

Jakub Kociubiński*

IDENTYFIKACJA I OCENA SKOORDYNOWANYCH EFEKTÓW KONCENTRACJI HORYZONTALNYCH W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

1. Wprowadzenie

Wraz z upływającym w 2014 r. dziesięcioleciem obowiązywania rozporządzenia 139/2004 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw Komisja Europejska (KE) rozpoczęła proces konsultacji poprzedzający reformę funkcjonujących rozwiązań¹. Opublikowana Biała Księga wskazuje na dwa podstawowe obszary, na których skupią się wysiłki legislatora: Zagwarantowanie, żeby zakres rozporządzenia objął wszystkie możliwe źródła zaburzenia konkurencji będącej skutkiem koncentracji i poprawa współpracy z krajowymi organami ochrony konkurencji².

Tytułowe efekty skoordynowane w pracach analitycznych towarzyszących przygotowywanej nowelizacji wspomniane są w kontekście możliwych skutków nabywania udziałów mniejszościowych w przedsiębiorstwach konkurencyjnych³.

* Dr Jakub Kociubiński – Adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz.Urz.UE 2004 Nr L 24/1.

² Komisja Europejska, Biała Księga „W kierunku skuteczniejszej unijnej kontroli łączenia przedsiębiorstw”, COM/2014/0449 final, pkt 2 (dalej jako: Biała Księga).

³ Ibidem, pkt 35 oraz Commission Staff Working Document „Impact Assessment. Accompanying the Document White Paper »Towards more effective merger control«, Bruksela 9.7.2014, SWD (2014) 217 final, s. 17, pkt 30.

Ich wystąpienie nie jest jednak traktowane jako pierwszoplanowy skutek wzmiankowanego nabycia, ale jeden z możliwych scenariuszy. W praktyce najczęściej występować będzie bowiem sytuacja, kiedy „znaczne ograniczenie skutecznej konkurencji”, mogące stanowić podstawę dla uznania badanej koncentracji za niezgodną z rynkiem wewnętrznym, spowodowane będzie przez wzrost siły rynkowej wyłącznie uczestników koncentracji⁴. Jednocześnie w kontekście deklarowanego *ratio legis* reformy zasadnym wydaje się spojrzenie na ekonomiczne podstawy, a także stosowane przez Komisję i Trybunał Sprawiedliwości (TS), metody i identyfikacji i oceny szczególnej postaci skutków koncentracji, jaką stanowią efekty skoordynowane i na tej podstawie sformułowanie ewentualnych wniosków *de lege ferenda*. Szczególnie, że, mimo iż tytułowe efekty występują stosunkowo rzadko, to analiza praktyki decyzyjnej KE pokazuje rosnące znaczenie czynnika związanego z oceną ich występowania⁵.

2. Pojęcie efektów skoordynowanych

Najbardziej typowym następstwem koncentracji będzie znaczące powiększenie siły rynkowej jednego podmiotu – utworzonego w wyniku koncentracji⁶. Będzie to sytuacja wiążąca się z powstaniem tzw. efektów nieskoordynowanych. Natomiast tytułowe efekty skoordynowane będą skutkiem specyficznej struktury rynku wykształconej po zakończeniu danej koncentracji, która sprawia, że dla aktywnych przedsiębiorstw korzystniejsze będzie skoordynowanie działań zamiast konkurowanie⁷.

Można wskazać, że generalnie występować będą w przypadku tzw. koncentracji pionowej, czyli obejmującej podmioty stanowiące ogniwa w łańcuchu

⁴ Stosowanie przesłanek wystąpienia „znaczącego ograniczenia skutecznej konkurencji” jest łącznie określane jako test SIEC – skrót od anglojęzycznej wersji wyrażenia (*Significant Impediment to Effective Competition*): Art. 2 ust. 2 (pierwsza przesłanka), ust. 3 *in principio* (druga przesłanka), ust. 3 *in fine* (trzecia przesłanka) rozporządzenia 139/2004. Por. także D. Zimmer, *Significant Impediment to Effective Competition*, „Zeitschrift für Wettbewerbsrecht” 2004, Vol. 2, s. 252; I. Kokkoris, H. Shelanski, *EU Merger Control. A Legal and Economic Analysis*, Oxford 2014, s. 224-226; M. Rosenthal, S. Thomas, *European Merger Control*, Monachium 2010, s. 86-88.

⁵ M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 133.

⁶ Może również nastąpić w wyniku przejęcia skutecznej kontroli nad jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami; taka operacja również stanowi koncentrację w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia 139/2004 (w pkt. b).

⁷ D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, op.cit., s. 318-321; I. Kokkoris, H. Shelanski, op.cit., s. 265-272; M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 194-197; U. Schwalbe, D. Zimmer, op.cit., s. 221-222. Por. w związku z tym sprawa T-342/99 *DEP Airtours p. Komisji* Zb.Orz. 2004 II-1785, pkt 61.

prowadzącym do powstania określonego „produktu” (towaru lub usługi)⁸. Przedsiębiorstwa pozostające w relacji wertykalnej nie tylko nie były konkurentami przed dokonaniem przedmiotowej transakcji, ale komplementarność ich ról sprzyjała budowaniu wspólnoty interesów⁹. A zatem można powiedzieć, że nawet jeżeli ostatecznym czynnikiem sprawczym koordynacji zachowań była koncentracja to zasadniczy mechanizm kooperacji występował wcześniej¹⁰.

Znacznie mniej typowa jest tytułowa sytuacja gdy koordynacja zachowań wystąpi w przypadku tzw. koncentracji horyzontalnej, czyli obejmującej przedsiębiorstwa działające na tym samym rynku. Koncentracja dotyczy wtedy podmiotów, które są konkurentami, dlatego motywacja do zachowań paralelnych zasadniczo nie zachodzi¹¹.

3. Mechanizm koordynacji

Fundamentem mechanizmu koordynacji jest osiągnięta przez przedsiębiorstwa konkluzja, że działania konkurencyjne nie przynoszą satysfakcjonujących wyników w stosunku do zaangażowanych środków a wiążą się z ryzykiem kosztów utopionych¹². W sytuacji bezcelowości agresywnych zachowań ekspansywnych zasadniczym z perspektywy zaangażowanych podmiotów będzie koordynacja zachowań i w ten sposób osiągnięcie maksimum korzyści posiadanej przez nich pozycji rynkowej¹³. W takiej sytuacji określanej jako milcząca zмова oligopolistyczna przedsiębiorstwa skupiać się będą na wspólnej, a nie indywidualnej maksymalizacji zysków poprzez paralelizm polityk cenowych¹⁴. Istotnym czynnikiem sprzyjającym wykształceniu powyższego wzorca zachowań jest struktura rynku. Szczególnie podatne są rynki oligopolistyczne cechujące się relatywnie niewielką liczbą aktywnych podmiotów i wzajemną ich współzależnością wzmacniającą motywację do kooperacji i utrudniając podejmowanie działań

⁸ D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, op.cit., s. 378-380; M.H. Riordan, *Competitive Effects of Vertical integration*, [w:] *Handbook of Antitrust Economics*, red. P. Buccirossi, Cambridge MA 2008, s. 145-180; U. Schwalbe, D. Zimmer, op.cit., s. 357;

⁹ Ibidem. Ten rodzaj koncentracji ma mniejszy potencjał spowodowania istotnego zaburzenia konkurencji, gdyż dana konfiguracja łańcucha dostaw generalnie nie będzie jedyną możliwą, dlatego ryzyko monopolizacji rynków relewantnych nie jest szczególnie duże; por. w związku z tym decyzje Komisji: COMP/M.4747 — *IBM/Telelogic*, Dz.Urz.UE 2008 Nr C 195/6; COMP/M.4854 — *TomTom/Tele Atlas*, Dz.Urz.UE 2008 Nr C 237/18; COMP/M.4942 — *Nokia/Navteq*, Dz.Urz.UE 2009 Nr C 13/7.

¹⁰ M.H. Riordan, op.cit., s. 145 i n.

¹¹ Dlatego właśnie koncentracja horyzontalna uznawana jest za potencjalnie groźniejszą dla skutecznej konkurencji niż koncentracja wertykalna.

¹² D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, op.cit., s. 341-379.

¹³ Por. w związku z tym *inter alia*: J.E. Stiglitz, J. Driffill, *Economics*, New York 2000, s. 274.

¹⁴ Ibidem.

oportunistycznych¹⁵. Faktyczna koordynacja działań będzie skutkiem racjonalnej ekonomicznie decyzji dyskontującej specyficzną strukturę rynku, ale nie musi przybrać postaci formalnego porozumienia¹⁶.

Posługując się siatką pojęciową teorii gier można wskazać, że koordynacja zachowań stanowić będzie ciąg nieskończone powtarzających się iteracyjnie eliminacji strategii – decyzji przedsiębiorstw dotyczących określonych działań¹⁷. Jeżeli dana gra składałaby się z ograniczonej liczby rund, ilość konfiguracji rozwiązań prowadzących do równowagi Nasha byłaby również skończona¹⁸. Zachowanie uczestników, co do zasady nakierunkowane byłoby wówczas na uzyskanie pożądanego rezultatu w ostatniej rundzie¹⁹. Natomiast w sytuacji braku zdefiniowanego punktu końcowego danego cyklu, podmioty dążyć będą do pozytywnego dla siebie rezultatu każdej kolejnej rundzie²⁰.

A zatem jeżeli dla danego przedsiębiorstwa, długoterminowy niekorzystny efekt będący skutkiem odejścia od „ustalonego” wzorca zachowań przewyższał będzie krótkoterminową korzyść osiągniętą wskutek takiego działania oportunistycznego, koordynacja będzie stabilna²¹. Jednocześnie konsolidacja rynku oznaczająca z jednej strony spadek liczby aktywnych na rynku podmiotów, a z drugiej wzrost siły rynkowej tych przedsiębiorstw, które pozostały na rynku, prowadząca równocześnie do wzrostu cen będzie utrudniać utrzymanie „zmowy”²². Osłabienie motywacji do koordynacji zachowań wiązać się będzie wówczas ze zwiększeniem potencjalnych krótkoterminowych korzyści z podjęcia działań konkurencyjnych²³. Reasumując, efekty skoordynowane wystąpią jeżeli struktura danego

¹⁵ Sprawy T-102/96 *Gencor p. Komisji* Zb.Orz.1999 II-753, pkt 277 i T-342/99 *DEP Airtours*, pkt 61.

¹⁶ Ibidem; J.E. Stiglitz, J. Driffill, op.cit., s. 274.

¹⁷ Por. J. Friedman, *A Non-Cooperative Equilibrium for Supergames*, „Review of Economic Studies” 1971, nr 38, s. 1-12.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ J.P. Benoit, V. Krishna, *Finitely Repeated Games*, „Econometrica” 1985, Vol. 53, s. 890-904

²⁰ U. Schwalbe, D. Zimmer, op.cit., s. 225. Dysponowanie przez uczestników rynku niekompletnymi informacjami może modyfikować ten efekt zwiększając szanse czasowej koordynacji. Por. R. Radner, *Collusive Behaviour in Noncooperative Epsilon-Equilibria of Oligopolies with Long but Finite Lives*, „Journal of Economic Theory” 1980, Vol. 22, s. 136-154.

²¹ I.D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, op.cit., s. 321-326; I. Kokkoris, H. Shelanski, op.cit., s. 262.

²² Ibidem. Zwraca uwagę, że według modelu Cournota (najbardziej popularnego ekonomicznego modelu konkurencji niedoskonałej stosowanej jako pomocnicze narzędzie analityczne podczas postępowań z zakresu prawa konkurencji) na rynkach oligopolistycznych przedsiębiorstwo określa wysokość swojej produkcji bazując na wielkości produkcji pozostałych aktywnych na rynku podmiotów. W. Novshek, *Cournot Equilibrium with Free Entry*, „Review of Economic Studies” 1980, Vol. 47, no 3, s. 473-486.

²³ D.W. Carlton, J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4th Edition, Boston MA 2004, s. 169-170; W. Novshek, op.cit., s. 473-486; W.Y. Ushio, *Approximate Efficiency of Cournot Equilibria in Large Markets*, „Review of Economic Studies” 1985, Vol. 52, no. 4, s. 547-556.

rynku (rynków) relevantnego sprawi, że dla działających na nim przedsiębiorstw racjonalnym będzie utrzymanie trwałej podwyżki cen, które z reguły utrzymywać będą ceny poniżej poziomu monopolisty, ale powyżej progu konkurencyjności²⁴.

4. Efekty skoordynowane a ogólne prawo konkurencji

Naszkicowana powyżej charakterystyka efektów skoordynowanych wykazuje *prima facie* duże podobieństwo z koncepcją kolektywnej dominacji wypracowaną na gruncie stosowania art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)²⁵. Interpretacja kryteriów oceny pozycji dominującej jednego i/lub grupy przedsiębiorstw była przedmiotem bogatego orzecznictwa Trybunału i decyzji Komisji²⁶. Zagadnienie jest też dobrze opisane w doktrynie, dlatego nie chcąc powtarzać przeprowadzonych wcześniej analiz, na potrzeby opisywanej problematyki można przyjąć, że dominacja oznaczać będzie sytuację gdy przedsiębiorstwo uzyska swobodę działania bez konieczności uwzględniania reakcji pozostałych aktywnych na rynku podmiotów – konkurentów²⁷. Natomiast w przypadku dominacji kolektywnej porównywalna swoboda zostanie osiągnięta przez co najmniej dwa przedsiębiorstwa posiadające związki ekonomiczne²⁸.

A zatem w żadnej z tych sytuacji nie można mówić o zupełnej eliminacji konkurencji, ale o jej pozostawieniu w skali, która jest pomijalna, co wydaje się wypełniać przesłankę „istotnego zaburzenia skutecznej konkurencji” sformułowaną w rozporządzeniu 139/2004. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w kontekście stosowania art. 102 TFUE sam faktyczny paralelizm zachowań podmiotów, zdaniem Trybunału, nie wystarcza normalnie do stwierdzenia „zmowy” bez wykazania istnienia między nimi szczególnych współzależności gospodarczych²⁹. Natomiast kryteria oceny zgodności z rynkiem wewnętrznym koncentracji skupiają

²⁴ Ibidem. Por. w związku z tym argumentację w sprawie 48-69 *Imperial Chemical Industries Ltd. p. Komisji*, Zb.Orz. 1972 619, pkt 64.

²⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz.UE 2012 Nr C 326/47.

²⁶ Por. szerzej *inter alia* R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, wyd. 2, Oxford 2013.

²⁷ Commission of the European Communities, XXI Report on Competition Policy 1991, Bruksela/Luxemburg 1991, s. 362.

²⁸ Sprawy T-191/98, T-212/98 do T-214/98 *Atlantic Container Line AB i inni p. Komisji* Zb.Orz. 2003 II-3275; T-342/99 DEP, *Airtours*. Por. również F. Mezzanotte, *Tacit Collusion as Economic Links in Article 82 EC Revisited*, „European Competition Law Review” 2009, Vol. 30, no. 3 s. 137-142.

²⁹ Sprawy T-68/89, T-77/89 i T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA p. Komisji* Zb.Orz.1992 II-1403, pkt 358; C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports SA Compagnie maritime belge SA i Dafra-Lines A/S p. Komisji* Zb.Orz. 2000 I-1365, pkt 45; T-191/98, T-212/98 do T-214/98 *Atlantic Container*. Por. także H. Haupt, *Collective Dominance Under Article 82 EC and EC Merger Control in the Light of the Airtours Judgment*, „European Competition Law Review” 2002, Vol. 23, no. 9, s. 434-444.

się na ochronie abstrakcyjnie pojętej „skutecznej konkurencji” i nie wprowadzają rozróżnienia klasyfikacji danego stanu faktycznego w zależności od źródeł zaburzenia (z pewnym wyjątkiem opisanych poniżej kryteriów z art. 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia 139/2004)³⁰. Rzeczywiście dominacja uczestników koncentracji będzie najbardziej typową formą wspomnianego zaburzenia, natomiast art. 2 rozporządzenia 139/2004 wskazuje ją jedynie, jako jedną z możliwych form³¹. Przesłanki sformułowane w powyższym przepisie mogą również zostać spełnione jeżeli zmniejszenie liczby aktywnie ze sobą konkurujących podmiotów doprowadzi do ustania realnej lub potencjalnej presji konkurencyjnej (*competitive constraints*) istniejącej na danym rynku³².

Należy zwrócić uwagę, że rozporządzenie 139/2004 nie wskazuje *expressis verbis* kolektywnej dominacji jako przesłanki niezgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym posługując się w art. 2 pojęciem „pozycja dominująca” bez jakiegokolwiek przymiotnika³³. A zatem istnieje pewna wątpliwość, czy koncepcja dominacji pochodząca z *acquis* wypracowanego w związku ze stosowaniem art. 102 TFUE jest całkowicie tożsama z jej odpowiednikiem funkcjonującym w rozporządzeniu 139/2004³⁴. Leksykalna analiza przepisu art. 2 powyższego rozporządzenia nie wyklucza możliwości interpretacji uznającej powstanie lub umocnienie pozycji dominującej przez więcej niż jedno przedsiębiorstwo³⁵. Dodatkowo, bazując na orzecznictwie TS można wskazywać, że analiza przepisu art. 3 ust. 1 lit. b TFUE w połączeniu z Protokołem nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, dokonana przez pryzmat zasady *effet utile* jednoznacznie wskazuje, że rozporzą-

³⁰ M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 86-88.

³¹ Art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia 139/2004 wskazując na powstanie lub umocnienie pozycji dominującej używają przysłówka „szczególnie”. Por. w związku z tym S. Baxter, F. Dethmers, *Collective Dominance under EC Merger Control – After Airtours and the Introduction of the Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance?* „European Competition Law Review” 2005, Vol. 23, no. 3, s. 495; S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 31. Por. w związku z tym decyzja KE COMP/M.5549 – *EDF/Segebel*, Dz.Urz.UE 2010 Nr C 57/9 gdzie wykazano antykonkurencyjne skutki mimo braku indywidualnej czy kolektywnej pozycji dominującej. Koncentracja została zaakceptowana pod warunkiem wdrożenia środków zaradczych.

³² I. Kokkoris, H. Shelanski, op.cit., s. 224.

³³ Art. 2 ust. 2 i ust. 3 jak również motywy 25 i 26 rozporządzenia 139/2004. Natomiast zdanie „(...) znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji” w art. 2 ust. 2 i 3 powinno być interpretowane jako wykraczające poza pojęcie dominacji jedynie odnośnie do antykonkurencyjnych skutków koncentracji, wynikających z nieskoordynowanych zachowań przedsiębiorstw, które nie miałyby pozycji dominującej na rynku, o którym mowa *in fine* motywu 25 rozporządzenia 139/2004”. *Implicite* wskazuje to na objęcie zakresem przepisu także dominacji kolektywnej.

³⁴ I. Kokkoris, H. Shelanski, op.cit., s. 266 i w związku z tym sprawa 27/76 *United Brands Company i United Brands Continentaal BV p. Komisji* Zb.Orz. 1978 207.

³⁵ Por. w związku z tym sprawy C-68/94 i C-30/95 *Francja i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) p. Komisji* Zb.Orz. 1998 I-1375, pkt. 158, 166 i 171; T-102/96, *Gencor Ltd p. Komisji* Zb.Orz. 1999 II-753, pkt 125 i 149.

dzenie 139/2004 straciłoby znaczną część swojej efektywności gdyby sytuacje związane z kolektywną dominacją znalazły się poza jego zakresem³⁶.

Dlatego można sformułować tezę, że kolektywna pozycja dominująca stanowi kwalifikowaną postać efektów skoordynowanych³⁷. Jednocześnie posiadanie takiej pozycji (niezależnie czy przez jedno, czy grupę przedsiębiorstw) nie jest zakazane na podstawie art. 102 TFUE³⁸. Niedozwolone jest jedynie nadużywanie pozycji dominującej³⁹. A zatem *acquis* powyższego przepisu ma zastosowanie przy identyfikacji określonego stanu powstałego w wyniku koncentracji, a nie parametrów oceny danej transakcji, bo w samo powstanie wspomnianej pozycji wystarczy dla uznania badanej koncentracji za niezgodną z rynkiem wewnętrznym⁴⁰.

Wobec tego antykonkurencyjne efekty wynikające z powstania i/lub umocnienia pozycji dominującej nie muszą wyczerpywać skutków koncentracji stanowiących wypełnienie przesłanki zaburzenia skutecznej konkurencji⁴¹. W takiej sytuacji, tj. w przypadku braku istnienia pozycji dominującej, co do zasady, koordynacja zachowań przedsiębiorstw podlegać będzie ocenie zgodności z rynkiem wewnętrznym na podstawie przesłanek sformułowanych w art. 101 TFUE. Przepis art. 2 ust. 4 w połączeniu z ust. 5 rozporządzenia 139/2004 wprowadza w związku z tym uzupełniające (w stosunku do ogólnych zawartych w art. 2 ust. 2 i 3) kryteria bazujące właśnie na *acquis* art. 101 TFUE. Związek mechanizmu oceny koncentracji z tym przepisem jest *explicite* wyrażony w przepisie art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/2004, który stanowi, że „W stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3 [rozporządzenia 139/2004 – przyp. aut.] ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja taka oceniania jest zgodnie z kryteriami art. 81 ust. 1 i 3 Traktatu, w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem”.

Jednocześnie Komisja w „Wytocznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw” wskazuje, że niektóre rynki posiadać mogą specyficzną strukturę sprzyjającą wypracowaniu paralelizmu zachowań aktywnych na nim podmiotów, niekoniecznie w wyniku podjęcia działań wypełniających dyspozycję

³⁶ Ibidem; M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 134. Przepis art. 3 ust. 1 lit b TFUE przyznaje UE kompetencje wyłączne w sferze ustanawiania reguł konkurencji w zakresie niezbędnym do funkcjonowania rynku wewnętrznego.

³⁷ *Per analogiam* efekty nieskoordynowane zbliżone będą do dominacji jednego przedsiębiorstwa: M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, *The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, March 2003*, Tuluza 2003, s. 26; I. Kokkoris, H. Shelanski, op.cit., s. 263.

³⁸ A. Jurkowska-Gomułka, *Artykuł 102 [w:] Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, red. A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, Warszawa 2012, s. 329.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 117.

⁴¹ S. Baxter, F. Dethmers, op.cit., s. 495.

przepisu art. 101 TFUE⁴². Stanowisko jest w znacznym stopniu kodyfikacją interpretacji dokonanej przez TS w orzeczeniu *Hoffmann-La-Roche*, gdzie podkreślono konieczność rozróżnienia dominacji z jednej strony i *sensu largo* „zmony” z drugiej, od paralelizmu zachowań, który stanowi nieodłączny element rynków mających strukturę oligopolistyczną⁴³.

Zwraca wobec tego uwagę, że stosowanie art. 101 TFUE oparte jest na założeniu o aktywnym zaangażowaniu przedsiębiorstw w daną działalność antykonkurencyjną – praktykę uzgodnioną, decyzję związku przedsiębiorstw etc. Innymi słowy dane działania muszą być skutkiem świadomej decyzji o partycypacji⁴⁴. Natomiast efekty skoordynowane mogą wystąpić na wysoce skoncentrowanych (oligopolistycznych) rynkach, gdy przedsiębiorstwa równolegle, ale bez łączności ze sobą dojdą do konkluzji, że racjonalnym będzie zrezygnowanie z agresywnych zachowań względem siebie⁴⁵. Szczególnie, że art. 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia 139/2004 wprowadzając odrębne kryteria dla koordynacyjnych skutków skupia się na ocenie wpływu na rynek uczestników koncentracji, a nie pozostałych, aktywnych na rynku przedsiębiorstw, co w naturalny sposób wynika z konstrukcji mechanizmu kontroli⁴⁶.

A zatem, podsumowując ten segment analizy, można stwierdzić, że samo istnienie efektów skoordynowanych nie musi być skutkiem podejmowania działań, które byłyby sprzeczne z art. 101 i 102 TFUE. Natomiast wykorzystanie dorobku wypracowanego w ramach stosowania art. 102 TFUE związanego z identyfikacją zbiorowej pozycji dominującej podczas oceny skoordynowanych efektów koncentracji stanowi krok zwiększający skuteczność mechanizmu kontroli poprzez objęcie nią sytuacji, gdy brak jest dowodów na porozumienia między przedsiębiorstwami⁴⁷.

⁴² Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz.UE 2004 Nr C 31/5, pkt 39 (dalej jako: Wytyczne w sprawie horyzontalnej koncentracji).

⁴³ Sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG p. Komisji* Zb.Orz. 1979 461, pkt 39.

⁴⁴ G. Materna, *Artykuł 101* [w:] red. A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, op.cit., s. 216-227.

⁴⁵ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, op.cit., s. 26.

⁴⁶ Użyte w art. 2 ust. 5, tiret 2 rozporządzenia 139/2004 wyrażenie „zainteresowane przedsiębiorstwa” oznacza uczestników koncentracji. Por. Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz.UE 2008 Nr C 95/1, pkt 129-153.

⁴⁷ A. Jurkowska-Gomułka, op.cit., s. 329.

5. Standard oceny wystąpienia efektów skoordynowanych

Analiza stanu faktycznego koncentracji pod kątem wystąpienia efektów skoordynowanych nie może ograniczyć się do mechanicznej czynności polegającej na indywidualnym rozpatrywaniu każdego z elementów transakcji w izolacji od siebie i bez uwzględnienia szerszego tła ekonomicznego mechanizmu hipotetycznej milczącej zmowy oligopolistycznej⁴⁸.

Mnogość możliwych, często bardzo specyficznych i niepowtarzalnych stanów faktycznych występujących w sprawach gdzie pojawia się konieczność oceny wystąpienia efektów skoordynowanych sprawia, że nie ma możliwości skonstruowania przepisu zawierającego kryteria oceny sformułowane w oparciu o taktywne kryteria⁴⁹. Jak zostało przedstawione we wcześniejszej części analizy, swoistym warunkiem wstępnym dla wystąpienia tytułowych efektów jest wysoki poziom koncentracji rynku. Nie stanowi jednak przesłanki samoistnej, a jest jedynie czynnikiem uprawdopodobniającym wystąpienie koordynacji⁵⁰. Komisja Europejska w cytowanych „Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw” bazując na wcześniejszym orzecznictwie Trybunału wskazała na trzy elementy wskazujące na wystąpienie tytułowych efektów skoordynowanych.

Po pierwsze, warunki działalności aktywnych na rynku przedsiębiorstw muszą być wystarczająco przejrzyste, żeby możliwe było wzajemne monitorowanie podejmowanych działań. Po drugie, musi funkcjonować swoisty mechanizm zniechęcający firmy od podejmowania działań oportunistycznych sprzecznych z modelem zachowań danej „zmowy”. A w związku z tym, po trzecie, rynek musi być strukturalnie zabezpieczony przed pojawieniem się nowych podmiotów, które dodając element presji konkurencyjnej doprowadziłyby do konieczności odejścia od skoordynowanej formy zachowania dotychczasowych przedsiębiorstw⁵¹. Zabezpieczenie nie musi wynikać wyłącznie z wysokich barier wejścia, ale może być skutkiem istnienia mechanizmów nakładających nowych uczestników do adaptacji działań do funkcjonującego modelu koordynacji⁵².

⁴⁸ Sprawa C-413/06 P *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America p. Independent Music Publishers i Labels Association (Impala)*, Zb.Orz. 2008 I-4951, pkt 125.

⁴⁹ P. Massey, M. McDowell, *Joint Dominance and Tacit Collusion: Some Implications for Competition and Regulatory Policy*, „European Competition Journal” 2010, Vol. 6, no. 2, s. 427-444.

⁵⁰ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, op.cit., s. 19-21; M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 137-138; U. Schwalbe, D. Zimmer, op.cit., s. 228-229.

⁵¹ Sprawa T-342/99 DEP *Airtours*, pkt 62.

⁵² Wytyczne w sprawie horyzontalnej koncentracji, pkt 56; decyzja KE IV/M.1524 — *Airtours/First Choice*, Dz.Urz.UE 2000 Nr. L 93/1. Por. także I D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, op.cit., s. 335.

Przesłankę transparentności relacji biznesowych zachodzących na danym rynku postrzegać można jako swego rodzaju zabezpieczenie utrzymania koordynacji⁵³. Nie jest wystarczającym, żeby dla uczestników rynku koordynacja zachowań była racjonalna, bo wskazanie *ex ante* teoretycznego mechanizmu nie jest tożsame z faktycznym powstaniem antykonkurencyjnych efektów⁵⁴.

Konieczna jest ustalenie, czy istniejąca struktura rynku sprawia, że powstanie paralelnego wzorca zachowań jest relatywnie proste⁵⁵. Innymi słowy przedsiębiorstwa muszą mieć dobre rozeznanie w działaniach swoich konkurentów pozwalające na ocenę, czy zachowują się zgodnie ze zidentyfikowanym modelem koordynacji⁵⁶. Należy zwrócić uwagę, że gdyby zastosować niezmodyfikowane kryteria zaczerpnięte z art. 101 TFUE informacje musiałyby być wprost przekazywane sobie przez uczestników rynku⁵⁷. Natomiast w analizowanej sytuacji podmiot musi mieć możliwość samodzielnego zdobycia i analizy informacji dotyczącej aktywności innych uczestników rynku⁵⁸.

Przytoczyć można ogólną zasadę, zgodnie z którą „(...) im mniej skomplikowane i bardziej stabilne jest środowisko ekonomiczne, tym łatwiej jest przedsiębiorstwom osiągnąć *de facto* porozumienie w sprawie warunków koordynacji”⁵⁹. Co do zasady możliwość wzajemnego monitorowania będzie proporcjonalnie większa na rynkach cechujących się homogenicznością produktów dodatkowo wzmacnianą przez transparentność polityk cenowych i przejrzystą stratyfikację preferencji konsumenckich⁶⁰. Są to zatem kryteria immanentnie związane z kwestią wyznaczenia rynku właściwego⁶¹. Im więcej czynników wpływa na decyzję konsumenta

⁵³ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op.cit.*, s. 233; N. Schulz, *Market Transparency on the Consumer Side and Tacit Collusion*, „European Economic Review” 2005, Vol. 49, s. 279-297.

⁵⁴ Decyzja KE COMP/M.4854 — *TomTom/Tele Atlas*, pkt 280. Możliwość zastosowania znaczących, ale krótkotrwałych obniżek cen, które ze względu na czas trwania mogą pozostać „niewykryte” przez konkurentów mimo ogólnej transparentności rynku będzie zasadniczo stanowić czynnik dezintegrujący koordynację mimo ogólnej transparentności rynku. R. Feinberg, C.M. Snyder, *Collusion with Secret Price Cuts: An Experimental Investigation*, „Economics Bulletin” 2003, Vol. 3, no. 6, s. 1-11.

⁵⁵ Decyzje KE COMP/M.4781 — *Norddeutsche Affinerie/Cumerio*, Dz.Urz.UE 2008 Nr C 161/7, pkt. 186 i n.; COMP/M.5114 — *Pernod Ricard/V&S*, Dz.Urz.UE 2008 Nr C 219/3, pkt 107.

⁵⁶ Decyzje KE COMP/M.3268 — *Sydkraft/Graninge*, Dz.Urz.UE 2003 Nr C 297/22, pkt 40; COMP/M.4523 — *Travelport/Worldspan*, Dz.Urz.UE 2007 Nr L 314/21, pkt 161; COMP/M.4844 — *Fortis/ABN AMRO*, Dz.Urz.UE 2007 Nr C 265/2, pkt 197; COMP/M.4963 — *Rexel/Hagemeyer*, Dz.Urz.UE 2008 Nr C 207/2, pkt. 71; COMP/M.4942 — *Nokia/Navteq*, Dz.Urz.UE 2009 Nr C 13/7, pkt 403.

⁵⁷ Por. G. Materna, *op.cit.*, s. 216-227.

⁵⁸ Por. np. decyzje KE COMP/M.4854 — *TomTom/Tele Atlas*, pkt 280; COMP/M.4942 — *Nokia/Navteq*, pkt 403.

⁵⁹ Wytoczne w sprawie horyzontalnej koncentracji, pkt 45.

⁶⁰ Sprawa T-342/99 DEP *Airtours*, pkt 91; Decyzje KE IV/M.619 – *Gencor/Lonrho*, Dz.Urz.UE 1997 Nr L 11/30, pkt 141 i COMP/M.5114 — *Pernod Ricard/V&S*, pkt 108.

⁶¹ I. Kokkoris, H. Shelanski, *op.cit.*, s. 278.

o wyborze konkretnego produktu z gamy substytutów, tym trudniejsze będzie osiągnięcie niepisanego porozumienia między ich producentami. Natomiast w sytuacji eliminacji wszystkich dodatkowych elementów ułatwiających rozróżnienie produktów jak jakość czy prestiż marki, wpływających na konkurencyjność oferty, jedynym relewantnym elementem pozostaje cena⁶². A zatem sfera, w której najłatwiej wypracować wzorec zbieżnych zachowań. Brane pod uwagę są również inne cechy strukturalne jak istnienie więzi współzależności i kooperacji między uczestnikami rynku⁶³.

Istnienie efektów zachęty do rozpoczęcia koordynacji jest w naturalny sposób dopełnione istnieniem mechanizmu punitywnego w przypadku odstąpienia od niej⁶⁴. „Odwet” pozostałych uczestników rynku w momencie odstąpienia od określonego modelu zachowań nie musi być ograniczony do rynku, gdzie nastąpiło wspomniane odejście od koordynacji, ale może zmaterializować się na rynkach równoległych⁶⁵. Dla efektywności mechanizmu odwetowego kluczowe jest, czy dolegliwość skutków reakcji pozostałych przedsiębiorstw przekładająca się na pojawienie się strat w perspektywie krótkoterminowej jest większa niż możliwa długoterminowa korzyść osiągnięta dzięki odstąpieniu od koordynacji⁶⁶. Szybkość działań represyjnych ma duże znaczenie, ale jeszcze istotniejsza jest nieuchronność wstąpienia negatywnych konsekwencji⁶⁷.

Ryzyko dotkliwego odwetu będzie odwrotnie proporcjonalne do szansy realizacji dużego, krótkoterminowego zysku⁶⁸. Taka sytuacja występować będzie typowo na rynkach, na których występuje relatywnie niewielka liczba dużych zamówień, co sprzyja podejmowaniu działań oportunistycznych⁶⁹. Podobnie jak

⁶² Decyzje KE IV/M.206 – *Rhone-Pulec/SNIA*, Dz. Urz. WE z 1992 Nr C 212/23; IV/M.337 – *Knorr Bremse/Allied Signal*, Dz. Urz. UE 1993 Nr C 293/6.

⁶³ Decyzje KE KE COMP/M.4844 — *Fortis/ABN AMRO*, pkt 128 i 196; COMP/M.4781 — *Norddeutsche Affinerie/Cumerio*, pkt 183.

⁶⁴ Sprawa T-342/99 DEP *Airtours*, pkt 62. Wytyczne w sprawie horyzontalnej koncentracji, pkt 52; decyzja KE IV/M.1313 — *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, Dz. Urz. UE 2000 Nr L 20/1, pkt 177.

⁶⁵ Ibidem.; decyzja KE COMP/M.4141 — *Linde/BOC*, Dz. Urz. UE 2006 Nr C 181/13, pkt 146.

⁶⁶ Decyzje KE COMP/M.1741 — *MCI WorldCom/Sprint*, Dz. Urz. UE 2003 Nr L 300/1, pkt 280; COMP/M.4057 — *Korsnäs/Assidomän Cartonboard*, Dz. Urz. UE 2006 Nr C 209/12, pkt 80.

⁶⁷ Wytyczne w sprawie horyzontalnej koncentracji, pkt 52; decyzje KE COMP/M.1939 – *Re-xam (PLM)/American National Can*, [niepublikowana], pkt. 24; COMP/M.4600 — *TUI/First Choice*, Dz. Urz. UE 2007 Nr C 137/6, pkt 110 i 116-124; COMP/M.5114 — *Pernod Ricard/V&S*, pkt 107.

⁶⁸ Decyzja COMP/M.4979 — *ACER/Packard Bell*, Dz. Urz. UE 2008 Nr C 112/11, pkt 40. Dodatkowym czynnikiem utrudniającym koordynację w przypadku stanu faktycznego tej sprawy, była poufność transakcji uniemożliwiająca wzajemne monitorowanie działań konkurentów.

⁶⁹ Decyzje KE COMP/M.1882 — *Pirelli/BICC*, Dz. Urz. UE 2003 Nr L 70/35, pkt 82; COMP/M.4187 — *Metso/Aker Kvaerner*, Dz. Urz. UE 2008 Nr. C 6/11, pkt. 115. Analogicznie rynki cechujące się wysoką amplitudą fluktuacji popytu są mniej narażone na wystąpienie koordynacji zachowań. Por. J.J. Rotemberg, G. Saloner, *A Supergame-Theoretic Model of Price Wars During Booms*, „American Economic Review” 1986, Vol. 76, no. 3, s. 390-407.

w przypadku przesłanki przejrzystości relacji biznesowych, także efektywność mechanizmu „odstraszenia” jest zwiększana przez jednorodność produktów determinująca ich substytucyjność a więc i paralelizm polityk cenowych⁷⁰.

Dodatkowo faktyczna dolegliwość działań punitywnych będzie do pewnego stopnia modyfikowana przez art. 101 ust. 1 TFUE, gdyż zbyt daleko idąca reakcja pozostałych konkurentów może być uznana za działanie niedozwolone na podstawie tego przepisu. Oczywiście wtedy należałoby wskazać istnienie komunikacji między tymi podmiotami⁷¹. Można teoretycznie również wskazywać, na możliwość zakwalifikowania opisywanego odwetu jako nadużycie zbiorowej pozycji dominującej. Z perspektywy czysto dogmatycznej wykładnia ma rację bytu, natomiast od strony praktycznej jest wątpliwe, czy uczestnicy koordynacji angażowaliby się w działania represyjne wobec podmiotów, których wpływ na rynek jest bagatelny i nie ogranicza „swobody manewru” pozostałych kooperantów⁷². W tym kontekście zwraca uwagę, że relatywna symetria uczestników rynku stanowi czynnik petryfikujący ustalenie koordynacji zachowań⁷³. Dlatego zasygnalizowana możliwość zastosowania art. 102 TFUE do ograniczenia dolegliwości reakcji i tym samym ogólnej minimalizacji ryzyka koordynacji jest problematyczna.

Wspomniana relatywna symetria przedsiębiorstw stanowi pewien wskaźnik zbieżności ich interesów⁷⁴. Zasadniczo osiągnięta będzie przez posiadanie porównywalnej siły rynkowej. Innymi słowy, jeżeli przedsiębiorstwa będą miały podobną wielkość, żaden z podmiotów nie będzie miał wystarczającego potencjału do wykorzystania posiadanej siły i uczestnicy rynku będą w stanie wzajemnie się „zablokować”, przez co koordynacja stanie się racjonalnym wyborem⁷⁵. Także w tym przypadku znaczenie będzie miało podobieństwo produktów, które wpłynie na zbliżoną strukturę kosztów zaangażowanych przedsiębiorstw i zbieżność ich strategii biznesowych⁷⁶. Symetria nie musi jednak zawsze prowadzić do koordynacji zachowań zwłaszcza w przypadku występowania istotnych różnic oferowanych produktów⁷⁷.

⁷⁰ Decyzja KE IV/M.580 – *ABB/Daimler Benz*, Dz.Urz.UE 1997 Nr C 11, pkt. 91; M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, op.cit., s. 46; U. Schwalbe, D. Zimmer, op.cit., s. 259-260.

⁷¹ Por. G. Materna, op.cit., s. 216-227. Niekoniecznie wymiany informacji ustalającej pierwotną koordynację, ale komunikację w związku z reakcją.

⁷² Por. A. Jurkowska-Gomułka, op.cit., s. 323.

⁷³ M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 138.

⁷⁴ Decyzja KE IV/M.190 – *Nestlé/Perrier*, Dz. Urz. WE 1992 Nr L 356/1 pkt 123; sprawa T-342/99 DEP *Airtours*, pkt 91.

⁷⁵ Decyzje KE IV/M.315 – *Mannesmann/Vallourec/Ilva*, Dz.Urz.UE 1994 Nr L 102/15, pkt 55; IV/M.1383 — *Exxon/Mobil*, Dz.Urz.UE 2004 Nr L 103/1, pkt 477; COMP/M.2201 — *MAN/Auwärter*, Dz.Urz.UE 2002 Nr L 116/35, pkt 32; COMP/M.2498 — *UPM-Kymmene/Haindl*, Dz.Urz.UE 2002 Nr L 233/38, pkt 81. Por. także I D. Gore, S. Lewis, A. Lofaro, F. Dethmers, op.cit., s. 371-372.

⁷⁶ Decyzja KE IV/M.190 – *Nestlé/Perrier*, pkt 123; wyrok T-342/99 DEP *Airtours*, pkt 91.

⁷⁷ K-U. Kühn, *The Coordinated Effects of Mergers in Differentiated Products Industries*, “CEPR Discussion Paper 2004” Por. analiza konkurencyjności w decyzji KE COMP/M.5747 — *Iberia/British*

Z drugiej strony jeżeli jeden z aktywnych na danym rynku podmiotów posiada zdecydowanie mocniejszą pozycję rynkową, co może wynikać np. z synergetycznego efektu skali dającego się zaobserwować w sektorach sieciowych przez co możliwe staje się osiągnięcie przewagi dzięki niższym kosztom jednostkowym, wystąpienie skoordynowanych efektów będzie mniej prawdopodobne⁷⁸. Można wskazać, że w takiej sytuacji, istnienie milczącej zмовы oligopolistycznej będzie uzależnione od decyzji wspomnianego najsilniejszego podmiotu⁷⁹. Pozostali uczestnicy rynku będą bowiem wrażliwi na skutki unilateralnych działań ze strony dysponenta największej siły rynkowej⁸⁰. Z ich perspektywy utrzymanie *status quo* byłoby korzystne, natomiast dla najsilniejszego przedsiębiorstwa niewykorzystanie możliwości ekspansji jest nieracjonalne, zakładając oczywiście, że podmiot posiadać będzie zasoby do podjęcia takich działań⁸¹.

6. Zakończenie

Kwestie związane z identyfikacją i w dalszej kolejności przeciwdziałaniem negatywnym skutkom koordynacji zachowań przedsiębiorstw będącej następstwem koncentracji wpisują się w ogólnie sformułowane *ratio legis* reformy unijnego systemu kontroli koncentracji w postaci objęcia zakresem rozporządzenia wszystkich możliwych skutków zaburzenia konkurencji, a więc i tych występujących incydentalnie⁸². W tym kontekście należy odnotować element reformy polegający na zamiarze objęcia kontrolą prewencyjną sytuacji nabywania udziałów mniejszościowych w przedsiębiorstwach konkurencyjnych niewiążącej się z przejściem skutecznej kontroli i/lub uzyskaniem decydującego wpływu⁸³.

Airways, Dz.Urz.UE 2010 Nr C 241/1pkt 69-127.

⁷⁸ M. Rosenthal, S. Thomas, op.cit., s. 138.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Wskazuje się, że poziom wrażliwości jest wprost proporcjonalny do podobieństw w strukturze kosztów. Por. J.E. Harrington, *The Determination of Price and Output Quotas in Heterogenous Cartel*, "International Economic Review" 1991, Vol. 39, s. 767-793.

⁸¹ Kategoria ekonomicznej racjonalności wymyka się ujęciu w bezwzględnych, obiektywnych kategoriach umożliwiających prostą transpozycję na sferę aplikacji prawa konkurencji. Jest konieczną asumpcją, ale jak każda fikcja prawna ma swoje praktyczne ograniczenia (por. *inter alia* H.A. Simon, *Method and Appraisal in Economics*, Cambridge University Press, Cambridge 1976, s. 129-148. Por. także H.A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*. "The Quarterly Journal of Economics" 1955, Vol. 69, no. 1, s. 99-118. Por. także decyzja KE /M.580 – ABB/Daimler Benz, pkt 90.

⁸² Biała Księga, pkt 2.

⁸³ Ibidem., pkt 24-27. Ocena wszystkich aspektów proponowanego rozwiązania polegającego na objęciu prewencyjną kontrolą nabywania niekontrolujących udziałów mniejszościowych przedsiębiorstw konkurencyjnych leży poza zakresem niniejszego opracowania. Na ten temat szerzej por. D. Aziewicz, *Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejską w planowanej*

Można stwierdzić, że powstała w wyniku takiego nabycia sytuacja stanowi „podatny grunt” dla wypełnienia przedstawionych przesłanek występowania efektów skoordynowanych.

Natomiast przez to, że tytułowe efekty są dosyć szczególną formą następstw koordynacji horyzontalnej, a ich wystąpienie uzależnione jest od istnienia specyficznej, w praktyce dosyć rzadko spotykanej konfiguracji rynku⁸⁴. Nawet wskazana w Białej Księdze sytuacja nabycia niekontrolujących udziałów mniejszościowych wiąże się jedynie z powstaniem pewnego prawdopodobieństwa wystąpienia przedmiotowych efektów (w praktyce niemożliwego do oszacowania). Dlatego nie wydaje się możliwe skonstruowanie przepisu zawierającego praktycznie użyteczne (i dające powtarzalne rezultaty niezależnie od stanu faktycznego) kryteria sformułowane w kategoriach bezwzględnych, mogące stać się podstawą ich identyfikacji i oceny stopnia zaburzenia konkurencji. Innymi słowy istotne znaczenie kazuistycznej oceny okoliczności towarzyszących danemu postępowaniu wymusza stosowanie ramowo sformułowanych wytycznych mających charakter *soft law*. Nie wydaje się zatem zasadne postulowanie utworzenia rozwiązania dedykowanego przeciwdziałaniu negatywnym następstwom koordynacji, kodyfikującym do pewnego stopnia dorobek orzecznictwa, i wbudowania go do rozporządzenia będącego „następcą” obecnie obowiązujących przepisów.

Można zaryzykować tezę, że żaden mechanizm kontroli prewencyjnej, z samej swojej istoty, nie będzie w stanie skutecznie przeciwdziałać powstawaniu negatywnych skutków skoordynowanych. Ilość zmiennych wpływających na decyzję przedsiębiorstwa dotyczącą rozpoczęcia koordynacji w połączeniu w faktem, iż dynamika rynku wymuszać może adaptację strategii biznesowej sprawie, że nie wydaje się możliwe wystarczająco dokładne prognozowanie koordynacji. Nawet bowiem w przypadku częściowego powiązania właścicielskiego, inwestor mniejszościowy jest tylko jednym z wielu elementów wpływających na ostateczny kurs strategiczny firmy. Oczywiście nie jest wykluczone, że wykrycie antykonkurencyjnej koordynacji nastąpi na etapie kontroli planowanej koncentracji, jednak to instrumenty ogólnego prawa konkurencji umożliwiające stałe monitorowanie zachowań aktywnych na rynku przedsiębiorstw i ich wzajemnych relacji wydają się lepiej przystosowane do oceny skutków zbieżnych zachowań.

Jednocześnie zwraca uwagę, że ogólne prawo konkurencji skupia się na ochronie rynku (i konsumentów) przed antykonkurencyjnymi działaniami konkretnych podmiotów. Natomiast kontrola koncentracji ma na celu przeciwdziałanie powstaniu sytuacji zaburzenia skutecznej konkurencji. Dlatego o ile w przypadku art. 102 TFUE, pozycja dominująca, która jak zostało wykazane jest w dużym

reformie rozporządzenia 139/2004, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 9(3), s. 34-46.

⁸⁴ Modelowy i przez to trudno powtarzalny przykład wystąpienia opisanych przesłanek stanowią okoliczności sprawy COMP/M.4980 – *ABF/GBI Business*, Dz.Urz.UE 2008 Nr C 145/12.

stopniu tożsama z efektami skoordynowanymi, nie jest sama w sobie zakazana, o tyle jej wystąpienie w wyniku koncentracji przesądzi o uznaniu transakcji za niezgodną z rynkiem wewnętrznym. Dlatego wspomniane częściowe przejęcie *acquis* art. 102 TFUE ograniczone będzie do kwestii jej identyfikacji a nie oceny. Nie kwestionując zatem samej zasadności wysiłków zmierzających do identyfikacji możliwej koordynacji na etapie prewencyjnej kontroli koncentracji, względy praktyczne przemawiają, że niezależnie od proponowanych zmian rozporządzenia 139/2004, w przypadku tytułowych efektów mechanizm kontroli *ex ante* pozbawiony będzie pełnej skuteczności i będzie musiał być uzupełniony przez narzędzia ogólnego prawa konkurencji.

Coordinated Effects in Horizontal Mergers in European Union Law

Certain market structures are conducive to tacit coordination due to existence of sustainable mechanism of coordination. Such mechanism exists primarily on tight-knit oligopolistic markets. Post-merger situation where undertakings are able to behave in a parallel manner and derive benefits from their collective power is described as coordinated effects. It goes without saying that these effects are generally atypical in case of horizontal mergers as in this situation main anti-competitive effects are caused by the increase of market power of the single undertaking. However analysis of coordinated effects plays an increasingly important role in modern merger control analysis. This paper provides an analysis of criteria of assessment of coordinated effects and its relations with other concepts of collusive behavior regulated in EU Competition Law.