr wynosi zero, choć przy analizowaniu rzeczywistych danych takie wymaganie okazuje się nierealistyczne.

O ile konieczność zawarcia w wyznaczonym rynku właściwym wszystkich dóbr stanowiących substytuty w ujęciu popytowym jest intuicyjnie właściwa i nie budzi wątpliwości w praktyce stosowania regulacji antymonopolowych na całym świecie, o tyle rola substytucyjności podaży wydaje się mocno kontrowersyjna. Analiza substytucyjności podażowej produktów na etapie delimitacji rynku właściwego może objawiać się wyłącznie jego ewentualnym rozszerzeniem. Chodzi mianowicie o dołączenie do właściwego rynku asortymentowego dóbr stanowiących dla analizowanych towarów substytuty strony podażowej. Będą to w uproszczeniu dobra, których produkcję można w ramach określonego przedsiębiorstwa przestawić na produkcję dóbr stanowiących punkt wyjścia do wyznaczenia rynku właściwego. Załóżmy, że delimitacja rynku właściwego jest prowadzona w celu określenia ewentualnego posiadania pozycji dominującej przez producenta spirytusu. Jeżeli okazałoby się, iż producent alkoholu denaturowanego może bez dokonywania znacznych inwestycji przestawić swoją linię produkcyjną na wytwarzanie spirytusu i będzie skłonny to zrobić w przypadku wzrostu cen spirytusu, to asortymentowy rynek właściwy zostanie rozszerzony o rynek alkoholu denaturowanego.

Przykładem często przytaczanym i dobrze unaoczniającym potrzebę korzystania z analizy substytucyjności podaży jest przypadek ubrań sprzedawanych w różnych rozmiarach³⁷. Butów w rozmiarze 40 i w rozmiarze 43, choćby identycznych, pojedynczy konsument w żadnym wypadku nie uzna za substytuty czy zamienniki. Pomijając wpływ substytucyjności podaży (w tym wypadku niewątpliwie pełnej), przy bezrefleksyjnym użyciu jedynie narzędzi badania substytucyjności po stronie popytu mogłoby dojść do zbyt wąskiego wyznaczenia zakresu asortymentowego rynku właściwego. Przykład ten opiera się jednak na przypadku szczególnym i powinien być traktowany raczej anegdotycznie. Przytoczony paradoks da się wyeliminować dzięki analizie substytucyjności po stronie popytowej. Nie można się bowiem zgodzić z prowadzeniem takich rozważań z perspektywy jednego, konkretnego nabywcy. Przy delimitacji rynku właściwego należy dążyć do ustalenia obiektywnej (a przynajmniej - zobiektywizowanej) substytucyjności towarów bądź usług włączanych do tego rynku. Substytucja będzie więc ustalana z punktu widzenia przeciętnego nabywcy zainteresowanego danymi dobrami, a kryteria takie jak rozmiar (w przypadku odzieży) pozostaną zazwyczaj bez wpływu na wynik oznaczenia rynku właściwego.

³⁷ A. J. Padilla, *The role of supply side substitution on the definition of the relevant market in merger control. A report for DG Enterprise A/4, European Commission, Madryt 2001.*

Uwaga dotycząca niedopuszczalności opierania ocen na punkcie widzenia pojedynczego, skonkretyzowanego odbiorcy odnosi się również do badania substytucyjności podaży. Oznacza to, że możliwość zastąpienia podaży dóbr potencjalnie substytucyjnych podażą dóbr będących podstawą do delimitacji rynku właściwego musi występować u przeciętnego producenta danego rodzaju dóbr czy dostawcy konkretnych usług. Substytucyjność podaży, aby można było wziąć ją pod uwagę na etapie określania zakresu rynku właściwego, powinna więc być cechą uniwersalną, a nie właściwą np. dla jednego producenta.

Zjawisko substytucji podaży wynika z przesunięcia krzywej podaży jednego dobra w reakcji na zmianę ceny innego dobra. Miarą substytucyjności podażowej dóbr jest mieszana elastyczność cenowa podaży (ang. *cross-price elasticity of supply*). Analogicznie jak w przypadku popytu, miara ta wyraża procentową zmianę podaży produktu B w odpowiedzi na procentową zmianę ceny produktu A. Mieszaną elastyczność cenową sprzedaży oblicza się za pomocą wzoru:

$$XES = \frac{P^A}{Q^B} \times \frac{\Delta Q^B}{\Delta P^A},$$

gdzie XES - mieszana elastyczność podaży, Q^i - ilość równowagi dla dobra i , P^i - cena równowagi dla dobra i .

Uwagi konstrukcyjne wskazane w omówieniu mieszanej elastyczności cenowej popytu mają zastosowanie i w tym przypadku. Ujemna wartość mieszanej elastyczności podaży oznacza, że produkty są substytutami strony podażowej, wskazuje bowiem, iż w razie wzrostu ceny dobra A dostawca przestawi się na nie z dobra B, zmniejszając tym samym podaż dobra B. Inaczej niż w przypadku popytu, po stronie podażowej nie można mówić o dobrach komplementarnych. Dobra, dla których mieszana cenowa elastyczność podaży ma wartość dodatnią, określane są mianem produktów powiązanych (ang. *joint products*): w ramach procesu produkcyjnego produkcja jednego dobra niezbędnie towarzyszy produkcji drugiego. Podręcznikowym przykładem produktów powiązanych są wełna i mięso owcze - wzrost cen wełny nie tylko wpłynie na produkcję wełny (czego wyraz stanowi prosta elastyczność cenowa jej podaży), lecz także zwiększy podaż baraniny, ponieważ jest to niejako skutek uboczny niezbędnego rozszerzenia hodowli owiec. Należy zauważyć, że mieszana elastyczność cenowa podaży to miara dużo mniej przydatna z praktycznego punktu widzenia niż jej odpowiednik popytowy, co wynika z faktu, iż dostosowania podażowe wykazują dużo mniejszy stopień natychmiastowości niż dostosowania popytowe.

Podejście zalecające uwzględnianie substytucyjności podaży na etapie wyznaczania rynku właściwego jest krytykowane w literaturze przedmiotu. Należy pamiętać, iż czynnik ten może zostać wzięty pod uwagę na dalszym etapie analizy siły rynkowej. Przykładowo: w przypadku kontroli koncentracji można tego dokonać przez uwzględnienie hipotetycznego udziału producentów substytutów podażowych w wąsko wyznaczonym rynku. Udział ten odpowiadałby podaży oferowanej przez tych producentów w warunkach rynkowych powstałych po dokonaniu koncentracji. Przeciwno uwzględnianiu substytucyjności podaży przy delimitacji rynku właściwego wysunięto kilka argumentów³⁸. Po pierwsze, ze względu na rozciągnięcie w czasie dostosowań struktury produkcji branie pod uwagę substytutów podażowych może przez szersze określenie rynku doprowadzić do przydzielenia niższych udziałów w rynku, a w konsekwencji - do niedoszacowania ograniczenia konkurencji, które może się pojawić w okresie przejściowym. Po drugie, producenci substytutów podażowych mogą nie być skłonni do przestawienia produkcji ze względu na charakter umów wiążących ich z odbiorcami obecnie produkowanych dóbr (długoterminowość zapewniająca stabilizację ekonomiczną, kary umowne). Po trzecie, wskazuje się na niejasności co do tego, jak potraktować dobra niebędące substytutami popytowymi dóbr pierwotnie włączonych do rynku właściwego, ale stanowiące substytuty popytowe substytutów podażowych potencjalnie uwzględnianych w tym rynku. Ponadto dołączenie do rynku właściwego substytutów podażowych potencjalnie utrudnia analizę barier wejścia, ponieważ ich wysokość może być różna dla każdego z substytutów (np. gdy dla jednego z nich istnieje alternatywny proces produkcyjny, a dla drugiego - nie). Może to doprowadzić do błędnej oceny presji konkurencyjnej ze strony potencjalnych konkurentów pozostających w danym czasie poza rynkiem. Dodatkowo producenci mogą łatwo przestawić produkcję, ale z uwagi na specyfikę procesu produkcyjnego - udoskonalonego w kierunku wytwarzanego pierwotnie dobra - nowa produkcja nie będzie akceptowalna dla części nabywców. To również potencjalnie prowadzi do przeszacowania pozytywnego wpływu substytucji podaży na konkurencję w toku dalszej analizy.

Omówione problemy powodują, że jeżeli uwzględnia się substytuty podażowe w rynku właściwym, trzeba postępować z najwyższą ostrożnością. Choć substytucyjność popytu i podaży pozornie stanowią swoje lustrzane odbicia, każde z nich rządzi się innymi zasadami i odmiennie wpływa na konkurencję. Uwzględnienie w zakresie rynku właściwego dóbr wyodrębnionych na podstawie dwóch odmiennych kryteriów może niekorzystnie odbić się na jasności i przejrzystości prowadzonej analizy siły rynkowej.

³⁸ J. B. Baker, *Market definition. An analytical overview*, „Antitrust Law Journal” 2007, nr 1, s. 129-173.

Ze względu na wskazane wątpliwości niezbędność i zakres analizy substytucyjności podaży w toku delimitacji asortymentowych rynków właściwych są kontrowersyjne. Analiza ta jest niewątpliwie rzadziej stosowana w prawie UE niż w praktyce prawa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych, co prowadzi do generalnie węższego definiowania rynków przez organy europejskie³⁹. Z kolei Australia to przykład kraju, w którym analizę substytucji po stronie podażowej stosuje się jeszcze szerzej, a praktyka amerykańska jest krytykowana za zbyt rzadkie sięganie po omawiane tu narzędzie⁴⁰.

W kontekście badania substytucyjności podaży odróżnić należy przypadki typowe, kiedy rynek właściwy wyznaczany jest na potrzeby badania potencjalnych bądź rzeczywistych ograniczeń konkurencji przez podmioty sprzedające towary lub usługi, od również występujących w praktyce przypadków analizowania siły rynkowej, którą dysponują nabywcy. Sytuacje takie są też źródłem bogatego orzecznictwa⁴¹. Siła rynkowa nabywcy jest jako zjawisko lustrzanym odbiciem siły rynkowej sprzedawcy (w skrajnych przypadkach siły rynkowej nabywcy można mówić o monopsonie, będącym lustrzanym odbiciem monopolu). Dlatego też przy delimitacji rynku właściwego akcenty w tych przypadkach powinny być rozłożone odwrotnie niż w badaniu siły rynkowej sprzedawców. Stąd analiza substytucyjności podaży musi tutaj odgrywać rolę pierwszoplanową, a nie pomocniczą.

Obwieszczenie ws. rynku właściwego wymienia substytucyjność podaży jako jedno z trzech, obok substytucyjności popytu i potencjalnej konkurencji, głównych źródeł ograniczania konkurencji. O przedstawionych w obwieszczeniu warunkach wzięcia pod uwagę wyników analizy substytucyjności podaży na etapie wyznaczania rynku właściwego będzie mowa niżej, przy okazji omawiania kryteriów oceny jej występowania.

2.3. Metody jakościowe

Można dokonywać wielu różnych podziałów metod stosowanych w celu ustalenia rynku właściwego. Po pierwsze, co wynika z istnienia trzech wymiarów rynków właściwych, metody te dzieli się na odnoszące się do produktu, do obszaru i do czasu. Po drugie, istnieje podział metod na jakościowe i ilościowe. Te pierwsze będą się opierały na kryteriach opisowych, te drugie - dążyły do przedstawienia

³⁹ L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *op. cit.*, s. 31.

⁴⁰ D. Brewster, *Market definition and substitutability - Australian courts continue to struggle with Part IV of the Trade Practices Act 1974 (Cth)*, „QUT Law Journal” 1996, nr 12, s. 246-263.

⁴¹ *Vide*: Decyzja Komisji z dnia 26 czerwca 1997 w sprawie IV/M.890: *Blokker/Toys ‘R’ Us*, oraz Decyzja Komisji z dnia 20 lipca 1998 r. w sprawie IV/M.1245: *Valeo/ITT*, obie opublikowane na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 14.06.2014.

dowodów w formie skwantyfikowanej. Po trzecie, możliwe jest dokonanie podziału metod ze względu na kryterium przedmiotowe: na badające substytucyjność popytu i określające substytucyjność podaży.

Obwieszczenie ws. rynku właściwego postępuje się w zasadzie pierwszym z tych podziałów. Używa pojęcia dowodów, na których opiera się definicja rynku właściwego, oraz wyróżnia wymiar odnoszący się do produktów i wymiar geograficzny. Nie uwzględnia wymiaru czasowego, ponieważ - jak już stwierdzono - właściwy rynek czasowy w ramach prawa UE jest wytworem judykatury i nie znalazł odzwierciedlenia w tym obwieszczeniu.

W ramach wyznaczania rynku asortymentowego podstawowym kryterium świadczącym o substytucyjności popytu jest ocena tego, czy brane pod uwagę produkty zaspokajają te same potrzeby odbiorców. Kryterium to wynika z samej definicji dóbr substytucyjnych i jest szeroko stosowane w praktyce postępowań antymonopolowych⁴². Ma ono szczególne znaczenie dla rozgraniczania rynków na poziomie sprzedaży towarów lub świadczenia usług końcowym odbiorcom. W tym przypadku dobra służące zaspokajaniu różnych potrzeb będą należały do oddzielnych rynków właściwych, mimo zbliżonej charakterystyki samego dobra, np. alkohol sprzedawany w celach konsumpcyjnych stanowi inny rynek właściwy niż ten sprzedawany w celach medycznych. W praktyce kryterium to stosowano m.in. do oddzielenia rynków farmaceutyków o różnych efektach terapeutycznych⁴³.

Pokrewnym kryterium, spotykanym zarówno w praktyce Komisji, jak i w orzecznictwie TSUE, jest zamierzone użycie produktów. W tym przypadku analizuje się strukturę popytu⁴⁴. Wykrycie niejednorodności popytu - zidentyfikowanie przynajmniej dwóch wyraźnie odrębnych grup odbiorców różniących się zamierzonym użyciem produktu - sprawi, że rynek właściwy wyznaczony zostanie odpowiednio wąziej. Stanie się tak niezależnie od tego, czy kanały dystrybucji towarów tym grupom popytowym są odrębne, czy też nie. O ile omówione wyżej kryterium zaspokajania tych samych potrzeb okazuje się przydatne szczególnie przy wydzielaniu rynków tego samego poziomu (i to konkretnie na poziomie końcowych odbiorców), o tyle kryterium zamierzonego użycia wykazuje wysoką przydatność przy rozróżnianiu rynków różnego poziomu i rynków tego samego szczebla, na których towary nie mają charakteru konsumenckiego. W tych przypadkach poprzednie kryterium mogłoby się okazać zawodne, trudno bowiem np. określić, jakie potrzeby producenta samochodów zaspokajają części dostarczane mu przez wykonawcę zewnętrznego oraz czy potrzeby te są zasadniczo różne od zaspokajanych w przypadku

⁴² L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *op. cit.*, s. 25.

⁴³ Decyzja Komisji z dnia 17 lipca 1996 r. w sprawie M737: *Ciba Geigy/Sandoz*, [za:] D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International 2009.

⁴⁴ L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *op. cit.*, s. 27.

sprzedaży tych samych części warsztatom naprawczym. W kontekście zamierzonego celu zdecydowanie łatwiej wyodrębnić tu oddzielne rynki: w pierwszym przypadku części kupowane są w celu prowadzenia przy ich użyciu produkcji samochodów, a w drugim - w celu dokonywania napraw⁴⁵. Podobnie kryterium to zostało wykorzystane w praktyce Komisji do odróżnienia rynków sprzedaży farmaceutyków szpitalom, aptekom i innym podmiotom⁴⁶.

Kolejnym kryterium odnoszącym się do strony popytowej jest cena danego towaru lub usługi. Ten aspekt ujęto w definicji asortymentowego rynku właściwego zarówno w u.o.k.k., jak i w Obwieszczeniu ws. rynku właściwego. W odniesieniu do wielu towarów normalną sytuacją rynkową jest dostarczanie przez dostawców wielu klas cenowych produktów zaspokajających te same potrzeby i przeznaczonych do tego samego celu. Jak wielokrotnie wspomniano, kryterium włączenia danego towaru do rynku właściwego stanowi rozważanie przez klientów tego produktu jako realnej alternatywy dla produktów już do tego rynku włączonych. Skoro nabywcy dokonują wyborów w ramach ograniczeń swojego budżetu, który musi wystarczyć do pokrycia określonej liczby potrzeb, produkty odpowiednio droższe nie będą stanowić realnej alternatywy. Ceny towarów tworzących jeden rynek właściwy powinny pozostawać w takiej relacji, aby potencjalny nabywca rzeczywiście rozważał zastąpienie zakupu jednego dobra nabyciem drugiego⁴⁷.

Ze względu na fakt, że na rynkach wielu towarów między najtańszymi a najdroższymi opcjami nabywca znajdzie możliwości w zasadzie w każdej cenie, dokonanie segmentacji rynku pod względem cenowym przysparza wielu trudności. Cena to raczej kryterium, które powinno być (i jest) wykorzystywane w celu prowadzenia analiz ilościowych. Zdarza się jednak, że informacja o cenie niewsparta danymi ilościowymi wystarcza do rozgraniczenia rynków; np. dobra dostarczane za darmo powinny zazwyczaj stanowić rynek odrębny od dóbr dostarczanych odpłatnie. Należy wreszcie pamiętać, iż podstawą do wyznaczenia rynku właściwego powinny być realne wzorce zachowań występujące na rynku. Jeżeli więc nabywcy widzą w produkcie wielokrotnie droższym realną alternatywę, różnica w cenie nie stoi na przeszkodzie włączeniu go do rynku właściwego. Przykładowo: mimo

⁴⁵ Analogiczna sytuacja była przedmiotem oceny ETS w sprawie 322/81: *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*, wyrok opublikowany w Eur-Lex pod nr. 61981J0322. Rynek sprzedaży nowych opon producentom samochodów został wykluczony z zakresu rynku właściwego obejmującego sprzedaż opon innym typom podmiotów (*vide*: pkt 38 orzeczenia). Por. również Decyzja Komisji z 14 marca 1994 r. w sprawie IV/M.416: *BMW/Rover*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 5.07.2014.

⁴⁶ Decyzja Komisji z 4 lutego 1998 r. w sprawie COMP/M.950: *Hoffman - La Roche/Boehringer Mannheim*, [za:] L. Ritter, W. D. Braun, F. Rawlinson, *op. cit.*, s. 27.

⁴⁷ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumenta. Komentarz do art. 4*, Warszawa 2009.

kilkunasto- czy kilkudziesięciokrotnej różnicy w cenie żarówki energooszczędne można rozważać jako alternatywę dla żarówki tradycyjnej, ponieważ nabywcy mają świadomość kosztów związanych z każdą z tych opcji, a nieuwjętych w cenie.

Wszystkie opisane kryteria używane podczas określania rynku właściwego mają charakter pośredni o tyle, że ich stosowanie polega na wnioskowaniu o substytucyjności popytu za pośrednictwem oceny cech związanych z produktem. Można jednak również badać substytucyjność w oderwaniu od tych cech. Pierwszą metodą z tej grupy jest badanie przeszłych zachowań nabywców⁴⁸. Da się np. przeprowadzić analizę skutków wywołanych przez podniesienie w przeszłości cen przez konkretnego przedsiębiorcę - na podstawie danych przez niego przedstawionych. Przedsiębiorcy mogą też dysponować danymi na temat zmian pozycji rynkowych w związku ze zmianami cen dokonanymi przez konkurentów. Dowody takie należy traktować z ostrożnością, ponieważ analizy biznesowe dotyczą specyficznie wyznaczonych rynków, których zakres nie musi się pokrywać z rynkiem właściwym.

Kolejnym potencjalnym źródłem informacji o zakresie substytucyjności są informacje uzyskane od samych nabywców, zdobyte np. w drodze ankietowania możliwie reprezentatywnej grupy. Gdy na rynku występuje ograniczona liczba nabywców, co zazwyczaj ma miejsce na rynkach innych niż konsumenckie, można ponadto podjąć próbę uzyskania informacji od wszystkich lub przynajmniej głównych nabywców danych towarów. Komisja często uzyskuje informacje bezpośrednio od nabywców, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 33 Obwieszczenia ws. rynku właściwego.

Następne źródło informacji o substytucyjności popytu to wnioskowanie z zachowań biznesowych przedsiębiorców. Zakres, w jakim monitorują oni konkretne rynki bądź konkretnych konkurentów, wskazuje, jaki pogląd na substytucję popytu mają sami przedsiębiorcy, i podpowiada, gdzie szukać substytutów danego towaru⁴⁹.

Informacje można wreszcie uzyskać od ekspertów rynkowych: dziennikarzy branżowych, konsultantów, izb handlowych, stowarzyszeń monitorujących rynki itp. Wskazuje się, że wiarygodność informacji przedstawianych przez wymienione podmioty weryfikować można przez pryzmat tego, czy własne decyzje biznesowe podejmują one na podstawie swoich ocen⁵⁰. Oceny, które przekładają się bezpośrednio na sferę majątkową podmiotu, są prawdopodobnie dokonywane z większą starannością niż inne.

Jeżeli chodzi o analizę substytucyjności podaży pod kątem ewentualnego rozszerzenia zakresu rynku właściwego, stosowane metody to odbicie opisanych wyżej zastrzeżeń

⁴⁸ J. B. Baker, *op. cit.*, s. 139.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 141.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 141.

pod adresem rzeczywistej przydatności tej metody wyznaczania rynku. Kiedy organ badający sprawę zdecyduje się na sięgnięcie po to narzędzie, zobowiązany jest do upewnienia się, iż uwzględnienie substytutów podażowych nie zaciemni analizy na dalszych etapach. Dlatego też wymagania wobec substytutów podażowych, jeżeli te mają zostać włączone do rynku właściwego, muszą być restrykcyjne.

Po pierwsze, substytucja podażowa musi mieć charakter natychmiastowy, taki jak substytucja dokonywana przez nabywców po stronie popytowej. Jak wskazano powyżej, wzięcie pod uwagę substytucji podażowej niedokonującej się w krótkim horyzoncie czasowym może skutkować błędną oceną obrazu konkurencji w okresie dostosowywania produkcji. Ponadto w odpowiednio długim okresie każda produkcja może przecież zostać - przez dokonanie odpowiednich inwestycji - przedstawiona na dowolną inną i nie jest to wyrazem substytucyjności podaży, lecz potencjalnej konkurencji. Potencjalną konkurencję można uwzględniać dopiero na dalszym etapie analizy.

W celu określenia wiarygodności stwierdzenia natychmiastowości substytucji podażowej w literaturze przedmiotu zaproponowano tzw. test SSS⁵¹ (*supply-side substitution test*). Polega on na udzieleniu odpowiedzi na sześć pytań. Po pierwsze, należy zbadać, jakie czynniki są wymagane do produkcji produktów składających się obecnie na rynek właściwy i czy są one posiadane przez producentów substytutów podażowych. Chodzi tu w szczególności o wyposażenie, technologię, możliwości logistyczne i dystrybucyjne, pozwolenia i licencje oraz markę pozwalającą realistycznie myśleć o wejściu na rynek. Po drugie, gdy wymagane jest pozyskanie dodatkowych aktywów, należy zapytać, czy można je zdobyć bez ponoszenia utopionych kosztów. Po trzecie, wymaga się zbadania, czy producenci substytutów podażowych rzeczywiście mieliby ekonomiczną motywację do przestawienia produkcji. Po czwarte, trzeba sprawdzić, czy dostawcy nie będą ograniczeni w zmianie profilu działalności przez wiążące ich długoterminowe kontrakty. Po piąte, test SSS wymaga zbadania, czy zdolności produkcyjne pozwalają osiągnąć rozsądne koszty produkcji dóbr włączonych do rynku właściwego. Po szóste wreszcie, konieczne jest sprawdzenie, czy towary, które mogą wyprodukować dzisiejsi wytwórcy substytutów podażowych, mają cechy sprawiające, że faktycznie staną się one alternatywą dla dóbr aktualnie obecnych na rynku właściwym.

Jak widać, test SSS został stworzony dokładnie tak, aby zapobiec niekorzystnym skutkom uwzględniania substytutów strony podażowej, wskazywanym wcześniej w literaturze przedmiotu i omówionym powyżej.

Nie są to jednak wszystkie wymagania stawiane substytutom strony podaży włączanym do rynku właściwego. Podobnie jak w przypadku substytucji popytowej, obligatoryjne

⁵¹ A. J. Padilla, *op. cit.*, s. 22.

jest żądanie, aby dokonanie substytucji było realne dla przeciętnego producenta substytutów. Wymaga się więc, aby zjawisko substytucyjności miało charakter uniwersalny albo prawie uniwersalny. Gdy tylko część dostawców jest w stanie zmienić profil działalności, można jedynie uwzględnić ten fakt na dalszym etapie analizy. Wymaganie uniwersalności usankcjonowano w Obwieszczeniu ws. rynku właściwego. Test SSS, choć zaproponowany w raporcie przygotowanym w ramach działalności organów unijnych, nie stał się narzędziem powszechnie stosowanym w postępowaniach antymonopolowych, a przynajmniej nie pod tą nazwą. Kryteria wchodzące w jego skład są często stosowane przez organy antymonopolowe. Należy pamiętać, iż niespełnienie choćby jednego z kryteriów wyklucza wzięcie pod uwagę danego rodzaju towarów jako substytutów podaźowych, a więc zazwyczaj nie ma potrzeby odnoszenia się do wszystkich kryteriów. Przykładowo: w sprawie *ABF/GBI Business* Komisja wykluczyła włączenie do rynku właściwego innego rodzaju drożdży na podstawie substytucyjności podaży ze względu na konieczność poczynienia inwestycji w wyposażenie⁵². Dodatkowo wskazano, że przestawienie produkcji nie byłoby opłacalne nawet w przypadku podniesienia cen o 5-10%. Dodatkowo uwzględniono wymagania stawiane przez nabywców. Komisja odniosła się zatem do trzech z sześciu pytań wchodzących w skład testu.

2.4. Metody ilościowe i pseudoilościowe

W literaturze najczęściej wskazuje się tzw. test SSNIP (ang. *small but significant non-transitory increase in price*), znany również jako test hipotetycznego monopolisty. Punktem wyjścia do przeprowadzenia tego testu jest rynek zdefiniowany jak najwężziej - jako jeden, konkretny produkt. Zakłada się następnie, że przedsiębiorca będący hipotetycznym monopolistą na tym rynku podnosi ceny produktu o niewielką wartość (zazwyczaj 5 lub 10%), przy czym podwyżka ta ma charakter stały. Wówczas bada się, czy jest ona dla przedsiębiorcy opłacalna.

Jeżeli tak, przyjmuje się, że na rynku nie istnieją dostatecznie bliskie substytuty danego dobra, na które mogliby się przestawić nabywcy w reakcji na podwyżkę ceny. Skoro więc nie zostaje wykryta substytucyjność popytu, produkt ten stanowi rynek właściwy - i na tym kończy się zastosowanie testu SSNIP. Jeżeli jednak odpowiedź na pytanie o opłacalność podwyżki jest negatywna, oznacza to, iż część dotychczasowych nabywców przestawia się w wyniku podwyżki na inne towary, a zatem na rynku oferowane są dostatecznie bliskie substytuty danego produktu,

⁵² Decyzja Komisji z dnia 23 września 2008 r. w sprawie COMP/M.4980: *ABF/GBI Business*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu.

które powinny zostać włączone do rynku właściwego. W takiej sytuacji dołącza się do pierwotnego proponowanego rynku właściwego najbliższy substytut badanego produktu. Dla tak zdefiniowanego rynku ponownie przeprowadza się test. Analiza prowadzona jest iteracyjnie, aż odpowiedź na pytanie o opłacalność podwyżki cen będzie pozytywna odnośnie do wszystkich produktów na proponowanym rynku⁵³.

Jak widać, test nie polega w zasadzie na badaniu samego zjawiska substytucyjności popytu. Jego ekonomiczna istota sprowadza się do pytania o prostą elastyczność cenową popytu na produkty włączone do proponowanego rynku właściwego. Wskazuje się, że wysoka elastyczność cenowa popytu świadczy zazwyczaj o istnieniu bliskich substytutów⁵⁴. Pozytywny efekt testu sugeruje, że spadek popytu w reakcji na podwyżkę ceny jest na tyle niewielki, iż jego wpływ na zysk przedsiębiorstwa nie przewyższa wpływu wzrostu ceny, więc popyt na dane dobro nie jest elastyczny. Stąd można wnioskować, iż pozytywny wynik testu SSNIP świadczy o braku bliskich substytutów danego towaru.

Na wynik testu SSNIP wpływa wysokość kosztów przyjęta dla hipotetycznego monopolisty. Odpowiedź na pytanie o opłacalność podwyżki ceny będzie twierdząca, jeżeli krańcowy zysk w danej sytuacji rynkowej jest dla analizowanego przedsiębiorstwa dodatni. Wartość elastyczności cenowej, dla której wynik testu okaże się dodatni, zależy więc od marży⁵⁵. Poniżej przedstawiono matematyczne wyprowadzenie tego faktu. Wymaganie testu SSNIP jest następujące:

$$\begin{aligned}\Delta R - \Delta C &> 0 \\ MR \times \Delta Q - MC \times \Delta Q &> 0 \\ MR - MC &> 0,\end{aligned}$$

gdzie R - utarg, C - koszt, MR - utarg krańcowy, MC - koszt krańcowy.

Gdy skorzysta się z tego, że:

$$\begin{aligned}MR &= P + Q \frac{dP}{dQ} \\ \varepsilon &= \frac{P}{Q} \frac{dQ}{dP} \rightarrow P \frac{1}{\varepsilon} = Q \frac{dP}{dQ},\end{aligned}$$

⁵³ R. van den Bergh, P. D. Camanesca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Antwerpia 2001, s. 97.

⁵⁴ P. Krugman, R. Wells, *op. cit.*, s. 274.

⁵⁵ J. B. Baker, *op. cit.*, s. 142.

nierówność powyższa przyjmuje następującą postać:

$$P - MC > -\frac{1}{\varepsilon} P.$$

Przez skorzystanie z elastyczności w postaci wartości bezwzględnej (jak to się zazwyczaj czyni dla dóbr normalnych, w których przypadku elastyczność cenowa popytu jest zawsze ujemna) można przedstawić tę zależność w następującej postaci:

$$P - MC > -\frac{1}{\varepsilon} P.$$

Jak widać, dla różnych wysokości narzutów elastyczność wymagana do pozytywnego wyniku testu SSNIP jest różna⁵⁶. Wiąże się to z dwiema zasadniczymi kwestiami. Po pierwsze, z punktu widzenia nabywcy dokonanie (lub rezygnacja z dokonania) substytucji popytu nie zależy od czynników dla niego nieobserwowalnych, do jakich zalicza się funkcja kosztów producenta. Po drugie, prawidłowe przeprowadzenie testu wymaga przyjęcia jakiejś konkretnej wartości kosztów dla hipotetycznego monopolisty. Dane dobra są jednak zazwyczaj produkowane przez wiele przedsiębiorstw o różnych funkcjach kosztów, co może rodzić wątpliwości co do tego, która z nich powinna zostać przyjęta na potrzeby konkretnej analizy. Ponadto potencjalnie problematyczne jest wnioskowanie o kosztach w ujęciu ekonomicznym z zapisów księgowych - prowadzonych z myślą o analizie biznesowej, a nie *stricte* ekonomicznej⁵⁷.

Kolejny problem związany ze stosowaniem testu SSNIP polega na tym, że wymaga on dużej ilości informacji. Poza wspomnianymi wyżej trudnościami w przełożeniu kategorii księgowych na ekonomiczne niełatwe może się okazać uzyskanie wiarygodnych informacji od nabywców na temat ich zachowania w razie podwyżki cen (jeżeli nie są dostępne dane historyczne - przekrojowe i umożliwiające wnioskowanie o elastyczności cenowej). Przeprowadzenie ankiet wśród nabywców trwa długo, szczególnie jeżeli po przeanalizowaniu wszystkich uzyskanych danych wynik testu SSNIP jest wciąż negatywny i konieczne staje się przeprowadzenie kolejnych badań, dotyczących nowego zestawu towarów. Ponadto wyniki badań ankietowych prowadzonych wśród konsumentów często trudno uznać za wiarygodne - ze względu na notoryczne rozbieżności zachowań rzeczywistych i deklarowanych

⁵⁶ Uważny czytelnik zauważy, że lewa strona nierówności to w istocie indeks Lerner, omówiony w innej części tego opracowania.

⁵⁷ J. B. Baker, *op. cit.*, s. 143.

w odpowiedziach na ankiety⁵⁸. Konsumenci wykazują bowiem tendencję do przedstawiania w ankietach wyidealizowanego obrazu swoich zachowań⁵⁹.

Powyższe trudności wiążą się z próbami zastosowania testu SSNIP jako rzeczywistego testu ilościowego - niewystarczająca ilość wiarygodnych informacji dostępnych danemu organowi w bardzo wielu przypadkach wyklucza taką możliwość. W literaturze przedmiotu zauważa się, że przydatność tego podejścia ujawnia się raczej w przypadku traktowania go jako wskazówki koncepcyjnej, prawidłowo wskazującej kierunek myślenia o tym, czy konkretna grupa towarów stanowi rynek właściwy⁶⁰.

Najstynnijszym problemem związanym z testem SSNIP jest tzw. błąd celofanowy (ang. *cellophane fallacy*). Termin pochodzi od słynnego orzeczenia Sądu Najwyższego USA, który stwierdził, że rynek celofanu nie stanowi rynku odrębnego od rynku innych giętkich materiałów do pakowania⁶¹. Problem bierze się stąd, iż kiedy stosuje się test na etapie wyznaczania rynku właściwego, brakuje informacji na temat tego, czy konkretna cena występująca na rynku to wynik wykorzystywania siły rynkowej, czy cena ukształtowana w warunkach pełnej konkurencji. Odpowiedź na powyższe pytanie jest niemożliwa do uzyskania na etapie delimitacji rynku właściwego, ponieważ gdyby cena danego produktu w warunkach pełnej konkurencji była znana, stosowanie testu SSNIP okazałoby się zupełnie zbędne⁶². Załóżmy, że cena produktu A wynosi 20, a krańcowy koszt - 10; dla produktu B, którego charakterystyka świadczy o potencjalnej substytucyjności wobec A, obie te wartości są równe 20. W takim wypadku użycie testu SSNIP może doprowadzić do wniosku, iż podniesienie ceny produktu A nie będzie opłacalne ze względu na substytucję popytu w kierunku produktu B. Gdyby natomiast A było sprzedawane w cenie 10, czyli takiej, jaka ukształtowałaby się w warunkach pełnej konkurencji, mogłoby się okazać, że substytucja nie zachodzi ze względu na różnicę w cenie⁶³. Omawiany problem ujawnia się szczególnie wyraźnie w przypadku wyznaczania rynku właściwego na potrzeby badania nadużywania pozycji dominującej przez praktyki związane z ceną - zastosowanie cen obecnych na rynku sprowadza się w zasadzie do odgórnego założenia, że pozycja rynkowa nie

⁵⁸ A. Jones, B. Surfin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oksford 2014, s. 69.

⁵⁹ I. Lianos, C. Genakos, *Econometric Evidence in EU Competition Law: An Empirical and Theoretical Analysis*, „CLES Working Paper Series” 2012, nr 6, s. 10.

⁶⁰ J. B. Baker, *op. cit.*, s. 142.

⁶¹ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 11 czerwca 1956 r. w sprawie nr 351 U.S. 371 (1956): *Stany Zjednoczone przeciwko E. I. du Pont de Nemours & Co.*, opublikowany w serwisie www.supreme.justia.com, dostęp: 1.07.2014.

⁶² D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oksford 2012, s. 185.

⁶³ Przykład skonstruowany na podstawie: A. Jones, B. Surfin, *op. cit.*, s. 71.

jest nadużywana. Z drugiej strony w sprawach dotyczących kontroli koncentracji, w których przedmiot analizy stanowi zmiana w sile rynkowej przez dokonanie koncentracji, ceny rynkowe zazwyczaj są odpowiednim punktem wyjścia, a test SSNIP - narzędziem dużo wiarygodniejszym⁶⁴.

Dodatkowym ryzykiem, jakie należy brać po uwagę w kontekście testu SSNIP, jest fakt, że najprawdopodobniej dla każdego rynku, który uzyska pozytywny wynik testu, istnieje większy rynek uzyskujący pozytywny wynik⁶⁵. Dlatego też zakres produktów dodawanych do potencjalnego rynku właściwego w każdym kroku iteracyjnego stosowania testu powinien być możliwie mały.

Wyboru potencjalnych substytutów dodawanych w kolejnych krokach do rynku właściwego powinno się dokonywać z najwyższą starannością. Konstrukcja testu nie chroni właściwie przed uwzględnieniem w zakresie rynku właściwego produktów niebędących substytutami dla produktów stanowiących punkt wyjścia do stosowania testu. Pytanie stawiane przez SSNIP dotyczy bowiem substytucji między wszystkimi towarami włączonymi do rynku a ogółem towarów znajdujących się poza rynkiem, nie zaś substytucji między towarami w tym rynku ujętymi.

W literaturze przedmiotu wskazuje się ponadto na problem określany mianem błędu binarnego (ang. *binary fallacy*)⁶⁶. Opiera się on na truizmie mówiącym, że po zakończeniu prowadzenia testu SSNIP każdy towar znajduje się albo wewnątrz wyznaczonego rynku, albo poza nim. Test nie bierze pod uwagę, jak dobrymi substytutami pierwotnie ocenianego dobra są towary włączone do rynku (oczywiście poza tym, że wszystkie muszą być wystarczająco bliskie, aby dać pozytywny wynik testu). Nieistotne więc, czy istnieje produkt, który jest nieznacznie słabszym substytutem niż te włączone do rynku właściwego, ale nie został uwzględniony z powodu arbitralnego ustalenia parametrów testu. Trzeba pamiętać, iż stosowane zazwyczaj wartości wzrostu ceny (5 lub 10%) nie zostały ustalone empirycznie jako najlepiej kalibrujące test. Interesujące może się okazać wyznaczenie rynku właściwego za pomocą każdej z tych wartości, a następnie porównanie wyników. Jeżeli dwa warianty testu wskazują na różne zestawy towarów, wyniki powinno się analizować z najwyższą ostrożnością.

Test SSNIP wymieniono w Obwieszczeniu ws. rynku właściwego jako jedną z metod przydatnych podczas wyznaczania rynku właściwego. Omówiono również problemy związane z błędem celofanowym. Komisja często sięga po test SSNIP w toku postępowań.

⁶⁴ A. Jones, B. Surfin, *op. cit.*, s. 72.

⁶⁵ J. B. Baker, *op. cit.*, s. 148.

⁶⁶ D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge 2013, s. 37.

Był on zresztą stosowany długo przed pojawieniem się Obwieszczenia, np. w sprawie *Procter & Gamble/VP Schickedanz*⁶⁷.

Bardziej współczesne przykłady użycia testu SSNIP to sprawy *Oracle/Peoplesoft*⁶⁸ oraz *Unilever/Sara Lee*⁶⁹. Porównanie decyzji Komisji wydanych w tych dwóch sprawach pokazuje możliwe rozbieżności w metodologii stosowania omawianego testu. W postępowaniu w sprawie *Unilever/Sara Lee* przeprowadzono modelowanie popytu, a następnie na podstawie oszacowanego modelu wyliczono wartości niezbędne do przeprowadzenia testu. Z kolei w sprawie *Oracle/Peoplesoft* modelowania nie przeprowadzono, wnioskowanie oparto zaś na takich danych jak informacje o ofertach złożonych w przetargach. Użycie testu SSNIP zostało także zaaprobowane przez sądownictwo europejskie⁷⁰.

Na zakończenie rozważań o teście SSNIP warto zauważyć, iż nadaje się on do stosowania w innych celach niż ocena substytucyjności popytowej na potrzeby definicji asortymentowego rynku właściwego. Po pierwsze, bez modyfikacji istoty testu da się go użyć do wyznaczania rynku w wymiarze asortymentowym. Po drugie, może on służyć badaniu substytucji podażowej - przez analizę zachowania innych producentów w reakcji na podniesienie ceny, jak w bazowej wersji testu. Po trzecie wreszcie, stosuje się go do wyznaczania rynku właściwego po stronie zakupowej (wówczas należy skonstruować test jako pytanie o reakcje sprzedawców na obniżenie cen przez nabywców)⁷¹.

Metodą wyznaczania rynków właściwych opartą w pewnym sensie na założeniach testu SSNIP jest test straty krytycznej (ang. *critical loss*)⁷². Podejście to definiuje procentowy spadek ilości dóbr sprzedanych wynikły z nieprzemijającego niewielkiego podniesienia cen jako stratę rzeczywistą. Ponadto stratę krytyczną definiuje się jako maksymalny odsetek ilości sprzedanych dóbr, którego utrata nie powoduje utraty opłacalności podniesienia cen⁷³. Analiza za pomocą straty krytycznej dąży do rozszerzenia rynku właściwego w warunkach wysokich narzutów cenowych na podstawie argumentacji, że skoro marża jest wysoka, to każde zmniejszenie sprzedaży ma duży wpływ na zyski, więc hipotetyczny monopolista nie mógłby z korzyścią dla siebie podnieść ceny

⁶⁷ Decyzja Komisji z dnia 21 czerwca 1994 r. w sprawie IV/M.430, *Procter & Gamble/VP Schickedanz (II)*, opublikowana w Eur-Lex pod nr. 31994D0893, [za:] M. Sendrowicz, M. Szwaj (opr.), *Prawo konkurencji. Podstawowe pojęcia*, Warszawa 2007, s. 13.

⁶⁸ Decyzja Komisji z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie COMP/M.5658: *Unilever/Sara Lee*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 24.08.2014.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Wyrok Sądu z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie T-321/05, *AstraZeneca AB i AstraZeneca plc przeciwko Komisji*, opublikowany w Eur-Lex pod nr. 62005TJ0321.

⁷¹ A. Jones, B. Surfin, *op. cit.*, s. 72.

⁷² Podejście to zostało zaproponowane w artykule: B. C. Harris, J. J. Simmons, *Focusing market definition: how much substitution is necessary?*, „Research in Law and Economics” 1989, nr 12.

⁷³ M. L. Katz, C. Shapiro, *Critical loss: let's tell the whole story*, „Antitrust” 2003, nr wiosenny.

(a zatem krytyczna strata okazuje się niewielka). Zarazem jednak sugeruje się, iż wysokie marże mogą być stosowane przede wszystkim wtedy, gdy rzeczywista strata - w przyjętym wyżej rozumieniu - również będzie po podniesieniu cen niewielka.

Podejście to jest kontrowersyjne i szeroko krytykowane. Przedstawiona argumentacja opiera się na uproszczeniach i może prowadzić do błędnych wniosków⁷⁴. Ponadto wydaje się, że kiedy parametry funkcji popytu nie są znane, bezpieczniej wnioskować o substytucyjności za pomocą metod zaprezentowanych we wcześniejszych częściach niniejszego opracowania. Test straty krytycznej bazuje w zasadzie na wnioskowaniu o parametrach popytu z wysokości marży, co nie zawsze jest rozumowaniem uzasadnionym. Jeżeli zaś istnieją dane o parametrach funkcji popytu, nic nie stoi na przeszkodzie, by przeprowadzić test SSNIP w pełnej wersji. Test straty krytycznej będzie szczególnie niewłaściwy w przypadku tzw. rynków dwustronnych (inaczej: rynków z dwustronnymi preferencjami, ang. *two-sided markets*)⁷⁵.

Mimo wielu zarzutów test straty krytycznej bywa niekiedy wykorzystywany w postępowaniach z zakresu prawa konkurencji. W praktyce Komisji metodę tę zastosowano w decyzji w sprawie *Ineos/Kerling*⁷⁶. Ujawniły się wówczas trudności związane z wyliczeniem straty rzeczywistej. Dotyczyły one próby estymacji parametrów funkcji popytu, która nie przyniosła zadowalających efektów z powodu podlegania obu firm podobnym rodzajom szoków zewnętrznych⁷⁷. Z kolei próba użycia testu straty krytycznej w postępowaniu w sprawie *Lufthansa/SN Airholding*⁷⁸ zakończyła się niepowodzeniem ze względu na konieczność przyjęcia nierealistycznych założeń przy wyliczaniu straty krytycznej.

Inna metoda, którą można pomocniczo stosować w procesie wyznaczania rynku właściwego na podstawie substytucyjności popytu, to analiza korelacji cen dwóch potencjalnych substytutów na podstawie szeregów czasowych⁷⁹. Jeżeli współczynnik korelacji cen jest dodatni i wysoki, należy rozważyć włączenie danego towaru do rynku właściwego. Jako punktu odniesienia można użyć współczynnika korelacji dla dwóch produktów, które w sposób oczywisty stanowią substytuty (lub co do których zostało to udowodnione w inny sposób). Przeprowadzenie analizy korelacji nie zwalnia oczywiście z dokonania analizy charakterystyki produktów, ponieważ korelacja wiąże

⁷⁴ J. B. Baker, *op. cit.*, s. 157.

⁷⁵ A. Jones, B. Surfin, *op. cit.*, s. 70.

⁷⁶ Decyzja Komisji z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie COMP/M.4734: *Ineos/Kerling*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu.

⁷⁷ A. Amelio, D. Donath, *Market definition in recent EC merger investigations: The role of empirical analysis*, „Concurrences. Revue des droits de la concurrence” 2009, nr 3.

⁷⁸ Decyzja Komisji z dnia 22 czerwca 2009 r. w sprawie COMP/M.5335: *Lufthansa/SN Airholding*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu.

⁷⁹ I. Lianos, C. Genakos, *op. cit.*, s. 27.

się potencjalnie z wieloma czynnikami innymi niż substytucyjność, przykładowo wysoka inflacja zawyży współczynnik korelacji. Ponadto wysoka korelacja wynika niekiedy z użycia tych samych czynników produkcji (benzyna i asfalt ropy naftowej, a nie są przecież substytutami). Dodatkowo korelacja może wynikać ze wspólnych dla obu produktów przesunięć popytowych, niezwiązanych w żaden sposób z substytucyjnością⁸⁰. Jednocześnie brak korelacji uzasadnia podejrzenie braku substytucyjności⁸¹.

Kolejna metoda ilościowa mogąca znaleźć zastosowanie w procesie wyznaczania rynków właściwych to badanie stacjonarności⁸², polegające na obserwacji szeregu czasowego stosunku cen dwóch produktów. Stwierdzenie, że proces cen relatywnych jest stacjonarny, tzn. że parametry rozkładu stosunku cen nie zmieniają się w czasie, pozwala wnioskować o substytucyjności danych dwóch towarów. Stacjonarność da się też analizować w aspekcie przestrzennym - porównuje się parametry rozkładu między dwoma obszarami. Uwagi dotyczące analizy korelacji cen odnoszą się w znacznym zakresie również do badania stacjonarności.

Nie należy sądzić, iż wady dwóch omówionych powyżej metod nie pozwalają na ich zastosowanie przy delimitacji rynku właściwego. Po pierwsze, użycie prezentowanych narzędzi może być elementem szerszej analizy struktur popytowych dążącej do wyznaczenia elastyczności popytu. Po drugie, mogą być one brane pod uwagę pomocniczo, szczególnie po wykluczeniu istnienia czynników potencjalnie negatywnie wpływających na przejrzystość wniosków wynikających z zastosowania tych metod.

Analizy korelacji i stacjonarności nie są narzędziami często używanymi w krajowej praktyce stosowania prawa konkurencji. Istnienie korelacji poziomów cen było przedmiotem badania przez UOKiK w postępowaniu przeciwko PKN Orlen⁸³. Korelacja cen paliw na różnych stacjach zbadana w toku ustaleń faktycznych nie została jednak powołana przy określeniu rynku właściwego w aspekcie geograficznym.

Obwieszczenie ws. rynku właściwego wskazuje, że Komisja jest skłonna uwzględniać wyniki uzyskane na bazie zaprezentowanych metod. I rzeczywiście, zarówno analizę korelacji, jak i badanie stacjonarności stosowano wielokrotnie. Przykładem użycia obu tych narzędzi przy wyznaczaniu rynku właściwego są ustalenia poczynione przez Komisję w toku postępowania w sprawie *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*⁸⁴.

⁸⁰ J. B. Baker, *op. cit.*, s. 153.

⁸¹ I. Lianos, C. Genakos, *op. cit.*, s. 27.

⁸² *Ibidem*, s. 28.

⁸³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 stycznia 2008 r. w sprawie RWR-411-2/07/ZR, opublikowana w systemie https://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik2.php

⁸⁴ Decyzja Komisji z dnia 4 czerwca 2008 r. w sprawie COMP/M.4513: *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*, opublikowana w serwisie www.ec.europa.eu, dostęp: 23.08.2014.

Podejmując decyzję w tej sprawie, Komisja wykorzystwała analizę korelacji na potrzeby określenia rynku asortymentowego i geograficznego. Następnie dokonano badania stacjonarności przy użyciu modelu z trendem. Na aprobatę zasługuje wysoki poziom przeprowadzonej analizy ekonometrycznej. Komisja właściwie zidentyfikowała przedstawione wyżej problemy związane z badaniem korelacji i prawidłowo zastosowała analizę stacjonarności w celu potwierdzenia ustaleń. Użycie ekonometrycznych kryteriów informacyjnych przy specyfikacji modelu wsparło zdroworozsądkową argumentacją opartą na analizie wykresów. Inny przykład to decyzja w sprawie *Arsenal/DSP*⁸⁵. Analiza jakościowa jednoznacznie wskazywała, iż dla analizowanego towaru (kwasu benzoesowego) właściwym rynkiem geograficznym jest rynek europejski, w szczególności dlatego, że dostawcami na tym rynku były jedynie podmioty europejskie. Podmioty dokonujące koncentracji żądały jednak rozszerzenia rynku geograficznego - wskazywały na fakt, iż europejscy producenci eksportują znaczną część swoich produktów poza Europejski Obszar Gospodarczy. Komisja zastosowała analizę korelacji, aby wesprzeć wąskie zakreślenie rynku właściwego. I tak współczynnik korelacji cen europejskich i tych na rynku Ameryki Północnej wyniósł 0,53, podczas gdy współczynniki korelacji dla największych państw europejskich - od 0,94 do 0,96. Uzyskane wyniki wsparło analizą stacjonarności. Komisja sięgała po analizę korelacji i stacjonarności także w sprawach *Ineos/Kerling*⁸⁶ oraz *Votorantim/Fischer/JV*⁸⁷. W wielu przypadkach stosowano analizę korelacji z pominięciem badania stacjonarności - np. decyzje w sprawach *UPM/Myllykoski* i *Rhein Paper*⁸⁸, *ABF/GBI Business*⁸⁹ czy *Unilever/Sara Lee*⁹⁰.

Jeżeli chodzi o definiowanie właściwych rynków geograficznych, na uwagę zasługuje podejście Elzinga-Hogarty'ego⁹¹. Nie opiera się ono na substytucyjności popytu ani jednorodności konkurencji na danym obszarze. Zamiast tego proponuje się analizę dostaw produktu obejmowanego przez rynek właściwy. Rynek geograficzny definiuje się jako najmniejszy obszar, na którym odsetek dostaw tego towaru - zarówno pochodzących z zewnątrz, jak i skierowanych na zewnątrz - jest niewielki (zasugerowano, aby przyjąć poziom dostaw wewnątrz obszaru na poziomie 90%).

⁸⁵ Decyzja Komisji z dnia 9 stycznia 2009 r. w sprawie COMP/M.515: *Arsenal/DSP*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 1.07.2014.

⁸⁶ Decyzja Komisji z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie COMP/M.4734: *Ineos/Kerling*, *op. cit.*

⁸⁷ Decyzja Komisji z dnia 4 maja 2011 r. w sprawie COMP/M.5907: *Votorantim/Fischer/JV*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 24.08.2014.

⁸⁸ Decyzja Komisji z dnia 13 lipca 2011 r. w sprawie COMP/M.6101: *UPM/Myllykoski and Rhein Paper*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 24.08.2014.

⁸⁹ Decyzja Komisji z dnia 23 września 2008 r. w sprawie COMP/M.4980: *ABF/GBI Business*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 24.08.2014.

⁹⁰ Decyzja Komisji z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie COMP/M.5658, *op. cit.*

⁹¹ K. G. Elzinga, T. F. Hogarty, *The problem of geographic market definition in antimerger suits*, „Antitrust Bulletin” 1973, [za:] J. B. Baker, *op. cit.*, s. 153.

Słabość tego podejścia tkwi w koncentracji przy aktualnym stanie cen - nie bierze się tu pod uwagę wzorców zachowań nabywców w przypadku zmiany cen. Test nie zdobył popularności w europejskiej praktyce stosowania prawa konkurencji. Powszechnie używano go Stanach Zjednoczonych w latach 90. (w szczególności przy fuzjach placówek służby zdrowia), jednak ze względu na krytyczne opinie doktryny sięga się po niego coraz rzadziej⁹².

Na zakończenie rozważań dotyczących rynku właściwego warto wskazać elementy, które należy objąć prawidłową definicją rynku. Każdy z nich trzeba uwzględnić w całym toku badania zakresu rynku właściwego, pomijanie któregośkolwiek z aspektów grozi bowiem zaciemnieniem analizy. Po pierwsze, definicja powinna oczywiście zawierać konkretny zestaw towarów lub usług. Po drugie, zawsze konieczne jest określenie geograficznego rynku właściwego. Po trzecie, trzeba wskazać, czy chodzi o rynek zakupów, czy też o rynek sprzedaży. Pomijanie tego elementu prowadzi potencjalnie do przypisania niewłaściwego znaczenia odpowiednio argumentom opartym na substytucyjności podaży i na substytucyjności popytu. Niezbędne okazuje się wreszcie - w każdym przypadku - określenie, o jaki poziom rynku chodzi (rynek hurtowy, detaliczny itd.). Dla dokładnego tego samego produktu substytucyjność może być bowiem różna na różnych poziomach rynku, dlatego element ten powinien być każdorazowo uwzględniany. Kiedy to konieczne, należy również odnieść się do aspektu czasowego rynku właściwego. Dopiero definicja rynku właściwego zawierająca wszystkie wymienione elementy jest pełna i daje podstawy do dalszej analizy.

⁹² H. E. Frech III, J. Langenfeld, R. F. McCluer, *Elzinga-Hogarty tests and alternative approaches for market share calculations in hospital markets*, „Antitrust Law Journal” 2004, nr 3.

ROZDZIAŁ 3. SIŁA RYNKOWA

3.1. Podstawy ekonomiczne

Aby udzielić pełnych odpowiedzi na pytania, czy, dlaczego i w jaki sposób brać pod uwagę siłę rynkową przedsiębiorstwa w ramach postępowań związanych z prawem konkurencji, należy zrobić krótkie wprowadzenie ekonomiczne.

Najszerzej rozumiana siła rynkowa podmiotu obecnego na rynku to możliwość jednostronnego wpłynięcia na cenę, czy to przez dostawcę, czy to przez nabywcę⁹³. Na rynku doskonale konkurencyjnym zarówno dostawcy, jak i nabywcy są cenobiorcami, tzn. nie mają indywidualnego wpływu na wynikową cenę rynkową. Oznacza to, że sprzedawcy wybierają jedynie dostarczaną ilość dóbr. Z kolei na rynku zmonopolizowanym przez jedną firmę może ona jednostronnie ustalić cenę, od której będzie zależała ilość dóbr kupiona przez nabywców. Innymi słowy: monopolista przez wybór dostarczanej ilości (a więc pośrednio ceny) wybiera miejsce na opadającej rynkowej krzywej popytu, maksymalizując swoje zyski. Po drugiej stronie spektrum przedsiębiorca działający w warunkach konkurencji doskonałej stoi przed wyborem miejsca na rynkowej krzywej popytu - mającej w tym przypadku charakter płaski, co odpowiada temu, iż przedsiębiorca nie ma żadnego indywidualnego wpływu na cenę obowiązującą w transakcjach dokonywanych na rynku.

Skoro więc siła rynkowa jest miarą indywidualnego wpływu podmiotu na cenę, po której sprzeda on swoje dobra, jest to zarazem miara odstępstwa od modelu konkurencji doskonałej. Ceny obecne na rynku w konkurencji doskonałej stanowią pewnego rodzaju wzorzec, ponieważ maksymalizują dobrobyt społeczny, wyrażony w kategoriach nadwyżki całkowitej (tj. sumy nadwyżki producenta i nadwyżki konsumenta). W modelu konkurencji doskonałej cena rynkowa jest równa krańcowemu kosztowi wytworzenia dobra. Każde odstępstwo od tej ceny przekłada się na zmniejszenie dobrobytu społecznego, ponieważ oprócz przesunięcia w zakresie nadwyżki całkowitej (z nadwyżki konsumenta do nadwyżki producenta) indukuje tzw. zbędną stratę społeczną (ang. *deadweight loss*).

Dodatkowo trzeba stwierdzić, że maksymalizujące użyteczność przedsiębiorstwo dysponujące siłą rynkową z pewnością ją wykorzysta - wyceni swoje produkty tak, aby zmaksymalizować własne zyski. Jeżeli zatem można powiedzieć, że istnienie siły rynkowej prowadzi do zmniejszenia ogólnego dobrobytu, należy postulować,

⁹³ R. S. Pindyck, D. L. Rubinfeld, *Microeconomics*, Upper Saddle River 2009.

aby system prawny regulujący warunki działania w gospodarce rynkowej (dalekiej przecież od modelu konkurencji doskonałej) zajmował się tym zagadnieniem.

3.1.1. Model monopolu

Na przykładzie monopolu można pokazać, od czego zależy siła rynkowa firmy. Monopolista maksymalizuje swój zysk, produkując taką ilość danego dobra, dla której krańcowy zysk jest zerowy, a zatem krańcowy koszt równa się krańcowemu utargowi. Krańcowy utarg to suma czynnika bezpośredniego (czyli ceny, ponieważ za każdą kolejną sprzedaną jednostkę dobra firma otrzymuje zapłatę) i czynnika pośredniego - wyniku tego, iż wyprodukowanie każdego kolejnego dobra spowoduje spadek ceny. Warunek maksymalizacji zysku monopolisty da się więc przedstawić następująco:

$$P(Q^m) + Q^m \frac{dP(Q^m)}{dQ} = MC(Q^m),$$

gdzie Q^m - ilość równowagi dla monopolisty.

Po przekształceniu otrzymuje się:

$$P(Q^m) \times \left(1 + \frac{dP(Q^m)}{dQ} \frac{Q^m}{P(Q^m)} \right) = MC(Q^m).$$

Jak widać, wyraz dodawany w nawiasie do jedności stanowi odwrotność punktowej elastyczności popytu dla miejsca na krzywej popytu, które maksymalizuje zysk monopolisty. Elastyczność cenowa stanowi miarę procentowej zmiany popytu w reakcji na procentową zmianę ceny⁹⁴. Elastyczność cenowa popytu jest dla dóbr normalnych ujemna, jednak przyjęło się podawać wartość dodatnią. Dlatego też przez odwrócenie znaku można dokonać następujących przekształceń:

$$P(Q^m) \times \left(1 - \frac{1}{\varepsilon} \right) = MC(Q^m)$$

$$\frac{P(Q^m) - MC(Q^m)}{P(Q^m)} = \frac{1}{\varepsilon}.$$

⁹⁴ Ogólne uwagi na temat elastyczności por. rozdział o rynku właściwym.

3.1.2. Indeks Lerner

Jak wynika z przedstawionego równania, elastyczność cenowa popytu wpływa bezpośrednio na stopień odstępstwa od ustalenia ceny na poziomie kosztu krańcowego, do którego skłonny będzie przedsiębiorca (w tym wypadku - monopolista). Lewą stroną powyższego równania, wskazującą na stopień wspomnianego odstępstwa, jest indeks Lerner:

$$L = \frac{P - MC}{P}.$$

Indeks ten, zaproponowany w 1934 r., to powszechnie przyjmowana miara siły rynkowej. Zgodnie z intencją twórcy jest ona wzorcem dla oceny odstępstwa od społecznego optimum osiąganego w doskonałej konkurencji⁹⁵. Paradoksalnie, Lerner dostrzegał główną rolę indeksu w urzeczywistnianiu dobrobytu społecznego w ramach gospodarki centralnie sterowanej, ponieważ to właśnie teorii gospodarki socjalistycznej autor poświęcił znaczną część swoich prac⁹⁶.

Warto zaobserwować, jak wartość indeksu Lerner wpływa na zbędną stratę społeczną w modelu monopolu. Jeżeli dP i dQ to odpowiednie odchylenia ceny i ilości od cen i ilości z konkurencji doskonałej, to zbędna strata społeczna wynosi:

$$DWL = \frac{1}{2} dP dQ,$$

gdzie DWL - zbędna strata społeczna (*deadweight loss*).

Przez przekształcenie powyższego wyrażenia można uzyskać⁹⁷:

$$DWL = \frac{1}{2} dP dQ \left(\frac{dP}{dP} \right) \left(\frac{P}{P} \right) \left(\frac{Q}{Q} \right) \left(\frac{P}{P} \right)$$

$$DWL = \frac{1}{2} R \varepsilon L^2 = \frac{1}{2} RL.$$

Dla danej funkcji popytu zbędna strata społeczna rośnie wraz ze wzrostem indeksu Lerner. Należy mieć jednak na uwadze, że im większa elastyczność popytu, tym mniejszy indeks dla firmy maksymalizującej zyski.

⁹⁵ K. G. Elzinga, D. E. Mills, *The Lerner index of monopoly power: origins and uses*, „American Economic Review” 2011, nr 3.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 562.

⁹⁷ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 38.

Podstawową wadę omawianego indeksu jako miary siły rynkowej stanowi fakt, iż nie uwzględnia on wielu czynników obecnych w modelach gospodarki innych niż najprostsze przykłady monopolu czy konkurencji doskonałej. Rosnące korzyści skali są czynnikiem, który nie pozwala na pełne opisanie odejścia od ustalania ceny na poziomie kosztu krańcowego⁹⁸. Podobnie rzecz ma się w przypadku konieczności pokrycia kosztów stałych. Indeks Lerner mierzy więc odchylenia od sztucznego wzorca, czyli konkurencji doskonałej, a nie od konkurencyjnego stanu równowagi rzeczywiście osiągalnego w danych warunkach rynkowych⁹⁹.

Jak wskazano wyżej, wartość indeksu Lerner dla monopolu zależy od elastyczności cenowej popytu. Nie inaczej jest w przypadku innych form rynków (choć w wielu sytuacjach ta elastyczność to niejedyny czynnik wpływający na wartość indeksu). Skoro więc elastyczność tak mocno wiąże się z siłą rynkową przedsiębiorstwa, warto na chwilę zatrzymać się nad jedną z jej głównych charakterystyk, a mianowicie nad kwestią rozwoju w czasie.

Nie ulega wątpliwości, że długookresowa elastyczność cenowa popytu jest wyższa niż ta, którą można zaobserwować w krótkim okresie. Na taki stan rzeczy wpływa wiele czynników.

Po pierwsze, reakcja konsumentów nie musi być natychmiastowa - ze względu na konieczność poniesienia kosztów związanych z przestawieniem się na zaspokajanie określonej potrzeby za pomocą innego dobra niestanowiącego perfekcyjnego substytutu¹⁰⁰. Przykładowo: kiedy ceny benzyny wzrosną w stosunku do cen oleju napędowego, konsumenci nie od razu przeniosą konsumpcję na olej, ponieważ korzystanie z niego wymaga nabycia samochodu z silnikiem Diesla. Jeżeli jednak sytuacja utrzyma się długookresowo, wpływ na substytucję okaże się z pewnością znaczny. Po drugie, w długim okresie potencjalna konkurencja ma szansę stać się konkurencją rzeczywistą. Trwałe utrzymywanie się zyskowności na danym rynku może przekonać podmioty pozostające poza nim do pokonania barier i wejścia na ten rynek - a każde wejście przekłada się na zwiększenie elastyczności popytu postrzeganego przez każdego z uczestników rynku¹⁰¹. Po trzecie wreszcie, pojawienie się nowych technologii pozwalających zaspokajać te same potrzeby potencjalnie zwiększa - w długim okresie - skłonność nabywców do silnego reagowania na zmiany cen konkretnego dobra¹⁰².

⁹⁸ K. G. Elzinga, D. E. Mills, *op. cit.*, s. 559.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 560.

¹⁰⁰ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 37.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

3.1.3. Definicja siły rynkowej

Po omówieniu podstawowych koncepcji ekonomicznych związanych z siłą rynkową warto ponownie pochylić się nad definicją tego pojęcia. Jak już wspomniano, siłę rynkową da się najprościej określić jako możliwość jednostronnego wpływania na cenę przez konkretny podmiot obecny na rynku. Jest to jednak definicja uproszczona i ogólnikowa. Odnosząc się, podobnie jak Lerner, do wzorca, czyli do konkurencji doskonałej, można zdefiniować siłę rynkową jako zdolność firmy do zyskowego podniesienia ceny dobra powyżej kosztu krańcowego jego wytworzenia¹⁰³.

Jak jednak wskazano, nie sposób uważać konkurencję doskonałą za dobry punkt odniesienia dla realnych warunków konkurencji rynkowej. W części przypadków odstępstwo od wyceny w koszcie krańcowym będzie niezbędnym warunkiem prowadzenia wymiany z udziałem danego dobra, a wtedy trudno mówić o stracie społecznej. Dlatego też w definicji siły rynkowej powinno zostać ujęte raczej odstępstwo od ceny, jaka ukształtowałaby się w określonych warunkach zewnętrznych przy zachowaniu pełnej konkurencji. Ponadto wydaje się, że definicja siły rynkowej winna odnosić się do aspektu czasowego - jak bowiem wykazano powyżej, w krótkim okresie podniesienie cen bywa dla podmiotu dużo zyskowniejsze niż w okresie długim. Dlatego też w literaturze przedmiotu proponuje się definiowanie siły rynkowej jako zdolności firmy lub grupy firm do zyskowego podniesienia cen powyżej poziomu konkurencyjnego (ang. *competitive level*) i utrzymania ich na podniesionym poziomie przez dłuższy czas¹⁰⁴. Definicja ta zwraca uwagę na dodatkowy element: możliwość posiadania kolektywnej siły rynkowej.

Zaproponowano też definicję siły rynkowej odnoszącą się nie do zyskowności (tj. do powiększenia różnicy między całkowitym utargiem a całkowitymi kosztami w wyniku podwyżki ceny), lecz do samej wartości utargu. W tym ujęciu siła rynkowa miałaby być zdolnością do podniesienia i utrzymania cen bez spadku całkowitej wartości sprzedaży¹⁰⁵.

Przywołane definicje spotkały się w literaturze przedmiotu z krytyką ze względu na fakt, że w rzeczywistych (a nie modelowych) warunkach każda z nich jest spełniona dla w zasadzie każdej firmy, ponieważ nie zdarza się, aby popyt był z perspektywy dostawców doskonale elastyczny¹⁰⁶. Ponadto wskazywano, iż jedynym krótkookresowym wyznacznikiem konkurencyjnego poziomu cen bywa koszt krańcowy, więc odejście od tego pojęcia w definicji siły rynkowej niczego

¹⁰³ *Ibidem*, s. 29.

¹⁰⁴ American Bar Association - Section of Antitrust Law, *Market Power Handbook. Competition Law and Economic Foundations*, Chicago 2005, s. 1.

¹⁰⁵ P. Areeda, D. Turner, *Antitrust Law*, Nowy Jork 1978, s. 322, [za:] G. A. Hay, *Market Power in Antitrust*, „Antitrust Law Journal” 1991-92, nr 3.

¹⁰⁶ G. A. Hay, *Market power in antitrust*, „Antitrust Law Journal” 1991-92, nr 3, s. 813.

tak naprawdę nie zmienia. Zgodnie z powyższymi definicjami może się zdarzyć, że podmiot mający siłę rynkową i tak notuje straty, ponieważ cena nie pokrywa kosztu średniego. Dlatego zaproponowano zdefiniowanie siły rynkowej jako zdolności do podniesienia i utrzymania przez dłuższy okres cen znacznie powyżej poziomu konkurencyjnego, co wiąże się z osiąganiem z tego tytułu ponadnormalnych zysków ekonomicznych¹⁰⁷. Definicja taka wydaje się jednak nieoperatywna, ponieważ zyski mogą być wydawane na ochronę przed konkurencją ze strony innych podmiotów obecnych na rynku. Innymi słowy, nawet w przypadku braku zysków na ponadnormalnym ekonomicznym poziomie nie da się wykluczyć występowania siły rynkowej, a brak zysku nie powinien uniemożliwiać jej stwierdzenia¹⁰⁸.

Mikroekonomia zajmuje się również źródłami siły rynkowej. Ich zrozumienie jest kluczowe także w kontekście praktyki oznaczania siły rynkowej w realnych warunkach, ponieważ samej siły rynkowej - w rozumieniu przedstawionym powyżej - nie da się zaobserwować i zmierzyć bądź jest to niezmiernie trudne. W takiej sytuacji istnienie obserwowalnych czynników, które warunkują powstanie siły rynkowej, może być decydujące dla stwierdzenia jej obecności lub braku.

Podstawowym źródłem siły rynkowej wśród podmiotów aktywnych na danym rynku jest istnienie barier wejścia na ten rynek. Jeżeli sprzedaż konkretnych dóbr może przynosić ekonomiczne zyski, to wolno założyć, że przyciągnie to nowe podmioty zainteresowane ich dostarczaniem. Firmy te będą skłonne przenieść czynniki produkcyjne z wytwarzania innych rodzajów dóbr. W dłuższym okresie wzrost liczby firm przełoży się na zmniejszenie siły rynkowej dostawców obecnych na tym rynku, co (w ujęciu modelowym) sprowadzi ceny do poziomu kosztów krańcowych¹⁰⁹. Inaczej może się zdarzyć w przypadku, gdy wejście na rynek jest kosztowne. Wtedy - nawet jeżeli sprzedaż dóbr na danym rynku przynosi ekonomiczne zyski - wejście nie musi się okazać opłacalne. Stanie się tak, jeżeli oczekiwane zyski po wejściu (biorąc pod uwagę konieczność pokonania barier wejścia) będą ujemne.

3.1.4. Bariery wejścia

Bariery wejścia na rynek mają różnorodny charakter. Źródło ich istnienia nie musi mieć charakteru egzogenicznego - firmy aktualnie obecne na rynku i korzystające z możliwości osiągania zysków będą starały się zniechęcać podmioty zewnętrzne przez tworzenie barier. Nie ma potrzeby kompleksowego omawiania rodzajów barier wejścia, warto jednak zwrócić uwagę na kilka z nich.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 814.

¹⁰⁸ American Bar Association - Section of Antitrust Law, *op. cit.*, s. 5.

¹⁰⁹ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 114.

Charakterystycznym rodzajem barier wejścia są rosnące korzyści skali. W przypadku ich istnienia wartość średnich kosztów maleje wraz ze wzrostem ilości dostarczanych dóbr. Wskutek tego podmioty już aktywne na rynku i mające w nim określony udział (a w konsekwencji - sprzedające ilość dóbr pozwalającą korzystać ze skali) mogą notować zyski. Zarazem rosnące korzyści skali w dwojaki sposób zniechęcają potencjalnych konkurentów od wejścia na rynek. Po pierwsze, w każdym przypadku wejście przyczyni się do spadku cen. Po drugie, wejście na niewielką skalę sprawi, że podmiot będzie ponosił wysokie średnie koszty produkcji, co potencjalnie prowadzi nawet do strat (również wtedy, gdy podmioty działające na większą skalę notują ekonomiczne zyski)¹¹⁰.

Wysoka specjalizacja technologii produkcji na danym rynku może wywoływać konieczność ponoszenia kosztów utopionych, tj. takich, których nie da się odzyskać w razie wyjścia z rynku. Istnienie takich kosztów może się wiązać z istnieniem rosnących korzyści skali - jeżeli są to koszty stałe¹¹¹.

Do tej pory omawiano pojęcie siły rynkowej w odniesieniu do dwóch najprostszych modeli mikroekonomicznych: konkurencji doskonałej i monopolu. Oba te modele opierają się na założeniach nierealistycznych z perspektywy praktycznych zastosowań. Warto więc sprawdzić, jak kształtuje się siła rynkowa firm w modelach biorących pod uwagę zróżnicowanie wielkości dostawców. Pozwoli to zrozumieć, skąd bierze się teza, iż struktura rynku i udziały obecnych na nim firm są istotne w kontekście oceny siły rynkowej.

3.1.5. Model przywództwa cenowego

Interesujący przykład modelu bardziej odpowiadającego rzeczywistości stanowi model przywództwa cenowego (czy też model firmy dominującej, ang. *dominant firm model*). Zakłada on istnienie jednej firmy o na tyle znacznym udziale w rynku, że może ona ustalać ceny. Istnienie firmy dominującej może wynikać ze znacznej przewagi kosztowej bądź - w przypadku dóbr niehomogenicznych - z dostarczania przez tę firmę lepszych produktów¹¹².

Poza firmą dominującą na rynku istnieje wiele małych podmiotów, czyli firm konkurencyjnego skraju (ang. *competitive fringe*). Zakłada się, że żadna z nich nie posiada siły rynkowej - działają na rynku jako cenobiorcy, sumarycznie mają

¹¹⁰ *Ibidem*, s. 118.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 118.

¹¹² *Ibidem*, s. 124.

jednak określony udział w rynku. Wskazuje się, iż w takim modelu indeks Lnera dla firmy dominującej jest równoważny¹¹³:

$$L = \frac{s_d}{\varepsilon_s^f s_f + \varepsilon}$$

gdzie s^d - udział rynkowy firmy dominującej, ε_s^f - elastyczność cenowa podaży firm konkurencyjnego skraju.

Jak widać, oprócz elastyczności cenowej popytu na siłę rynkową firmy dominującej mierzoną indeksem Lnera wpływa elastyczność podaży firm konkurencyjnego skraju. Przede wszystkim jednak daje się zauważyć, że w tym modelu siła rynkowa firmy dominującej zależy, *ceteris paribus*, od jej udziału w rynku, co najwyraźniej potwierdza tezę o wpływie wielkości udziałów rynkowych na siłę rynkową przedsiębiorstw.

3.2. Pojęcie siły rynkowej w regulacjach prawnych

Po wyjaśnieniu podstawowych zagadnień ekonomicznych związanych z pojęciem siły rynkowej warto przyrzeć się temu, w jaki sposób kategorie mikroekonomiczne przekładają się na siatkę pojęciową prawa konkurencji.

Na wstępie trzeba zaznaczyć, że samo określenie posiadania przez podmiot siły rynkowej nie jest zasadniczym celem postępowań antymonopolowych¹¹⁴. Cel ten stanowi bowiem albo zbadanie, czy określone zachowanie podmiotów umożliwiające przez posiadanie siły rynkowej stoi w sprzeczności z zasadami konkurencji, albo sprawdzenie, czy dane zachowanie przedsiębiorców tworzy lub zwiększa ich siłę rynkową. W drugim przypadku zainteresowanie ustawodawcy wynika z założenia, że jeżeli podmiot rynkowy nabywa siłę rynkową, to będzie w przyszłości skłonny wykorzystać ją do działań niekorzystnych dla dobrobytu społecznego. W postępowaniach prowadzonych w drugim z wymienionych celów pojęcie siły rynkowej ma zdecydowanie większe znaczenie, ponieważ narzędzia zastosowane do analizy jej powstania lub zmiany jej zakresu bezpośrednio wpływają na wynik postępowania. W pozostałych sytuacjach ocena siły rynkowej przedsiębiorstw również bywa niezbędną, ale stoi niejako obok innych elementów podlegających badaniu (w szczególności - antykonkurencyjności zachowania).

Zgodnie z powyższym siła rynkowa jest pojęciem szczególnie istotnym w kontekście kontroli koncentracji. W tej dziedzinie rola oceny siły rynkowej wydaje się największa spośród wszystkich trzech podstawowych obszarów zainteresowania

¹¹³ *Ibidem*, s. 126.

¹¹⁴ P. Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge 2008, s. 15.

prawa antymonopolowego w Polsce i UE¹¹⁵. W świetle omówionego już pokrótce Rozporządzenia Rady ws. kontroli koncentracji przedsiębiorstw ocena koncentracji wymaga uwzględnienia siły ekonomicznej i finansowej zainteresowanych podmiotów. Jak wyjaśniają Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw¹¹⁶ – wydane na podstawie tego rozporządzenia – kontrolę koncentracji prowadzi się w celu zapobiegania pozbawieniu klientów korzyści płynących ze skutecznej konkurencji. Ograniczenie tych korzyści może wynikać ze znacznego wzmocnienia siły rynkowej przedsiębiorstw. Definicja wzmocnionej siły rynkowej zawarta we wspomnianych wytycznych obejmuje zdolność przedsiębiorstwa lub ich grupy do opłacalnego podniesienia cen, redukcji produkcji, obniżenia jakości bądź zmniejszenia wyboru produktów czy usług, redukowania innowacyjności albo wpływania innymi sposobami na parametry konkurencji.

Jak widać, pod względem istoty definicja ta pokrywa się z przedstawioną wcześniej definicją z zakresu mikroekonomii. Zasadnicza różnica polega na objęciu zakresem definicji zachowań innych niż podniesienie cen. Wiąże się to z faktem, iż modele ekonomiczne nie są w stanie ująć takich kategorii jak zmniejszenie innowacyjności. Można jednak domniemywać, że przedsiębiorstwo dysponujące siłą rynkową ma szansę wpływać również na inne niż cena parametry wymiany handlowej prowadzonej na rynku – także na te niewynikające z uproszczonych modeli mikroekonomicznych. Warto zauważyć, iż powyższa definicja nie uwzględnia elementu trwałości w odniesieniu do opłacalności podniesienia cen. Ponadto definicja przyjęta w omawianych wytycznych nie wskazuje wzorca, do którego należy porównać ceny po aktualnej podwyżce (w przypadku definicji ekonomicznych jest nim zazwyczaj krańcowy koszt wytworzenia), a to ze względu na fakt, że definicja ta odnosi się do wzmocnionej siły rynkowej. Punktem odniesienia będzie więc w ramach tej definicji stan przed dokonaniem koncentracji.

Rozszerzenie definicji zbliża ją do proponowanej w literaturze przedmiotu definicji siły ekonomicznej, która miałaby być zdolnością podmiotów do wywołania zamierzonych efektów ekonomicznych dotyczących inne podmioty¹¹⁷. Rozróżnienie siły rynkowej i siły ekonomicznej nie jest jednak powszechnie przyjęte.

Jak wskazano we wcześniejszych wywodach, zastosowanie regulacji dotyczących nadużywania pozycji dominującej w postępowaniach z zakresu prawa konkurencji wiąże się z koniecznością wykazania istnienia samej pozycji dominującej. Jeśli chodzi o prawo unijne, TSUE definiował pozycję dominującą jako pozycję ekonomiczną

¹¹⁵ Odnosnie do ogólnych uwag dotyczących polskiego i europejskiego prawa konkurencji zob. rozdz. 1.

¹¹⁶ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dziennik Urzędowy 2004/C 31.

¹¹⁷ W. C. Peterson, *Market Power and the Economy*, Boston 1988.

siły przedsiębiorstwa pozwalającą mu zapobiegać zachowaniu skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez umożliwienie działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, klientów i konsumentów. Oznacza to posiadanie przez przedsiębiorstwo znaczącego wpływu na warunki, w jakich będzie kształtować się konkurencja, a przynajmniej - możliwości niezważania na konkurencję bez niekorzystnego wpływu na przedsiębiorstwo¹¹⁸.

Interesujące rozwinięcie powyższej definicji zawierają wytyczne Komisji dotyczące stosowania art. 82 TWE (obecnie art. 102 TfUE)¹¹⁹. Odnoszą one bowiem pozycję dominującą do władzy rynkowej (w polskiej wersji językowej; chodzi tu o siłę rynkową, wersja angielska posługuje się terminem *market power*, a niemiecka - *Marktmacht*). Zgodnie z wytycznymi Komisja będzie więc ustalać zakres władzy rynkowej przedsiębiorstwa, ponieważ dominacja wynika z władzy rynkowej związanej z niedostatecznym zakresem presji konkurencyjnej. Jeżeli okaże się, że dane przedsiębiorstwo przez „wystarczająco długi czas” utrzymuje zdolność do opłacalnego podniesienia cen ponad poziom konkurencyjny, będzie to oznaczać, iż presja konkurencyjna otoczenia wywierana na ten podmiot nie jest dostatecznie silna. Zdaniem Komisji takie przedsiębiorstwo zazwyczaj można uznać za dominujące.

Łatwo zauważyć, że tezy postawione w wytycznych w zasadzie zrównują zakres pojęcia pozycji dominującej z posiadaniem przez przedsiębiorstwo pewnego zakresu siły rynkowej. Z kolei rozumienie siły rynkowej wyrażone w tym dokumencie jest bardzo zbliżone do znaczenia ekonomicznego. Zawiera ono element zdolności do podwyższenia cen - w odniesieniu do wzorca, którym są ceny „na poziomie konkurencyjnym”. Wymaga się również elementu trwałości, nieobecnego w definicji przytoczonej odnośnie do kontroli koncentracji, oraz opłacalności podwyżki cen.

O zbliżeniu oceny dominacji do koncepcji ekonomicznych związanych z siłą rynkową świadczą ponadto wywody na temat presji konkurencyjnej, której niedobór może prowadzić do stwierdzenia istnienia pozycji dominującej. Komisja zwraca uwagę na istnienie alternatywnych dostawców towarów oraz ich pozycję na rynku. Istnienie takich podmiotów, w szczególności jeżeli ich udział w rynku jest większy niż znikomy, doprowadzi do zwiększenia elastyczności popytu postrzeganego przez potencjalnego dominanta. Zwraca się także uwagę na realne zagrożenie ekspansją aktualnych konkurentów lub wejściem na rynek podmiotów

¹¹⁸ Wyrok ETS z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76: *Hoffman La-Roche przeciwko Komisji*, opublikowany w Eur-Lex pod nr. 61976J0085; wyrok ETS z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76: *United Brands przeciwko Komisji*, Eur-Lex, poz. 61976CJ0027.

¹¹⁹ Komunikat Komisji - wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dziennik Urzędowy UE C45/7.

aktualnie na nim nieobecnych. Jak wskazano powyżej, istnienie barier wejścia, a więc zmniejszone prawdopodobieństwo wejścia potencjalnych konkurentów na rynek, to główne źródło siły rynkowej w rozumieniu ekonomicznym.

Można przyjąć, że powyższe uwagi odnoszą się również do rozumienia pojęcia pozycji dominującej¹²⁰. Pojęcie to zostało zdefiniowane w u.o.k.k. w sposób w pełni zgodny z definicją wynikającą z orzecznictwa TSUE, już omawianą w niniejszej pracy¹²¹. Jej interpretacja powinna odbywać się w sposób analogiczny do interpretacji na gruncie prawa UE, a to ze względu na zasadę wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym, wynikającą z orzecznictwa TSUE. Warto zauważyć, iż przywołane wytyczne Komisji cytowane są również w literaturze dotyczącej definicji pozycji dominującej w prawie krajowym¹²².

3.3. Strukturalne podejście do pomiaru siły rynkowej

Najbardziej tradycyjnym miernikiem siły rynkowej przedsiębiorstwa jest jego udział w rynku właściwym. Stosowanie tej miary wynika z intuicji, że im większy udział przedsiębiorstwa w rynku, tym większy jego wpływ na warunki wymiany handlowej. Wydaje się, iż większy udział w rynku oznacza też mniejszą presję konkurencyjną ze strony innych podmiotów rynkowych.

Źródłem, z którego wypływają powyższe przekonania, są podstawowe modele mikroekonomiczne. Po pierwsze, w tradycyjnym modelu monopolu, wprowadzonym w latach 30. XX w., monopolista jest podmiotem, od którego - jako jedyne - zależy cena. Monopolista, jako podmiot posiadający stuprocentowy udział w rynku, może ustalić cenę na poziomie przekraczającym koszt krańcowy, czyli przejąć część nadwyżki konsumenta i spowodować powstanie zbędnej straty społecznej. Krzywa popytu postrzegana przez monopolistę jest równoważna rynkowej krzywej popytu, ponieważ stanowi on jedyny podmiot zaopatrujący odbiorców w dane dobro.

Dowodów na poparcie tezy o wpływie udziału rynkowego na poziom siły rynkowej danej firmy dostarcza również model przywództwa cenowego, pokrótce omówiony powyżej. Wyraźnie wskazuje on na zwiększenie siły rynkowej przedsiębiorstwa w przypadku spadku resztowego udziału rynkowego firm konkurencyjnego skraju. Podobne wnioski płyną z Cournotowskiego modelu oligopolu, o którym będzie mowa poniżej, we fragmencie poświęconym problemowi koncentracji rynku.

¹²⁰ Odnośnie do krajowej definicji pozycji dominującej *vide* uwagi w rozdz. 1.

¹²¹ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumenta. Komentarz do art. 4*, Warszawa 2009, pkt 138.

¹²² *Ibidem*, pkt 150.

Niestety, z analizą siły rynkowej przez pryzmat udziałów firm w rynku wiąże się wiele problemów. Wspomniane modele w czystej postaci mają bowiem charakter statyczny. Ignorują możliwość wejścia na rynek podmiotów aktualnie w nim nieuczestniczących, a więc konkurencję o charakterze potencjalnym. Udział rynkowy może być dobrym wyznacznikiem siły rynkowej jedynie w przypadku istnienia barier wejścia. Zgodnie z modelami, w których liczba firm na rynku jest endogeniczna i zależy od potencjału osiągania zysku na danym rynku, znaczny udział rynkowy firm to konsekwencja warunków wejścia i agresywnych strategii firm, a nie wyraz siły rynkowej. Dlatego też w literaturze wskazuje się, że brakuje podstaw do wnioskowania o sile rynkowej z informacji o udziałach firm, jeśli wcześniej nie wykazano istnienia znacznych barier wejścia na rynek¹²³.

Rzeczywisty związek udziału rynkowego z siłą rynkową zależy od stopnia homogeniczności dóbr składających się na rynek właściwy. Gdy rynek asortymentowy zakreślony jest bardzo wąsko, nie stanowi to problemu. Trudności pojawiają się wtedy, kiedy na rynek właściwy składają się produkty o niepełnej substytucyjności. W takim przypadku efektywność oceny siły rynkowej za pomocą udziałów dotknięta jest skutkami błędu binarnego, opisanego przy okazji omawiania technik delimitacji rynku właściwego. Błąd ten sprawia, że informacje dotyczące konkurencji produktów znajdujących się na „krańcu” rynku właściwego z produktami znajdującymi się bezpośrednio poza nim nie są w żaden sposób ujęte w udziałach rynkowych¹²⁴. Ponadto substytucja nie zawsze jest dwukierunkowa i przechodnia, co może prowadzić do mylnych wniosków, wyciąganych z wielkości udziałów w szerzej zakreślonym rynku właściwym¹²⁵.

W przypadku rynku właściwego obejmującego dobra zróżnicowane pojawia się pytanie, w jaki sposób obliczyć udział rynkowy przedsiębiorstwa. Dwie podstawowe możliwości to obliczenie udziału na podstawie wartości utargu lub na podstawie ilości sprzedanych dóbr. Obwieszczenie ws. rynku właściwego wskazuje na wartość sprzedaży jako lepszą podstawę wyznaczenia udziału w rynku obejmującym zróżnicowane dobra (pkt 55). Wydaje się jednak, że w przypadku produktów znacznie zróżnicowanych cenowo taka metoda nie będzie właściwa - ze względu na ryzyko zaniżenia siły rynkowej dostawców dóbr tańszych.

Również na rynkach o charakterze zbliżonym do rynku oligopolistycznego w ujęciu Bertranda udział rynkowy nie przekazuje dobrze informacji o sile rynkowej przedsiębiorcy. Dzieje się tak m.in. w przypadku rynków, na których umowy zawiera się w drodze aukcji

¹²³ F. Etro, *Competition, Innovation, and Antitrust*, Berlin 2007, s. 173.

¹²⁴ G. Werden, L. Froeb, *Simulation as an alternative to structural merger policy in differentiated products industries*, [w:] M. B. Coate, A. N. Kleit, *The Economics of the Antitrust Process*, 1996, s. 70, [za:] J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 604.

¹²⁵ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 605.

lub przetargów prowadzących do wyboru najtańszej z ofert przedstawionych przez potencjalnych dostawców. Po pierwsze, rynki takie mogą mieć wysoce konkurencyjny charakter nawet przy niewielkiej liczbie firm o znacznych udziałach. Po drugie, wiarygodne oferty podmiotów niemających aktualnie udziału w rynku mogą w takich warunkach wpływać na obraz konkurencji, nawet jeśli istnieją bariery wejścia (w innych wypadkach pozwalające zaufać wskazaniom udziałów w rynku)¹²⁶.

Mimo powyższych problemów udział w rynku pozostaje centralnym zagadnieniem wielu postępowań antymonopolowych. W praktyce organów stosujących prawo konkurencji daje się jednak zauważyć coraz większe zrozumienie ograniczeń związanych z wnioskowaniem o siłę rynkowej z wielkości udziałów w rynku właściwym. Wspomniane wytyczne Komisji dotyczące stosowania art. 102 TfUE stwierdzają, że o ile wielkość udziałów jest pierwszą użyteczną informacją dotyczącą struktury rynku i znaczenia przedsiębiorstw na nim działających, o tyle ich interpretacja zależy od dynamiki rynku oraz zróżnicowania produktów wchodzących w jego skład. W dokumencie tym Komisja odnosi się również do problemów związanych ze znaczeniem udziałów rynkowych na rynkach przetargowych¹²⁷. Ostrożność w ocenie siły rynkowej na podstawie udziałów rynkowych widać też w decyzyjnej praktyce Komisji. W decyzji w sprawie *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*¹²⁸ zwrócono uwagę na konieczność zbadania, czy nie występują okoliczności mogące spowodować zachwianie związku między siłą rynkową a udziałem w rynku. Jako przykłady takich okoliczności podano brak barier wejścia i wspomniane wcześniej rynki funkcjonujące na zasadzie przetargów lub aukcji.

Kolejnym elementem odnoszącym się do struktury podmiotowej rynku właściwego, tradycyjnie badanego podczas analizy siły rynkowej w ramach postępowań antymonopolowych, jest koncentracja rynku. Jej podstawową miarę stanowi indeks Herfindahla-Hirschmana (dalej: HHI), zdefiniowany jako suma kwadratów udziałów rynkowych firm obecnych na danym rynku¹²⁹. Indeks ten można zaprezentować za pomocą wzoru:

$$HHI = \sum_{i=1}^n s_i^2,$$

gdzie *HHI* - indeks Herfindahla-Hirschmana, s_i - udział rynkowy firmy *i*, *n* - liczba firm na rynku.

¹²⁶ D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, *op. cit.*, s. 232.

¹²⁷ *Komunikat Komisji...* (vide: przyp. 119), pkt 13.

¹²⁸ Decyzja Komisji z dnia 4 czerwca 2008 r. w sprawie COMP/M.4513: *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*, opublikowana w serwisie www.ec.europa.eu, dostęp: 23.08.2014.

¹²⁹ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 429.

W 1945 r. wskaźnik został zaprezentowany przez Hirschmana w nieco innej postaci, a mianowicie w formie pierwiastka kwadratowego wyrażenia używanego obecnie¹³⁰. Odwrotność wartości HHI jest równoważna liczbie firm, które przy równych udziałach tworzyłyby rynek o koncentracji wyrażonej właśnie tą wartością HHI. Odwrotność HHI funkcjonuje pod nazwą „indeks Laakso-Taagepera”¹³¹.

Omawiany indeks przyjmuje wartości od 0 (do którego dąży dla nieskończonej liczby firm o równych udziałach) do 1 (dla monopolu). Zamiast udziałów ułamkowych często używa się udziałów procentowych - wówczas HHI przyjmuje wartości od 1 do 10 000. Wzór na indeks Herfindahla-Hirschmana daje się przekształcić do poniższej postaci:

$$HHI = \frac{1}{n} + n\sigma^2,$$

gdzie σ^2 - wariancja rozmiaru firm na rynku.

Wariancja odnosi się w powyższym wzorze do rozmiaru firm. Z tej postaci wynika, że na wartość HHI wpływa nie tylko ilość firm na rynku, lecz także rozkład ich wielkości: większy rozrzut wielkości firm spowoduje zwiększenie wartości indeksu¹³². Powyższa cecha świadczy o przewadze HHI nad kolejną miarą koncentracji - współczynnikiem koncentracji. Można go zdefiniować jako sumę udziałów rynkowych firm o największych udziałach. Oto formalny zapis:

$$CR_m = \sum_{i=1}^m s_i \text{ dla } i < j \rightarrow s_i \geq s_j,$$

gdzie CR_m - współczynnik koncentracji dla m firm o największych udziałach w rynku.

W praktyce najczęściej używa się indeksów CR4 i CR8, oznaczających sumy udziałów odpowiednio czterech i ośmiu największych firm obecnych na rynku.

Powszechność użycia miar koncentracji w analizie siły rynkowej wynika przede wszystkim z wniosków płynących z modeli oligopolu, w szczególności - z modelu Cournota. Jak wskazuje się w literaturze, w modelu tym prawdziwa jest następująca zależność¹³³:

¹³⁰ A. O. Hirschman, *National Power of Foreign Trade*, Berkeley 1945, informacja na podstawie wydania rozszerzonego, Berkeley 1980, s. 59.

¹³¹ Por. S. L. Feld, B. Grofman, *The Laakso-Taagepera in a mean and variance framework*, „Journal of Theoretical Politics” 2007, nr 19, s. 101-106.

¹³² J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 429.

¹³³ *Ibidem*, s. 239.

$$\frac{HHI}{\varepsilon} = \sum_{i=1}^n s_i \left(\frac{P - MC_i(q_i)}{P} \right).$$

Widać, że wartość HHI (wraz z elastycznością popytu) wpływa na ważoną udziałami średnią wartość indeksu Lerner dla danego rynku. Skoro znaczna koncentracja rynku wpływa na wysoką wartość „gałęziowego” indeksu Lerner, wynika z niej także istnienie na tym rynku podmiotów o znacznej sile rynkowej.

Wydaje się również, iż zwiększona liczba podmiotów na rynku utrudnia zminy co do cen. W związku z tym większa koncentracja powinna ułatwiać koordynację między podmiotami rynkowymi w celu wpływania na warunki konkurencji. Warto zauważyć, że dla wartości indeksu Lerner nie ma znaczenia, czy wycena powyżej kosztu krańcowego wiąże się z indywidualną decyzją danej firmy, czy też ze współpracą z innymi podmiotami.

Stosowanie miar koncentracji do oceny siły rynkowej budzi uzasadnione wątpliwości przede wszystkim ze względu na przynajmniej dwuznaczne wyniki badań empirycznych analizujących relację między tymi czynnikami. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, istnienie takiego związku na rzeczywistych rynkach nie zostało nigdy przekonująco wykazane¹³⁴. Istnieją wprawdzie badania empiryczne sugerujące statystycznie istotną pozytywną relację między koncentracją a siłą rynkową¹³⁵, ale związki te w zdecydowanej większości są dość słabe, co kwestionuje ich istotność ekonomiczną¹³⁶.

W celu obrony tezy mówiącej o tym, że koncentracja wpływa na siłę rynkową przedsiębiorstw, można przedstawić argument, iż wysoka wartość miar koncentracji wskazuje na posiadanie przez podmioty siły rynkowej, a nie na jej wykonywanie. Co oczywiste, w modelach ekonomicznych firma maksymalizująca zyski zawsze podniesie ceny do najwyższego opłacalnego poziomu.

Jednak siłę rynkową definiuje się jako możliwość opłacalnego podniesienia cen powyżej poziomu konkurencyjnego, podczas gdy miary takie jak indeks Lerner oceniają jedynie rzeczywistie istniejącą rozbieżność cen i kosztów krańcowych. W warunkach realnej gospodarki przedsiębiorstwo może nie mieć motywacji do skorzystania z możliwości podwyżki cen - chociażby ze względu na istnienie regulacji antymonopolowych. Fakt ten mógł zaważyć na wynikach badań

¹³⁴ P. Buccirossi, *op. cit.*, s. 24.

¹³⁵ Patrz przegląd badań w tym zakresie zamieszczony w: H. J. Goldschmid, H. M. Mann, J. F. Weston (red.), *Industrial Concentration: The New Learning*, Boston 1974, s. 184 i n.

¹³⁶ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 431.

empirycznych, które dotyczyły danych przekrojowych dla całych rynków, a nie tylko dla firm podejrzewanych o wykorzystywanie władzy rynkowej.

Z powyższych względów współcześnie wciąż uważa się, że chociaż miary koncentracji nie wskazują w niezbędny ani wystarczający sposób na wykorzystywanie władzy rynkowej, to mogą być użyteczne przy ustalaniu jej istnienia¹³⁷. Cechy te szczególnie predestynują mierniki koncentracji do analizy siły rynkowej *ex ante*, np. w przypadku kontroli koncentracji. O ile do oceny istniejącej już siły rynkowej i jej wykonywania da się wykorzystać wiele innych metod opartych na danych historycznych, o tyle modelowanie potencjalnej siły rynkowej jest obarczone znaczną dozą niepewności (o czym poniżej). Dlatego też miary takie jak indeks HHI są wykorzystywane szczególnie w przypadkach prewencyjnej kontroli koncentracji.

Użycie miar koncentracji w kontekście prewencyjnej kontroli połączeń przedsiębiorstw eliminuje również inny problem związany z ich stosowaniem, a mianowicie - brak jednolitych wartości odniesienia. Badania empiryczne wykazują, że rynki większe (pod względem liczby nabywców danego dobra) pozwalają większej liczbie przedsiębiorców opłacalnie pokonać bariery wejścia¹³⁸. Wolno zatem wnioskować, iż na większych rynkach dla konkretnego poziomu siły rynkowej podmiotów na nim aktywnych koncentracja może być wyższa niż na rynkach mniejszych. W przypadku analizy koncentracji da się porównać wartości miar koncentracji po połączeniu nie do abstrakcyjnych poziomów ostrzegawczych, lecz do wartości sprzed dokonania koncentracji. Taka metoda eliminuje wątpliwości związane z możliwością generalizacji wniosków płynących z miar koncentracji na różnych rynkach.

Podejścia polegającego na badaniu zmian wartości HHI przy badaniu połączeń przedsiębiorstw używa się w prawie UE. Zgodnie z Wytycznymi w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw do identyfikacji zagrożenia konkurencji nie doprowadzi koncentracja, dla której zmiana indeksu HHI jest mniejsza niż 150 (kiedy wartość po połączeniu wynosi więcej niż 2000) lub 250 (gdy połączenie prowadzi do HHI na poziomie od 1000 do 2000). Problemy związane z konkurencją nie zostaną również wykryte, jeżeli po połączeniu wartość HHI wyniesie poniżej 1000.

W literaturze przedmiotu proponuje się jeszcze inne wartości graniczne dla indeksu Herfindahla-Hirschmana, np. 1000 jako dolny próg rynku o średniej koncentracji i 1800 jako dolny próg dla rynku mocno skoncentrowanego¹³⁹. Brakuje

¹³⁷ C. Lang, *Marktmacht und Marktmachtmessung im deutschen Großhandelsmarkt für Strom*, Wiesbaden 2007.

¹³⁸ T. F. Bresnahan, P. C. Reiss, *Entry and competition in concentrated markets*, „The Journal of Political Economy” 1991, nr 5, s. 977-1009.

¹³⁹ Takie poziomy obowiązywały do 2010 r.; użyte są w amerykańskich wytycznych dotyczących połączeń horyzontalnych.

jednak przekonującego empirycznego uzasadnienia dla przyjęcia tych (czy innych) poziomów jako wartości granicznych¹⁴⁰. Większy zakres badań empirycznych wyznaczających poziomy graniczne istnieje odnośnie do współczynników koncentracji CR4 i CR8. Wyniki różnych badań wskazują na krytyczną wartość na poziomie od 0,45 do 0,68 dla CR4 oraz od 0,6 do 0,7 dla CR₈¹⁴¹.

Pomimo częstego traktowania miar koncentracji jako podstawowych mierników siły rynkowej podmiotów aktywnych na danym rynku analizy statystyczne nie potwierdzają powszechności ich użycia. W analizie 81 decyzji z zakresu kontroli koncentracji wydanych przez Komisję w latach 2004-2011 odnaleziono tylko jeden przykład zastosowania miar koncentracji¹⁴². Wśród 11 decyzji Komisji dotyczących praktyk ograniczających konkurencję wydanych w latach 1999-2011 nie odnaleziono ani jednego przykładu¹⁴³. Z kolei na 139 przeanalizowanych decyzji Prezesa UOKiK z lat 2003-2011 zaledwie jedna zawierała analizę miary koncentracji (współczynnika koncentracji dla 10 firm)¹⁴⁴. Wśród decyzji Komisji późniejszych niż okres objęty przywołaną analizą można wskazać przynajmniej dwa przykłady użycia HHI. Pierwszy z nich to decyzja w sprawie *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, gdzie wyliczono wartości HHI i wartości zmian wskaźników w wyniku transakcji¹⁴⁵. Podobne wyliczenia przedstawiono w decyzji w sprawie *Rewe Touristik GmbH/Fedir Nasr/Exim Holding SA*¹⁴⁶.

Na potrzeby analizy konkurencji rynku energii proponuje się unowocześnione miary związane ze strukturą rynku, takie jak *Pivotal Supplier Index* (PSI) oraz *Residual Supply Index* (RSI)¹⁴⁷. Ich stosowanie nie jest jednak powszechnie przyjęte w postępowaniach antymonopolowych.

Znaczna część sugestii dotyczących istotności koncentracji w ocenie siły rynkowej przedsiębiorstwa pochodzi z literatury należącej do nurtu *Structure-Conduct-Performance* (SCP), który dominował w nauce o organizacji rynku¹⁴⁸ mniej więcej do połowy lat 70. XX w.¹⁴⁹ Zasadniczym celem stawianym przez naukowców

¹⁴⁰ W. Blumenthal et al., *Horizontal Mergers: Law and Policy*, Chicago 1986, s. 181.

¹⁴¹ Przegląd literatury w tym zakresie i własne estymacje przedstawili R. M. Bradburs i A. M. Over Jr w: *Organizational costs, „sticky equilibria”, and critical levels of concentration*, „The Review of Economics and Statistics” 1982, nr 1, s. 50-58.

¹⁴² E. M. Kwiatkowska, *Mierzalne kryteria oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych. Aspekty praktyczne*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 8(2), s. 74-87.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Decyzja Komisji z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie COMP/M.6497: *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, opublikowana na stronie www.ec.europa.eu, dostęp: 23.08.2014.

¹⁴⁶ Decyzja Komisji z dnia 30 listopada 2012 r. w sprawie COMP/M.6794: *Rewe Touristik GmbH/Fedir Nasr/Exim Holding SA*, opublikowana w Eur-Lex pod nr. 32012M6704.

¹⁴⁷ C. Lang, *op. cit.*, s. 9.

¹⁴⁸ „Nauka o organizacji rynku” jest przyjętym w niniejszym opracowaniu tłumaczeniem angielskiego pojęcia *industrial organization*, które bywa niefortunnie tłumaczone jako „organizacja przemysłu”.

¹⁴⁹ P. Buccirossi, *op. cit.*, s. 47.

reprezentujących ten paradygmat było ustalenie związku między siłą rynkową istniejącą na danym rynku a barierami wejścia na ten rynek i jego koncentracją. W tym celu często przyjmowano hipotezy o istnieniu znacznych barier wejścia na rynki, na których konieczne są znaczne wydatki związane z pracami badawczo-rozwojowymi, reklamą lub niezbędnymi nakładami kapitałowymi. Na podstawie tych założeń oraz danych mówiących o koncentracji i sile rynkowej (mierzonej bezpośrednio bądź za pośrednictwem innych narzędzi) podejmowano próby estymacji parametrów mających następnie pozwolić wnioskować o sile rynkowej z koncentracji i barier wejścia.

Krytykę tezy o istotności koncentracji rynku jako parametru wpływającego na siłę rynkową częściowo już przedstawiono. Z kolei wobec hipotezy dotyczącej istnienia wysokich barier wejścia na rynkach wymienionych wyżej rodzajów wysuwano kontrargument, że wysokie udziały rynkowe i wysokie zyski w tych gałęziach rynku wynikają raczej ze znacznego zróżnicowania efektywności kosztowej przedsiębiorstw obecnych na tych rynkach niż z istnienia barier wejścia¹⁵⁰.

3.4. Miary odnoszące się do istoty siły rynkowej

Przedstawiciele nurtu SCP, jakkolwiek nigdy nie osiągnęli swojego celu w postaci przekonującego wykazania i oznaczenia postulowanych przez siebie związków, sformułowali wiele interesujących uwag na temat estymatorów samej siły rynkowej, stanowiącej w ich modelach zmienną zależną. Poniższe rozważania należy interpretować również w kontekście krytyki pod adresem paradygmatu SCP. W literaturze przedmiotu wielokrotnie postulowano bezpośrednie mierzenie siły rynkowej firm za pomocą wyłącznie indeksu Lerner. Problem z takim podejściem polega przede wszystkim na występującej powszechnie nieobserwowalności kosztu krańcowego. Wiąże się to z faktem niedostosowania danych księgowych do jego wyznaczania. Dlatego proponuje się użycie różnych przybliżeń indeksu Lerner na podstawie mierników kosztów używanych w rachunkowości. Najczęściej stosowanym przybliżeniem indeksu Lerner jest indeks PCM (ang. *price-cost margin*), wyznaczany zazwyczaj przy zastąpieniu kosztów krańcowych średnim kosztem zmiennym¹⁵¹. W ujęciu księgowym można przedstawić indeks PCM jako stosunek przychodu ze sprzedaży pomniejszonego o koszty przerobu do przychodu ze sprzedaży. Tak wyznaczony indeks PCM jest przy założeniu stałych korzyści skali równy indeksowi Lerner powiększonemu o stosunek nakładów kapitałowych do utargu przemnożony przez sumę współczynnika amortyzacji i rynkowej (konkurencyjnej) stopy zwrotu¹⁵². Problem z uwzględnieniem

¹⁵⁰ *Ibidem*, s. 47.

¹⁵¹ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 435.

¹⁵² *Ibidem*, s. 236.

tej korekcji polega na konieczności przyjęcia niezbyt realistycznych założeń o stałości skorygowanej o ryzyko stopy zwrotu z inwestycji w całą gospodarkę¹⁵³. W literaturze proponuje się również obliczanie indeksu PCM przez zastąpienie ceny pojawiającej się w mianowniku kosztami¹⁵⁴.

Dużo odleglejszą od indeksu Lenera miarą siły rynkowej stosowaną w badaniach z nurtu SCP jest współczynnik q Tobina, rozumiany jako stosunek wartości rynkowej przedsiębiorstwa do wartości odtworzeniowej jego aktywów. Propozycja zastosowania takiego narzędzia to konsekwencja przekonania, że przekroczenie jedności przez współczynnik bierze się z rynkowej wyceny renty wynikającej z możliwości korzystania przez przedsiębiorstwo z siły rynkowej¹⁵⁵. Niestety, na wyższą od jedności wartość q Tobina może wpływać również wiele innych czynników, w szczególności obecność w firmie niewycenionych wartości niematerialnych i prawnych. Jeżeli natomiast nie istnieje rynek wtórny aktywów posiadanych przez firmę, ich wycena odtworzeniowa bywa utrudniona¹⁵⁶.

Jak już wspomniano, koszt krańcowy często okazuje się nietatwy lub niemożliwy do zaobserwowania. Jego przybliżenie za pomocą odniesienia do średnich kosztów zmiennych może być natomiast trudne do zaakceptowania. W takich przypadkach można zwrócić analizę w kierunku cen czynników produkcji, o których wiadomo, że powinny mieć bezpośredni wpływ na wysokość kosztu krańcowego. Po przeprowadzeniu analizy korelacji cen nośników kosztów i cen analizowanych dóbr wolno wyciągać wnioski o istnieniu siły rynkowej, szczególnie w przypadku istnienia ruchów cen produktów nieodzwierciedlonych w rozwoju cen czynników kosztowych¹⁵⁷. W szczególności istnienie okresów, gdy nastąpiły podwyżki cen nieznajdujące pokrycia w zmianach cen czynników kosztowych, może świadczyć o wzroście wykorzystania siły rynkowej w danym okresie.

Wnioskowanie w ramach badania związków między cenami towarów a cenami nośników kosztów trzeba prowadzić ze szczególną ostrożnością. Przede wszystkim konieczne wydaje się uwzględnienie przesunięć czasowych. Podwyżka cen w danym okresie może wynikać z czynnika kosztów niezidentyfikowanego w toku analizy, a nie z wykorzystania siły rynkowej przez przedsiębiorstwo.

Indeks Lenera i miary takie jak PCM opierają się *implicit*e na założeniu, że koszt krańcowy to dobry wyznacznik cen, które ukształtowałyby się w warunkach konkurencyjnych. O ile takie założenie niewątpliwie wynika z modeli mikroekonomicznych, o tyle jest

¹⁵³ *Ibidem*, s. 236.

¹⁵⁴ C. Lang, *op. cit.*, s. 13.

¹⁵⁵ M. Smirlock, T. Gilligan, W. Marshall, *Tobin's q and the structure-performance relationship*, „The American Economic Review” 1983, nr 5, s. 1051-1060.

¹⁵⁶ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 436.

¹⁵⁷ P. Buccirosi, *op. cit.*, s. 20.

potencjalnie mylące w realnych warunkach. Jednocześnie informacje o udziałach w rynku właściwym lub o występującej na nim konkurencji mogą z przytoczonych powyżej powodów w określonych sytuacjach nie być dobrym nośnikiem informacji o sile rynkowej. W związku z tym poszukuje się innego niż koszty punktu odniesienia dla poziomu cen kształtującego się na danym rynku - proponuje się, by były nim ceny konkurencyjne. Takie podejście wpisuje się w szerszy nurt badania siły rynkowej poprzez porównanie zachowania firm podejrzewanych o posiadanie siły rynkowej do firm aktywnych na rynku, mającym przypuszczalnie charakter w pełni konkurencyjny.

Porównanie cen, po których firma sprzedaje swoje towary, do cen ukształtowanych na rynku konkurencyjnym wymaga znalezienia takiego rynku¹⁵⁸. Aby stanowił on dobry punkt odniesienia, jego struktura musi być podobna do struktury rynku badanego. W szczególności chodzi tu o strukturę produktową. Wydaje się, że inna dystrybucja udziałów przedsiębiorstw działających na tym rynku nie będzie odgrywać większej roli. Z tak postawionych wymagań wynika, iż rynek wzorcowy powinien mieć możliwie zbliżony zakres asortymentowy do rynku właściwego, dlatego naturalną propozycją są inne rynki geograficzne. Przykładowo: gdy geograficzny zasięg rynku właściwego zostanie określony jako obszar danej gminy, to pierwszym pomysłem na rynek porównywany powinien być rynek na obszarze sąsiedniej gminy, taki sam pod względem asortymentowym.

Użycie cen ukształtowanych na innym rynku jako wzorca oceny siły rynkowej okazuje się problematyczne przede wszystkim z powodu trudności oceny tego, czy rynek używany jako podstawa porównań jest rzeczywiście konkurencyjny. Ze względu na postulowaną identyczność asortymentową porównywanych rynków trudności w obserwacji kosztu krańcowego będą się odnosiły w równym stopniu do obu rynków. Paradoksalnie, jeżeli dałoby się dokonać oceny rzeczywistej konkurencji na rynku wzorcowym przy użyciu innych metod niż porównanie cen, byłoby to najprawdopodobniej możliwe na rynku właściwym. Dlatego oparcie wniosku o nieistnienie siły rynkowej na rynku właściwym jedynie na braku rozbieżności cen w stosunku do rynku wzorcowego nie powinno być w praktyce dopuszczalne. Jednocześnie istnienie stale wyższego poziomu cen na rynku właściwym może wynikać z bardzo wielu czynników, zarówno zależnych, jak i niezależnych od struktury podmiotowej rynku. Już sam rozmiar rynku przekłada się potencjalnie na możliwość większego wykorzystania rosnących korzyści skali na jednym z rynków. Jeżeli jednak analiza ma dotyczyć rynków o trudnych do zaobserwowania kosztach krańcowych, trzeba się spodziewać, iż wiarygodne uwzględnienie danych w analizie korzyści skali również okaże się nietatwe.

¹⁵⁸ J. Gregory, *Evaluating market power using competitive prices instead of the Herfindahl-Hirschman index*, „Antitrust Law Journal” 2007, nr 2.

Z powodu przytoczonych wątpliwości niełatwo zgodzić się z postulowaną w literaturze przewagą opisanego wyżej podejścia nad użyciem miar koncentracji¹⁵⁹. Każde z omówionych podejść wiąże się z zasadniczymi wątpliwościami, więc żadne z nich nie może raczej zostać indywidualnie użyte jako dowód na istnienie siły rynkowej.

3.5. Metody oparte na modelowaniu

Wracając do rozwiązań proponowanych przez naukę o organizacji rynku, należy podkreślić rewolucyjną rolę, jaką w modelowaniu konkurencji odegrało pojawienie się teorii gier. To właśnie ona była podstawą do stworzenia sensownych modeli niedoskonałej konkurencji, a szczególnie konkurencji w warunkach zróżnicowania produktów. Pozwoliła również na znacznie lepsze zrozumienie i ujęcie w modelach ekonomicznych takich czynników, jak bariery wejścia, asymetria informacyjna czy strategie wyceny¹⁶⁰.

Postęp w modelowaniu niedoskonałej konkurencji oraz niemożliwość empirycznego potwierdzenia związków między koncentracją a siłą rynkową i skutecznego uogólnienia wniosków na całą gospodarkę doprowadziły do powstania nowego nurtu w nauce o organizacji rynku, a mianowicie - paradygmatu NEIO (*New Empirical Industrial Organization*). Po stronie podażowej nurt ten charakteryzuje się sceptycyzmem wobec przybliżania kosztów w rozumieniu ekonomicznym na podstawie danych księgowych. Informacje o kosztach są uzyskiwane raczej z danych dotyczących zachowania firm w zakresie wyceny, na bazie założenia o maksymalizacji zysków przez podmioty rynkowe. Ponadto nurt ten cechuje odejście od prób znalezienia relacji możliwych do uogólnienia na całą gospodarkę - na rzecz koncentracji na poszczególnych rynkach. Teoretycznych modeli oligopolu używa się do testowania hipotez dotyczących siły rynkowej. Celem podejścia NEIO jest wnioskowanie o sile rynkowej z zachowania podmiotów rynkowych¹⁶¹. Metody opisane poniżej, jako bazujące na zaawansowanych modelach teoretycznych i korzystające z nowoczesnych metod ekonometrycznych, można rozumieć jako wypływające właśnie z tego nurtu w nauce o organizacji rynków. Najprostszą chyba do zrozumienia (a dzięki temu - dobrze nadającą się do zastosowania w postępowaniach antymonopolowych) metodą mieszczącą się w powyższym paradygmacie jest estymacja popytu rezydualnego¹⁶². Dokonuje się jej na podstawie

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ L. Einav, J. Levin, *Empirical industrial organization: a progress report*, „Journal of Economic Perspectives” 2010, nr 2, s. 145-162.

¹⁶¹ J. R. Church, R. Ware, *op. cit.*, s. 440.

¹⁶² J. B. Baker, T. F. Bresnahan, *Empirical methods of identifying and measuring market power*, „Antitrust Law Journal” 1992, nr 1, s. 3-16.

reakcji przedsiębiorstw na zmiany czynników kosztowych. Wnioskowanie opiera się tutaj na założeniu, że firma doświadczająca przesunięcia kosztów będzie miała motywację do jednostronnej zmiany ceny, jeżeli dysponuje siłą rynkową.

W związku z tym pierwszy etap estymacji opartej na przesunięciach kosztowych to identyfikacja nośników kosztów, które są czynnikami produkcji danego dobra dla analizowanego przedsiębiorstwa, ale nie dotyczą dostawców substytutów. Alternatywnie należy znaleźć elementy kosztów, które w okresie pokrytym posiadanymi danymi podlegały przesunięciom cenowym z perspektywy analizowanego przedsiębiorstwa, ale nie z perspektywy konkurentów. Podawanym w literaturze przykładem takiego czynnika, szczególnie przydatnym w analizie przypadków międzynarodowych, są płace¹⁶³. W ich przypadku można zbadać chociażby wpływ podwyżek płacy minimalnej dotyczących przedsiębiorcę podejrzewanego o wykorzystywanie siły rynkowej, nieodnoszących się jednak do przedsiębiorców zagranicznych. Po dokonaniu wyboru czynników kosztowych przydatnych do analizy trzeba - na podstawie danych historycznych - wybrać momenty wzrostu cen tych czynników. Optymalnie powinny to być wzrosty niespodziewane i na tyle znaczne, aby uzasadniały motywację do podniesienia cen. Po identyfikacji momentów kluczowych w kontekście motywacji do jednostronnej zmiany cen przez przedsiębiorcę należy przeprowadzić systematyczną analizę jego zachowania w tych momentach, w szczególności zaś - analizę zastosowanych strategii cenowych. Na tyle, na ile pozwalają dostępne dane, trzeba wziąć pod uwagę wpływ ewentualnych podwyżek cen na wolumen sprzedaży. Jeżeli w momentach wyizolowanych zgodnie z powyższą metodą badana firma podniosła ceny i utrzymała je na podniesionym poziomie, będzie to dowód na posiadanie przez tę firmę siły rynkowej. Takie zachowanie świadczy bowiem o niskiej elastyczności cenowej popytu na dobra oferowane przez firmę. Jak widać, analizowane podejście jest w zasadzie ekonometryczną operacjonalizacją analizy straty krytycznej, omówionej przy okazji rozważań dotyczących rynku właściwego.

Estymacja popytu rezydualnego na podstawie historycznych danych o zachowaniach przedsiębiorstw w momentach szoków kosztowych okazuje się o tyle interesująca, że wykazana elastyczność popytu rezydualnego może być przydatna do określenia poziomu siły rynkowej danego przedsiębiorcy nawet wtedy, gdy nie ma podstaw do podejrzeń, iż jest ona aktualnie wykonywana¹⁶⁴.

Na marginesie należy zauważyć, że analiza zachowania konkurentów w momentach omówionych wyżej może być przydatna podczas delimitacji rynku właściwego¹⁶⁵. Jeżeli bowiem jeden z konkurentów systematycznie zwiększał ilość sprzedawanych dóbr

¹⁶³ J. B. Baker, T. F. Bresnahan, *Estimating the residual demand curve facing a single firm*, „International Journal of Industrial Organization” 1988, nr 3, s. 283-300.

¹⁶⁴ J. B. Baker, T. F. Bresnahan, *Empirical...*, s. 7.

¹⁶⁵ *Ibidem*, s. 8.

w momentach podwyżek cen przez badanego przedsiębiorcę, można przypuszczać, iż wynika to z wysokiej mieszanej elastyczności popytu, a w konsekwencji dobra oferowane przez konkurenta powinny zostać włączone do rynku właściwego.

Innym przykładem zastosowania metod statystycznych do wykrywania siły rynkowej jest badanie reakcji firm na zmianę nachylenia krzywej popytu¹⁶⁶. Teoretyczną podstawę takiego podejścia stanowi założenie, że w sytuacji nieposiadania siły rynkowej zmiana elastyczności cenowej popytu rynkowego (równoważna obrotowi krzywej popytu w osi ustanowionej przez punkt równowagi rynkowej) nie doprowadzi do zmiany cen przez dostawców. Jeśli jednak jakaś firma posiada siłę rynkową, postrzegana przez nią krzywa popytu nie jest płaska i jej nachylenie odzwierciedla zmianę w nachyleniu rynkowej krzywej popytu. Jeżeli następuje zwiększenie nachylenia krzywej popytu (równoważne zmniejszeniu elastyczności cenowej popytu), to z perspektywy firmy niebędącej cenobiorcą zmniejszy się wartość straty związanej ze zmniejszenia sprzedaży w wypadku podniesienia cen. Dostawca podniesie ceny, aby zrealizować zyski możliwe do uzyskania poprzez wykorzystanie siły rynkowej.

By przeprowadzić modelowanie zgodnie z prezentowaną metodą, trzeba przede wszystkim odnaleźć obserwowalne czynniki wpływające na elastyczność cenową popytu na dane dobro. Czynnikiem proponowanym w literaturze przedmiotu są przede wszystkim ceny niedoskonałych substytutów, ale można oprzeć analizę np. na badaniu cykli koniunkturalnych¹⁶⁷. Następny etap to sprawdzenie, czy ceny wyznaczane przez dane przedsiębiorstwo (lub kształtujące się na rynku danych dóbr) reagują na zmienne wyrażające zmiany elastyczności popytu. W przypadku odpowiedzi pozytywnej można podejrzewać, że firmy obecne na tym rynku korzystają z siły rynkowej.

Najważniejszym zastrzeżeniem związanym ze stosowaniem powyższej metody jest konieczność zbadania wpływu ewentualnej zmienności kosztów na reakcje przedsiębiorców¹⁶⁸. Podwyżki cen mogą się bowiem wiązać ze zmianami kosztów, a nie ze zmianami w nachyleniu krzywej popytu. Problem ten uwidacznia się szczególnie w przypadku korzystania w analizie z cen substytutów, których produkcja wykorzystuje podobny proces technologiczny.

Innym rodzajem modeli używanych do wnioskowania o sile rynkowej z zachowania podmiotów obecnych na rynku jest wykrywanie istnienia zróżnicowanych strategii wyceny stosowanych w różnych warunkach¹⁶⁹. Podejście to, służące przede wszystkim do identyfikacji zbiorowej siły rynkowej, polega na sprawdzeniu, czy stosowanie

¹⁶⁶ *Ibidem*, s. 9.

¹⁶⁷ T. F. Bresnahan, V. Y. Suslow, *Oligopoly pricing with capacity constraints*, „Annales d'Économie et de Statistique” 1989, nr 15/16, s. 267-289.

¹⁶⁸ J. B. Baker, T. F. Bresnahan, *op. cit.*, s. 12.

¹⁶⁹ *Ibidem*, s. 13.

przez firmy obecne na rynku jednej strategii cenowej wyjaśnia wahania cen lepiej niż stosowanie zróżnicowanych strategii cenowych. Upraszczając: w pierwszym przypadku firmy obecne na rynku miałyby się zachowywać w pełni konkurencyjnie, w drugim - w pewnych warunkach stosować wycenę odpowiadającą rozwiązaniu skoordynowanemu w rozumieniu teorii gier, a w innych angażować się w konkurencję w ramach wojny cenowej. Jeżeli rozwój cen na rynku okazuje się lepiej objaśniany przez zastosowanie w różnych okresach różnych strategii cenowych przez firmy obecne na rynku, jest to podstawa do wysnucia wniosku o istnieniu siły rynkowej.

Opisane metody oparte na modelowaniu ekonometrycznym mają wiele przewag nad metodami tradycyjnie wykorzystywanymi w postępowaniach antymonopolowych. Przede wszystkim znajdują silne umocowanie w nowoczesnych modelach niedoskonałej konkurencji. Ponadto nie bazują na niedoskonałym wnioskowaniu o kategoriach ekonomicznych na podstawie kategorii księgowych (co cechuje próby bezpośredniego pomiaru siły rynkowej w przypadku metod opartych na przybliżeniu wartości indeksu Lerner). Dodatkowo nowoczesne metody - w porównaniu do miar struktury rynku - są mniej podatne na niedokładności związane z wyznaczeniem rynku właściwego.

Niestety, zastosowanie metod ekonometrycznych do szacowania siły rynkowej przedsiębiorstw nie jest pozbawione wad. Przede wszystkim wymaga ono istnienia przekrojowych danych historycznych, w wielu przypadkach niedostępnych. Dlatego metody te znajdują zastosowanie głównie do rynków konsumenckich lub wymiany odbywającej się na rynkach zorganizowanych, podczas gdy użycie w przypadku rynków mało płynnych bądź dotyczących dóbr przystosowywanych do indywidualnych wymagań odbiorcy może okazać się trudne¹⁷⁰. Dodatkowo kryteria wyboru najlepszego modelu w konkretnym przypadku często nie są jednoznaczne, a specyfikacja zastosowanego modelu ma potencjalnie znaczący wpływ na wynik badania.

Mimo powyższych problemów wydaje się, że nowoczesne metody modelowania powinny znajdować coraz szersze zastosowanie w postępowaniach antymonopolowych. Szczególnie interesujące byłoby porównanie wniosków z nich płynących z wynikiem zastosowania tradycyjnych metod pomiaru siły rynkowej. Niestety, w związku z pracochłonnością modelowania ekonometrycznego nie powinno się oczekiwać jego stosowania w każdej sprawie wymagającej oceny siły rynkowej. Postulat proporcjonalności metod do ważkości sprawy raczej wyklucza ich użycie w sprawach niewielkiego kalibru. Można jednak mieć nadzieję, iż dalszy rozwój nauki o organizacji rynku doprowadzi do tworzenia coraz lepszych metod pomiaru siły rynkowej - jak najbardziej przyjaznych zastosowaniom w praktyce antymonopolowej.

¹⁷⁰ *Ibidem*, s. 15.

ROZDZIAŁ 4. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona analiza metod oceny siły rynkowej przedsiębiorstw nie pozwala sformułować jednoznacznej tezy mówiącej o bezwzględnej wyższości którejkolwiek z nich w zakresie zastosowania w postępowaniach antymonopolowych. Zarówno w doktrynie, jak i w praktyce organów stosujących prawo konkurencji daje się jednak dostrzec coraz lepsze zrozumienie problemów związanych z użyciem metod tradycyjnych, takich jak delimitacja rynku właściwego przy użyciu kryteriów jakościowych czy wnioskowanie o siłę rynkowej na podstawie informacji o strukturze rynku. Zasadniczą wadą tej grupy metod jest fakt, iż nie dotyczą one sedna zjawiska ekonomicznego, do którego oceny służą. I tak kryteria jakościowe, dotyczące cech towaru, jedynie pośrednio dają obraz występowania zjawiska substytucyjności, leżącego u podstawy wyznaczania rynku właściwego. Podobnie brak niezbędnego ekonomicznego uzasadnienia dla stwierdzenia istnienia lub nieistnienia siły rynkowej na podstawie koncentracji rynku czy udziałów w nim posiadanych przez badane przedsiębiorstwa.

Wspólną cechę właściwie wszystkich alternatywnych metod zaprezentowanych w niniejszym opracowaniu stanowi właśnie lepsze uchwycenie ekonomicznej istoty analizowanych zjawisk. Pochodną takiego podejścia jest metodologia nowoczesnych narzędzi - w zasadzie bez wyjątku wymagają one przeprowadzenia analizy o charakterze ilościowym, jakkolwiek stopień jej skomplikowania okazuje się oczywiście zróżnicowany w zależności od narzędzia. Z tej cechy metod mieszczących się w szeroko pojętym nurcie ekonomicznym wynika podstawowy problem z ich empirycznym zastosowaniem, a mianowicie - konieczność dysponowania znacznym zakresem danych liczbowych, i to często o specyficznym charakterze (np. w przypadku estymacji popytu rezydualnego, gdzie niezbędnym elementem jest wystąpienie w analizowanym okresie szoków). Stanowi to wyzwanie dla organów antymonopolowych, ponieważ wymaga zgromadzenia znacznie szerszego materiału dowodowego niż w przypadku metod tradycyjnych - a uzyskanie danych niezbędnych do przeprowadzenia analizy za pomocą któregośkolwiek z dostępnych organowi źródeł informacji może się okazać po prostu niewykonalne.

Z perspektywy organów prowadzących postępowania antymonopolowe (oraz uczestników tych postępowań) przesunięcie perspektywy w kierunku stosowania metod o charakterze ekonomicznym wiąże się z dodatkową trudnością, polegającą na konieczności zgromadzenia odpowiedniego *know-how* w dziedzinie metod analizy danych. W połączeniu z pracochłonnością używania nowoczesnych narzędzi

możliwych do wykorzystania przy ocenie siły rynkowej będzie to prowadziło do zwiększenia kosztów przeprowadzenia postępowania z zakresu prawa konkurencji, i to zarówno dla organów antymonopolowych, jak i dla uczestników postępowań. Pomimo kosztów i problemów wiążących się ze zgromadzeniem niezbędnych danych analiza współczesnej praktyki wskazuje, że znaczenie metod ekonomicznych w postępowaniach antymonopolowych rzeczywiście rośnie. Szczególnie chlubnym przykładem jest ewolucja podejścia Komisji Europejskiej do delimitacji rynku właściwego na przestrzeni ostatnich 15 lat. Komisja coraz chętniej sięga po metody ilościowe, daje się zauważyć także wzrost sprawności ich stosowania. Treść aktów prawa miękkiego publikowanych przez Komisję pozwala spodziewać się podobnego rozwoju w zakresie metod odnoszących się do samej siły rynkowej, szczególnie w przypadku postępowań z zakresu kontroli koncentracji. Wyważając wady i zalety położenia większego nacisku na wykorzystywanie metod zakorzenionych w analizie ekonomicznej, należy pozytywnie ocenić ten kierunek rozwoju i wyrazić nadzieję, że omawiane tu narzędzia będą coraz częściej stosowane w praktyce organów antymonopolowych.

BIBLIOGRAFIA

I. Monografie

1. American Bar Association - Section of Antitrust Law, *Market Power Handbook. Competition Law and Economic Foundations*, Chicago 2005.
2. Banasiński C., Piontek E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumenta. Komentarz*, Warszawa 2009.
3. Barcz J. (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011.
4. van den Bergh R., Camanesca P. D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Antwerpia 2001.
5. Blumenthal W. et al., *Horizontal Mergers: Law and Policy*, Chicago 1986.
6. Buccrossi P., *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge 2008.
7. Church J. R., Ware R., *Industrial Organization: A Strategic Approach*, Nowy Jork 2000.
8. Coate M. B., Kleit A. N., *The Economics of the Antitrust Process*, 1996.
9. Etro F., *Competition, Innovation, and Antitrust*, Berlin 2007.
10. Gerardin D., Layne-Farrar A., Petit N., *EU Competition Law and Economics*, Oksford 2012.
11. Goldschmid H. J., Mann H. M., Weston J. F. (red.), *Industrial Concentration: The New Learning*, Boston 1974.
12. Gore D., Lewis S., Lofaro A., Dethmers F., *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge 2013.
13. Gronkiewicz-Waltz H., Wierzbowski M. (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2013.
14. Hirschman A. O., *National Power and the Structure of Foreign Trade*, Berkeley 1945.
15. Jones A., Surfin B., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oksford 2014.
16. Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008.
17. Krugman P., Wells R., *Mikroekonomia*, Warszawa 2012.
18. Lang C., *Marktmacht und Marktmachtmessung im deutschen Großhandelsmarkt für Strom*, Wiesbaden 2007.
19. Lianos I., Genakos C., *Econometric Evidence in EU Competition Law: An Empirical and Theoretical Analysis*, CLES Working Paper Series 2012, nr 6.
20. Mankiw N. G., Taylor M. P., *Mikroekonomia*, Warszawa 2009.
21. Padilla A. J., *The role of supply side substitution on the definition of the relevant market in merger control. A report for DG Enterprise A/4*, European Commission, Madryt 2001.
22. Peterson W. C., *Market Power and the Economy*, Boston 1988.
23. Pindyck R. S., Rubinfeld D. L., *Microeconomics*, Upper Saddle River 2009.
24. Ritter L., Braun W. D., Rawlinson F., *EC Competition Law. A practitioner's guide*, Haga 2000.
25. Samuelson P. A., Nordhaus W. D., *Ekonomia*, Poznań 2012.

II. Artykuły

1. Baker J. B., *Market definition. An analytical overview*, „Antitrust Law Journal” 2007, nr 1, s. 129-173.
2. Baker J. B., Bresnahan T. F., *Empirical methods of identifying and measuring market power*, „Antitrust Law Journal” 1992, nr 1, s. 3-16.
3. Baker J. B., Bresnahan T. F., *Estimating the residual demand curve facing a single firm*, „International Journal of Industrial Organization” 1988, nr 3, s. 283-300.
4. Bradburs R. M., Over Jr A. M., *Organizational costs, „sticky equilibria”, and critical levels of concentration*, „The Review of Economics and Statistics” 1982, nr 1, s. 50-58.
5. Bresnahan T. F., Reiss P. C., *Entry and competition in concentrated markets*, „The Journal of Political Economy” 1991, nr 5, s. 977-1009.

6. Bresnahan T. F., Suslow V. Y., *Oligopoly pricing with capacity constraints*, „Annales d'Économie et de Statistique” 1989, nr 15/16, s. 267-289.
7. Brewster D., *Market definition and substitutability - Australian courts continue to struggle with Part IV of the Trade Practices Act 1974 (Cth)*, „QUT Law Journal” 1996, nr 12, s. 246-263.
8. Einav L., Levin J., *Empirical industrial organization: a progress report*, „Journal of Economic Perspectives” 2010, nr 2, s. 145-162.
9. Elzinga K. G., Hogarty T. F., *The problem of geographic market definition in antimerger suits*, „Antitrust Bulletin” 1973.
10. Elzinga K. G., Mills D. E., *The Lerner index of monopoly power: origins and uses*, „American Economic Review” 2011, nr 3.
11. Feld S. L., Grofman B., *The Laakso-Taagepera index in a mean and variance framework*, „Journal of Theoretical Politics” 2007, nr 19, s. 101-106.
12. Gregory J., *Evaluating market power using competitive prices instead of the Herfindahl-Hirschman index*, „Antitrust Law Journal” 2007, nr 2.
13. Harris B. C., Simmons J. J., *Focusing market definition: how much substitution is necessary?*, „Research in Law and Economics” 1989, nr 12.
14. Hay G. A., *Market Power in Antitrust*, „Antitrust Law Journal” 1991-92, nr 3.
15. Jacyszyn J., *Glosa do uchwały NSA z dnia 24 września 2001 r.*, OPK 13/01, „Prawo Spółek” 2002, nr 11, s. 51 i n.
16. Jurkowska-Gomułka A., *Glosa do uchwały SN z dnia 23 lipca 2008 r.*, III CZP 52/08. *W stronę umocnienia prywatnoprawnego wdrażania zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 5, s. 43-48.
17. Katz M. L., Shapiro C., *Critical loss: let's tell the whole story*, „Antitrust” 2003, nr wiosenny.
18. Kohutek K., *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 13 lutego 2007 r.*, VI ACa 819/06, system LEX.
19. Materna G., *Adresaci zakazu praktyk ograniczających konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 6, s. 29-37.
20. Materna G., *Stosowanie prawa ochrony konkurencji wobec organizacji zbiorowego zarządzania - granice ingerencji organu antymonopolowego*, „Glosa” 2010, nr 2, s. 87-94.
21. Smirlock M., Gilligan T., Marshall W., *Tobin's q and the structure-performance relationship*, „The American Economic Review” 1983, nr 5, s. 1051-1060.

III. Źródła prawa

1. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. 2004 nr 173, poz. 1807.
2. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2007 nr 50, poz. 331.
3. Rozporządzenie Rady nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Eur-Lex, nr 32003R0001.
4. Komunikat Komisji - wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dziennik Urzędowy UE C45/7.
5. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji, Dziennik Urzędowy WE 1997, C 372/5.
6. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dziennik Urzędowy 2004/C 31.

IV. Orzecznictwo

Unia Europejska

1. Decyzja Komisji z 14 marca 1994 r. w sprawie IV/M.416: *BMW/Rover*, www.ec.europa.eu.
2. Decyzja Komisji z dnia 21 czerwca 1994 r. w sprawie IV/M.430: *Procter & Gamble/VP Schickedanz (II)*, Eur-Lex, nr 31994D0893.
3. Decyzja Komisji z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie IV/M.890: *Blokker/Toys 'R' Us*, www.ec.europa.eu.
4. Decyzja Komisji z dnia 20 lipca 1998 r. w sprawie IV/M.1245: *Valeo/ITT*, www.ec.europa.eu.

5. Decyzja Komisji z dnia 26 października 2004 r. w sprawie COMP/M.3216: *Oracle/Peoplesoft*, www.ec.europa.eu.
6. Decyzja Komisji z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie COMP/M.4734, *Ineos/Kerling*, www.ec.europa.eu.
7. Decyzja Komisji z dnia 4 czerwca 2008 r. w sprawie COMP/M.4513: *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*, www.ec.europa.eu.
8. Decyzja Komisji z dnia 23 września 2008 r. w sprawie COMP/M.4980: *ABF/GBI Business*, www.ec.europa.eu.
9. Decyzja Komisji z dnia 9 stycznia 2009 r. w sprawie COMP/M.515: *Arsenal/DSP*, www.ec.europa.eu.
10. Decyzja Komisji z dnia 22 czerwca 2009 r. w sprawie COMP/M.5335: *Lufthansa/SN Airholding*, www.ec.europa.eu.
11. Decyzja Komisji z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie COMP/M.5658: *Unilever/Sara Lee*, www.ec.europa.eu.
12. Decyzja Komisji z dnia 4 maja 2011 r. w sprawie COMP/M.5907: *Votorantim/Fischer/JV*, www.ec.europa.eu.
13. Decyzja Komisji z dnia 13 lipca 2011 r. w sprawie COMP/M.6101: *UPM/Mylllykoski and Rhein Paper*, www.ec.europa.eu.
14. Decyzja Komisji z dnia 30 listopada 2012 r. w sprawie COMP/M.6794: *Rewe Touristik GmbH/Fedir Nasr/Exim Holding SA*, Eur-Lex, nr 32012M6704.
15. Decyzja Komisji z dnia 12 grudnia 2012 w sprawie COMP/M.6497: *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, www.ec.europa.eu.
16. Wyrok ETS z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie 52/69: *J. R. Geigy AG przeciwko Komisji*, Legalis, nr 142378.
17. Wyrok ETS z dnia 30 kwietnia 1974 r. w sprawie 155/73: *Postępowanie karne przeciwko Giuseppe Sacchi*, Legalis.
18. Wyrok ETS z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76: *United Brands przeciwko Komisji*, Eur-Lex, poz. 61976CJ0027.
19. Wyrok ETS z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81: *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*, Eur-Lex, nr 61981J0322.
20. Wyrok ETS z dnia 21 lutego 1984 r. w sprawie 86/82: *Hasselblad (GB) Limited przeciwko Komisji*, Eur-Lex, poz. 61982J0086.
21. Wyrok ETS z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90: *Klaus Höfner and Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH*, Eur-Lex, poz. 61990J0041.
22. Wyrok Sądu z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie T-321/05: *AstraZeneca AB i AstraZeneca plc przeciwko Komisji*, Eur-Lex, nr 62005TJ0321.
23. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 10 marca 1992 r. w połączonych sprawach 68/89, 78/89 i 79/89, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji* (sprawa *Italian Flat Glass*), Eur-Lex, poz. 61989A0068.

Polska

1. Decyzja Prezesa UOKiK, RWA-10/2007, Dz. Urzędowy UOKiK 2007/3/28.
2. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 stycznia 2008 r. w sprawie RWR-411-2/07/ZR, https://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik2.php
3. Uchwała SN z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08, OSNC 2009/7-8/107.
4. Wyrok SA w Katowicach z dnia 9 października 2013 r., V ACa 364/13, Legalis.
5. Wyrok SA w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008, I ACa 231/07, OSA 2010, nr 2, poz. 4, s. 39.
6. Wyrok SA w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2010 r., VI ACa 1092/09, LEX, nr 785633.
7. Wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98, OSNC 2002, nr 1, poz. 13.
8. Wyrok SN z dnia 20 czerwca 2006 r., III SK 8/06, OSNP 2007, nr 13-14, poz. 208.

Stany Zjednoczone

1. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 11 czerwca 1956 r. w sprawie nr 351 U.S. 371 (1956), *Stany Zjednoczone przeciwko E. I. du Pont de Nemours & Co.*, www.supreme.justia.com.

ZAŁĄCZNIK: PRZEGLĄD OPISANYCH METOD

Wyznaczanie rynku właściwego				
Nazwa	Istota	Problemy przy stosowaniu	Przykłady zastosowania	Strona
Kryteria jakościowe	Porównanie towarów potencjalnie włączanych do jednego rynku właściwego pod względem zaspokajania tych samych potrzeb odbiorców, zamierzonego użycia produktów, ceny.	Pośredni charakter wnioskowania o substytucyjności popytu i znaczna uznaniowość kryteriów, przekładająca się na duży zakres dyskrejonalnej władzy organu stosującego.	W zasadzie każde orzeczenie i decyzja, w których wyznaczono rynek właściwy.	22
Test SSS	Zestaw sześciu kryteriów, których spełnienie świadczy o natychmiastowości substytucji podażowej.	Test dobrze odpowiada na problemy związane z powoływaniem się na substytucję po stronie podaży. Należy stosować go łącznie z kryterium uniwersalności.	Nie był stosowany w całości w praktyce prawa konkurencji.	26
Test SSNIP	Zbadanie, czy niewielka, ale nieprzemijająca podwyżka cen byłaby dla hipotetycznego monopolisty na rynku właściwym opłacalna. Jeżeli nie, należy rozszerzyć rynek o najbliższy substytut i powtórzyć test.	Różne wyniki w zależności od wysokości marży uzyskiwanej przez dostawców, rzetelne przeprowadzenie wymaga znacznej ilości informacji, „błąd celofanowy”.	COMP/M.3216: <i>Oracle/Peoplesoft</i> , COMP/M.5658: <i>Unilever/Sara Lee</i>	27
Strata krytyczna	Porównanie poziomu rzeczywistej straty związanej z utratą klientów po podwyżce cen do poziomu krytycznego, powyżej którego podwyżka jest nieopłacalna. Z reguły dąży się do rozszerzenia rynku właściwego przez wykazanie niskiego poziomu straty krytycznej.	Mniejsze wymagania informacyjne niż pełna wersja testu SSNIP, jednak gdy strata krytyczna jest niewielka, strata rzeczywista zazwyczaj również jest niewielka.	COMP/M.4734: <i>Ineos/Kerling</i>	33
Stacjonarność cen	Badanie zmienności parametrów rozkładu stosunku cen w czasie.	Problemy podobne jak w przypadku analizy korelacji.	COMP/M.5907: <i>Votorantim/Fischer/JV</i> , COMP/M.4513: <i>Arjowiggins/M-real Zanders Reflex</i>	34
Korelacja cen	Badanie korelacji szeregów czasowych cen towarów potencjalnie należących do jednego rynku właściwego. Wysoka korelacja może świadczyć o substytucyjności.	Dodatnia korelacja może wynikać ze wspólnych czynników produkcji lub przesunąć popytu obejmujących oba produkty, a nie świadczyć o substytucyjności.	COMP/M.6101: <i>UPM/Mytlykoski i Rhein Paper</i> , COMP/M.4980: <i>ABF/GBI Business</i>	35
Test Elzinga-Hogarty’ego	Określenie geograficznego rynku właściwego na bazie dostaw danego towaru; rynek powinien spełniać kryteria LIFO (<i>Little in from Outside</i>) i LOFI (<i>Little out from Inside</i>).	Analiza przeprowadzana jest przy obecnym stanie cen, a więc nie daje obrazu substytucyjności.	Kontrola fuzji placówek służby zdrowia w USA w latach 90. XX w.	35

Identyfikacja siły rynkowej				
Nazwa	Istota	Problemy przy stosowaniu	Przykłady zastosowania	Strona
Udział w rynku	Zbadanie ilościowego lub wartościowego udziału w rynku właściwym i porównanie do poziomów krytycznych lub udziałów innych uczestników rynku.	Problemy w zastosowaniu do niehomogenicznych rynków, niewielka wartość informacyjna w przypadku braku barier wejścia.	Większość postępowań, w których wyznaczono rynek właściwy.	47
Wskaźnik koncentracji CR	Suma udziałów n największych firm uczestniczących w rynku właściwym.	Brak empirycznych dowodów na istnienie związku między koncentracją rynku a siłą rynkową podmiotów na nim aktywnych.	Decyzja Prezesa UOKiK RLU-17/04	50
Indeks Herfindahla-Hirschmana	Suma kwadratów udziałów wszystkich firm na rynku właściwym, należy porównać do poziomów krytycznych.	Jak wyżej.	COMP/M.6497: <i>Hutchison 3G Austria/ Orange Austria</i>	53
PCM (marża zysku)	Porównanie ceny przybliżenia kosztów krańcowych na podstawie danych księgowych.	Koszty księgowe z reguły nie dostarczają danych niezbędnych do prawidłowego oszacowania kosztów krańcowych, wycena w koszcie krańcowym jest nieosiągalna w warunkach realnych.	Stosowane raczej przy ocenie nadmiernego wygórowania cen niż samej siły rynkowej. Przykładem użycia przy ocenie siły rynkowej jest sprawa <i>Telcel</i> z praktyki meksykańskiego organu antymonopolowego (DC-08-2007).	54
q Tobina	Stosunek wartości rynkowej przedsiębiorstwa do wartości odtworzeniowej aktywów, wysoka wartość ma świadczyć o dodatniej rynkowej wycenie renty z tytułu posiadania siły rynkowej.	Różnica w wartości rynkowej i odtworzeniowej może wynikać z bardzo licznych czynników różnych od siły rynkowej.	Nie jest stosowane w postępowaniach antymonopolowych.	55
Wzorzec konkurencyjny (<i>competitive benchmark</i>)	Porównanie cen na rynku właściwym do cen tych samych towarów na rynku w pełni konkurencyjnym.	Trudności w znalezieniu odpowiedniego rynku i ocenie, czy jest on rzeczywiście konkurencyjny.	-	56
Estymacja popytu rezydualnego	Szacowanie parametrów popytu rezydualnego na podstawie informacji o zmianach cen w momencie przesunięć kosztowych nie dotyczących producentów substytutu. Firma dysponująca siłą rynkową może w takim momencie podnieść ceny i utrzymać je na podniesionym poziomie.	Przedsiębiorca, który dysponuje siłą rynkową i ją wykorzystuje (tzn. jego marża jest wysoka), może nie zmieniać cen w reakcji na przesunięcia kosztowe w przypadku niewielkiego wpływu na marżę. Z kolei duży wpływ na marżę mają zazwyczaj szoki obejmujące całą gospodarkę, a więc wpływające również na konkurentów.	-	57
Reakcja na zmianę nachylenia krzywej popytu	Analiza reakcji firm na zmiany elastyczności cenowej popytu w celu sprawdzenia, czy są one cenobiorcami.	Konieczność korygowania analizy o efekty zmian kosztowych.	-	59
Wykrywanie różnicowanych strategii wyceny	Identyfikacja zbiorowej siły rynkowej przez wykrycie okresów stosowania strategii polegającej na skoordynowaniu cen.	Brak użyteczności przy wykrywaniu indywidualnej siły rynkowej.	-	59

STRESZCZENIE

Zagadnienie siły rynkowej przedsiębiorstw w kontekście postępowań antymonopolowych należy z polskiej perspektywy analizować przez pryzmat krajowego i unijnego prawa konkurencji. W obu porządkach prawnych typowe jest wyznaczenie rynku właściwego na potrzeby tej analizy. Metody jego delimitacji opierają się na ocenie występowania substytucyjności popytowej bądź podażowej. Sposoby oceny mogą mieć charakter kryteriów jakościowych, odnoszonych do danego towaru (cena, zastosowanie), lub metod ilościowych (m.in. test SSNIP, straty krytycznej, test Elzinga-Hogarty'ego). Samą siłę rynkową, rozumianą jako możliwość działania na rynku niezależnie od konkurentów, można badać za pomocą kryteriów odnoszących się do rynku właściwego (udział w rynku, indeksy CR i HHI, wzorzec konkurencyjny) bądź też od tego rynku niezależnych (wskaźnik PCM, q Tobina). Możliwe jest również zastosowanie nowoczesnych metod ekonometrycznych, takich jak estymacja popytu rezydualnego, badanie reakcji na zmianę nachylenia krzywej popytu czy identyfikacja zróżnicowanych strategii wyceny.

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza publikacja została nagrodzona w konkursie UOKiK na najlepszą pracę magisterską w 2015 roku.

Tomasz Kwaśniewski - absolwent Szkoły Głównej Handlowej oraz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, stypendysta programu Erasmus na Uniwersytecie Wiedeńskim. Laureat II Nagrody Prezesa UOKiK w VI edycji konkursu na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konkurencji oraz wyróżnienia Stowarzyszenia Prawa Konkurencji.

„Jednym z wymiarów postępującej ekonomizacji prawa konkurencji jest częstsze stosowanie narzędzi ekonomicznych do oceny siły rynkowej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracjach. Praca Tomasza Kwaśniewskiego wypełnia lukę na rynku wydawniczym prezentując w przystępny sposób metody oceny siły rynkowej, którymi posługują się organy antymonopolowe”.

promotor dr Bartosz Targański

ISBN 978-83-60632-98-7

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl