

ADRIANA ZABŁOCKA

Niehoryzontalne połączenia przedsiębiorstw a polityka konkurencji Unii Europejskiej



Non-horizontal Mergers and EC Competition Policy



CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

Niehoryzontalne połączenia przedsiębiorstw a polityka konkurencji Unii Europejskiej*

Non-horizontal Mergers and EC Competition Policy**

* Opracowanie jest rezultatem badań prowadzonych przez Autorkę w Bibliotece Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego we Florencji w 2007 r. w ramach programu „*Summer Fellowship*” w oparciu o grant Centrum Europejskiego Natolin.

** The paper has been based on the research conducted by the Author in the Library of the European University Institute in Florence in 2007 within the project „*Summer Fellowship*” sponsored by the European Centre Natolin.

© CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

redakcja w języku polskim

ELŻBIETA NOWICKA-ROŻEK

redakcja w języku angielskim

JAROSŁAW BRZEZIŃSKI

tłumaczenie na język angielski

AGENCJA TŁUMACZY ZAWODOWYCH LETTERMAN SPÓŁKA Z O.O.

skład i druk

NAJ-COMP, UL. MINERSKA 1 · 04-506 WARSZAWA

projekt graficzny

WOJCIECH SOBOLEWSKI

wydawca / published by

CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN,

UL. NOWOURSYNOWSKA 84 · 02-797 WARSZAWA

TEL. 022 545 98 00 · FAX 022 649 12 99

FUNDACJA@NATOLIN.EDU.PL · WWW.NATOLIN.EDU.PL

ISSN 1732-0445

WARSZAWA 2009

Spis treści

Wstęp. Koncentracje niehoryzontalne a polityka konkurencji WE ...	7
1. Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw a ekonomiczna analiza koncentracji niehoryzontalnych	8
1.1. Zagadnienia wstępne oraz koncentracje konglomeratowe ...	10
1.2. Koncentracje wertykalne	24
2. Koncentracje niehoryzontalne w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej	33
2.1. Koncentracje wertykalne	33
2.2. Koncentracje konglomeratowe	40
Zakończenie	50
Bibliografia	52
O Autorce	55

Table of contents

Introduction	
Non-horizontal mergers and EC competition policy	59
1. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers and the economic analysis of non-horizontal mergers	60
1.1. Background and conglomerate mergers	62
1.2. Vertical concentrations	75
2. Non-horizontal mergers in decision-making practice of the European Commission	83
2.1. Vertical mergers	83
2.2. Conglomerate mergers	89
Conclusions	99
Bibliography	101
On the Author	104

WSTĘP

KONCENTRACJE NIEHORYZONTALNE A POLITYKA KONKURENCJI WE

28 listopada 2007 r. Komisja Europejska przyjęła *Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw* na mocy *Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Celem *Wytycznych* jest przedstawienie przez Komisję przedsiębiorstwom planującym koncentracje wertykalne i konglomeratowe spójnych ram oceny tych działań. Ze względu na to, że *Wytyczne* zawiera charakterystykę podstawowych elementów wspólnotowej polityki konkurencji wobec koncentracji niehoryzontalnych, stanowi on odpowiedni punkt wyjścia do przeprowadzenia oceny spójności tej polityki w oparciu o dorobek nauk ekonomicznych. Praca ta jest próbą ekonomicznej analizy koncentracji niehoryzontalnych z jej implikacjami dla polityki konkurencji, w celu uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy istnieją odpowiednie podstawy teoretyczne dla przewidywalnej oceny koncentracji niehoryzontalnych. ■

1. WYTYCZNE W SPRAWIE OCENY NIEHORYZONTALNYCH POŁĄCZEŃ PRZEDSIĘBIORSTW A EKONOMICZNA ANALIZA KONCENTRACJI NIEHORYZONTALNYCH

Zgodnie z art. 2(3) Rozporządzenia Rady nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, „koncentracje, które przeszkadzałyby znacząco skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub na jego znacznej części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, uznaje się za niezgodne ze wspólnym rynkiem”. Organem Wspólnoty Europejskiej odpowiedzialnym za ustalenie zgodności lub niezgodności planowanych koncentracji ze wspólnym rynkiem jest Komisja Europejska (Komisja). Z uwagi na skalę działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwa notyfikujące Komisji planowane koncentracje oraz istotne skutki rynkowe tego rodzaju działań, Komisja – wzorem organów ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych – poprzez wytyczne przybliża przedsiębiorstwom stosowane podejście analityczne. Podejście to zostało ukształtowane na podstawie doświadczenia zdobytego przez Komisję od 1990 r.¹, a także za sprawą teorii ekonomicznych stanowiących coraz częściej istotną podbudowę przeprowadzanych analiz stanu konkurencji.

Celem wytycznych jest zapewnienie przedsiębiorstwom planującym koncentrację przewidywalności efektów oceny dokonywanej przez Komisję. Na podstawie informacji zawartych w takich dokumentach przedsiębiorstwa planujące koncentrację mogą wstępnie ocenić, czy działania, które chcą podjąć, mogą zostać zakazane przez Komisję, czy też zostaną uznane za neutralne lub przynoszące korzyści dla skutecznej konkurencji na wspólnym rynku. Tego rodzaju działania informacyj-

¹ Tj. od czasu wejścia w życie Rozporządzenia Rady nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

ne zostały zapoczątkowane przez Komisję w 2004 r. poprzez wydanie *Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy Rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji*² (*Wytyczne horyzontalne*). Ten akt prawny, o charakterze niewiążącym, przybliżył podejście analityczne Komisji względem jednego z typów koncentracji, który niesie ze sobą istotny potencjał ograniczenia konkurencji w wyniku scalenia działalności przedsiębiorstw działających na tym samym rynku właściwym.

Poddane analizie, w niniejszym opracowaniu, *Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy Rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji*³ (*Wytyczne niehoryzontalne*) stanowią naturalne rozszerzenie działań informacyjnych Komisji na temat oceny koncentracji przedsiębiorstw zapoczątkowanych wydaniem *Wytycznych horyzontalnych*. *Wytyczne niehoryzontalne* przedstawiają bowiem podejście analityczne stosowane przez Komisję w ocenie koncentracji wertykalnych i konglomeratowych. Termin „koncentracje wertykalne” (pionowe) odnosi się do sytuacji, w której dochodzi do scalenia się przedsiębiorstwa z dostawcami i kooperantami (koncentracje typu *upstream*) lub z siecią dystrybucji i sprzedaży swoich produktów lub usług (koncentracje typu *downstream*). Koncentracje konglomeratowe mają natomiast miejsce, gdy scalające się przedsiębiorstwa działają w odmiennych, nie powiązanych ze sobą wertykalnie i horyzontalnie rynkach. Każdy z trzech typów koncentracji wiąże się odmiennym charakterem oddziaływań na stan konkurencji, co jest podstawą wyróżnienia odrębnych metod analizy tych oddziaływań przez organy ochrony konkurencji.

² Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy Rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ C 31, 05.02.2004).

³ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ C 265/6, 2007).

Z punktu widzenia potencjalnych ograniczeń konkurencji koncentracje horyzontalne różnią się tym od niehoryzontalnych, że mogą mieć bezpośredni wpływ na siłę rynkową poprzez eliminację konkurencyjnych ograniczeń istniejących między łączącymi się przedsiębiorstwami (tj. wzrost koncentracji). W przypadku koncentracji wertykalnych i konglomeratowych ograniczające konkurencję efekty tych działań mają charakter pośredni, gdyż wiążą się z przenoszeniem siły rynkowej w ramach różnych rynków właściwych, powiązanych na skutek koncentracji lub z wyeliminowaniem potencjalnej konkurencji.

1.1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE ORAZ KONCENTRACJE KONGLOMERATOWE

Zarysowany w *Wytycznych niehoryzontalnych* proces analityczny pomija rozważania na temat wyznaczania rynków właściwych⁴ i po przybliżeniu definicji koncentracji niehoryzontalnych oraz zagadnień wstępnych wskazuje pierwszy element dokonywanej przez Komisję oceny niehoryzontalnych koncentracji, tj. udział w rynku i poziomy koncentracji. Wskaźniki te poddawane są ocenie w celu ustalenia strukturalnej sytuacji konkurencyjnej na rynkach, na które koncentracja wywiera wpływ. Stanowią one bowiem powszechnie akceptowane miary stopnia kontroli rynku. Kontrola rynku, tj. posiadanie siły rynkowej przez co najmniej jedno z łączących się przedsiębiorstw, uznawana jest za warunek wstępny wystąpienia ograniczeń konkurencji w wyniku koncentracji wertykalnych i konglomeratowych⁵. Według *Wytycznych niehoryzontalnych* podejrze-

⁴ Sposób wyznaczania rynków właściwych przez Komisję zawarty jest bowiem w innym dokumencie, zob. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (OJ C 372/03, 1997).

⁵ M.H. RIORDAN „S.C. SALOP, *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach* „Antitrust Law Journal”, No 63, 1994–1995, s.522–523; M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004; J.R. FELTON, *Conglomerate Mergers, Concentration and Competition* „American Journal of Economics and Sociology” Vol. 30, No. 3., Jul., 1971, s.234–245.

nie wystąpienia niekonkurencyjnych zachowań nie zostanie stwierdzone przez Komisję, jeśli udziały stron koncentracji w każdym z rynków, na które koncentracja wywiera wpływ, nie przekraczają 30%, a wskaźnik koncentracji *Herfindabla - Hirschmana* (HHI) wynosi mniej niż 2000⁶.

Przyjęte w *Wytycznych niehoryzontalnych* podejście Komisji do zastosowania udziału w rynku i wskaźnika HHI jako miar siły rynkowej stron koncentracji oparte jest na powszechnie akceptowanych ramach teoretycznych. Jednak wskazane wartości progowe trudno ocenić z uwagi na brak mocnych podstaw teoretycznych i empirycznych do wskazania krytycznych wartości tych wskaźników, a nawet stwierdzenia, czy są one zbyt niskie lub zbyt wysokie, aby wychwycić koncentracje niosące ze sobą niebezpieczeństwo wystąpienia antykonkurencyjnych zachowań⁷. Można jedynie stwierdzić, że przyjęty próg 30% udziału w rynku służy zachowaniu spójności między regułami przyjętymi w *Wytycznych niehoryzontalnych* a zasadami oceny wertykalnych porozumień przedsiębiorstw zawartymi w *Wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych*⁸. Z ekonomicznego punktu widzenia analiza ograniczeń porozumień wertykalnych jest tożsama z analizą koncentracji wertykalnych. Koncentracje wertykalne mogą bowiem stanowić alternatywę wobec ograniczeń wertykalnych⁹. W związku z tym przyjęcie takich samych zasad analizy ograniczeń konkurencji, związanych z tymi dwoma alternatywnymi strategiami przedsiębiorstw, stanowi o efektywności działań Komisji w obu tych obszarach prawa konkurencji.

⁶ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, *op. cit.*, ustęp 25.

⁷ Zob. J. FAIRBURN, P. GEROSKI, *The Empirical Analysis of Market Structure and Performance*, [w:] *European Mergers and Merger Policy*, M. BISHOP and J. KAY (eds.), Oxford University Press 1993, s. 217–237; O. SHY, *Industrial Organization. Theory and Application*, Cambridge, 1995, s. 171–185; F.M. FISHER, *Horizontal Mergers: Triage and Treatment*, „Journal of Economic Perspectives”, Vol. 1, No. 2, Fall 1987, s. 23–40; P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Fundamentals of Antitrust Law*, vol. I; Aspen Law & Business, New York, 2002, s. 386, przypis 20.

⁸ Obwieszczenie Komisji. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (OJ C 291/01 13.10.2000), ustępy 21–22 i 93.

⁹ M. MOTTA, *op. cit.*, s. 302, 305.

Powyższego uzasadnienia nie można jednak zastosować do wyjaśnienia przyjętej w *Wytycznych niehoryzontalnych* wartości wskaźnika HHI. W *Wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych* odnaleźć można bowiem tylko jedno odwołanie do wskaźnika HHI < 1000, jako wartości świadczącej o nieskoncentrowanej strukturze rynku¹⁰. Przyjęta w *Wytycznych niehoryzontalnych* wartość krytyczna HHI > 2000 jest natomiast spójna z wartością progową wskazaną przez Komisję w przypadku horyzontalnych koncentracji przedsiębiorstw¹¹. Należy także dodać, że nieprzekroczenie wartości progowych wskaźnika HHI i udziałów w rynku stron koncentracji ustalonych w *Wytycznych niehoryzontalnych* nie musi być równoznaczne ze stwierdzeniem braku zagrożenia sytuacji konkurencyjnej na danym rynku. W ustępie 26 *Wytycznych niehoryzontalnych* wśród przykładowych sytuacji wykluczających możliwość oparcia wstępnej analizy skutków koncentracji wyłącznie na wartości wskaźnika HHI i udziałach w rynku stron koncentracji znalazły się:

- koncentracja, w której uczestniczy przedsiębiorstwo o znaczącym potencjale ekspansji w niedalekiej przyszłości, np. dzięki właśnie wprowadzonym innowacjom;
- istnienie wzajemnych powiązań własnościowych lub menedżerskich między uczestnikami danego rynku;
- udział w koncentracji firmy indywidualistycznej, stwarzającej zagrożenie zakłócenia skoordynowanego działania;
- istnienie oznak obecnej lub przeszłej koordynacji lub praktyk ułatwiających ją.

Trzy ostatnie sytuacje sprzyjają kolektywnej dominacji i zmieniają tym samym sposób analizy sytuacji rynkowej powstałej na skutek

¹⁰ Obwieszczenie Komisji. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (OJ C 291/01 13.10.2000), ustęp 119(1).

¹¹ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy Rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ C 31, 05.02.2004), ustęp 20.

koncentracji¹². Pierwszy spośród wymienionych przypadków odnosi się natomiast do sytuacji, kiedy koncentracja powoduje wyeliminowanie ważnych sił konkurencyjnych. Jeśli więc istnieje przedsiębiorstwo, które jest powszechnie postrzegane jako podmiot mogący w przyszłości wywrzeć istotną presję konkurencyjną na inne przedsiębiorstwa na rynku, to jego uczestnictwo w koncentracji może znacząco zmienić dynamikę konkurencji na danym rynku, zwłaszcza jeśli jest on już znacznie skoncentrowany¹³. Sytuacja taka może mieć miejsce, gdy jedną ze stron koncentracji jest przedsiębiorstwo, które mimo relatywnie małego udziału w rynku może stanowić ważną siłę konkurencyjną poprzez tworzenie (rozwijanie) innowacji. W ten sposób Komisja w swojej ocenie potencjalnych efektów koncentracji może rozszerzyć analizę obecnego stanu konkurencji o prognozę zmian sytuacji konkurencyjnej na danym rynku w przypadku braku koncentracji. Tego rodzaju rozważania nawiązują do kolejnego, oprócz udziału w rynku i koncentracji rynku, podstawowego elementu oceny stanu konkurencji na danym rynku, a mianowicie do analizy barier wejścia i potencjalnej konkurencji, czyli prognozowania możliwości pojawienia się w przyszłości nowych konkurentów. W przypadku niehoryzontalnych koncentracji przedsiębiorstw analiza potencjalnej konkurencji, poza ustaleniem źródeł barier wejścia i ich wpływem na wejście potencjalnych konkurentów, powinna prowadzić do ustalenia tego, czy koncentracja niehoryzontalna nie służy wyeliminowaniu potencjalnej konkurencji. Ten element analizy określany jest w literaturze przedmiotu jako ocena horyzontalnych efektów niehoryzontalnych koncentracji, gdyż dotyczy rozpatrywania uczestników koncentracji wertykalnych i konglomeratowych jako potencjalnych konkurentów na jednym lub kilku rynkach właściwych, na które koncentracja wywiera wpływ.

¹² Więcej na temat kolektywnej dominacji w dalszej części niniejszej pracy.

¹³ Więcej na temat związku między strukturą rynku a innowacjami zob. P. DASGUPTA, J. STIGLITZ, *Industrial structure and the nature of innovative activity*, „Economic Journal” No 90, 1980.

Planujące połączenie przedsiębiorstwa, mimo że działają na różnych rynkach produktowych lub geograficznych, mogą w przypadku rezygnacji z koncentracji mieć możliwość ekspansji wewnętrznej w celu wejścia na nieobsługiwane dotychczas rynki partnerów koncentracji. Koncentracje niehoryzontalne mogą więc być sposobem na wyeliminowanie potencjalnej konkurencji, która w dwojaki sposób może przynosić korzyści dla stanu konkurencji na danym rynku. Po pierwsze, obecność potencjalnych konkurentów może skłaniać przedsiębiorstwa działające na danym rynku właściwym do konkurencyjnych zachowań (wyznaczania ceny i innych parametrów konkurencji pozacenowej). Po drugie, potencjalny konkurent może w przyszłości zmienić sytuację konkurencyjną na rynku poprzez samodzielne wejście na dany rynek i zaistnienie na nim jako faktyczny, dodatkowy konkurent¹⁴. Koncentracja może więc być sposobem na wyeliminowanie tego rodzaju korzystnych efektów wynikających z istnienia potencjalnej konkurencji.

Wytyczne niehoryzontalne nie poświęcają wiele uwagi powyższym horyzontalnym efektom niehoryzontalnych koncentracji. Wskazując na możliwość ich wystąpienia, odsyłają do *Wytycznych w sprawie horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw* w celu zaznajomienia się z oceną przeprowadzaną przez Komisję¹⁵. Ocena ta polega na ustaleniu, czy uczestniczący w koncentracji potencjalny konkurent wpływa ograniczająco na rynek lub czy istnieje duże prawdopodobieństwo, że przekształci się on w przedsiębiorstwo mające skuteczną siłę konkurencyjną. Wnioski na ten temat Komisja formułuje na podstawie dowodów świadczących o tym, że uczestniczący w koncentracji potencjalny konkurent planował wejście na rynek w znaczący sposób. Dodatkowo należy również udowodnić, że nie istnieje wystarczająca liczba innych

¹⁴ P. AREEDA, D. TURNER, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. IV, Little, Brown and Company, Boston-Toronto 1980, s. 69.

¹⁵ *Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw*, *op.cit.*, ustęp 7; przypis 7.

potencjalnych konkurentów, którzy mogliby utrzymać właściwą presję konkurencyjną po połączeniu¹⁶.

Przeprowadzana przez Komisję analiza potencjalnej konkurencji jest w znacznym stopniu spójna z oceną tego rodzaju działań, wskazaną w literaturze przedmiotu, która wyróżnia cztery czynniki istotne w tejże ocenie:

- cechy rynku – świadczące o tym, że poddany ocenie rynek nie jest konkurencyjny, co czyni wejście na niego potencjalnego konkurenta nieistotnym dla stanu konkurencji działaniem;
- cechy przedsiębiorstwa uczestniczącego w koncentracji – świadczące o tym, że jest ono rzeczywiście potencjalnym konkurentem;
- charakterystyka pozostałych, potencjalnych konkurentów – służy ustaleniu tego, czy pozostała, potencjalna konkurencja jest zbyt mała, by stanowić rzeczywistą, potencjalną konkurencję po koncentracji;
- znaczenie i cechy łączących się przedsiębiorstw – służą ustaleniu tego, czy potencjalne, negatywne efekty związane z eliminacją potencjalnego konkurenta mogą zostać zrównoważone tym, że funkcjonujące na danym rynku małe przedsiębiorstwo może zostać wzmocnione dzięki połączeniu z potencjalnym konkurentem, przyczyniając się w ten sposób do poprawy stanu konkurencji na danym rynku¹⁷.

Uzupełnienie i uszczegółowienie części *Wytycznych horyzontalnych* poświęconej połączeniu z potencjalnym konkurentem o wszystkie elementy tejże analizy wskazane w literaturze przedmiotu ułatwiłoby przedsiębiorstwom ocenę planowanych działań koncentracyjnych. Należy przy tym podkreślić, że ten element analizy koncentracji przedsiębiorstw jest niezwykle istotny w przypadku koncentracji konglomeratowych, gdyż zagrożenie eliminacją potencjalnego konkurenta stanowi jedyny rodzaj efektów ograniczających konkurencję, który powinien być

¹⁶ Wytyczne horyzontalne, *op. cit.*, ustęp 60.

¹⁷ P. AREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, s. 69–73.

poddany ocenie przez organy ochrony konkurencji w ramach prewencyjnej kontroli tego typu koncentracji¹⁸. Co prawda w literaturze przedmiotu odnaleźć wiele zachowań przedsiębiorstw konglomeratowych stwarzających zagrożenie dla skutecznej konkurencji. Zaliczyć do nich można:

- praktyki polegające na tym, że konglomerat nabywa produkty/zasoby tylko od przedsiębiorstw nabywających jego produkty (*reciprocity*);
- sprzedaż wiążaną i łączoną (*tying and bundling*);
- możliwość ustalenia cen rażąco niskich;
- przywództwo cenowe¹⁹.

Cechą łączącą powyższe praktyki jest jednak to, że ich występowanie jest zazwyczaj ograniczone istniejącym zakazem nadużywania pozycji dominującej²⁰. Jedynym rodzajem zachowań konglomeratowych przedsiębiorstw, mogącym się wymknąć spod tego zakazu, jest według P. Areedy i D. Turnera tzw. dyskretna sprzedaż wiązana (*subtle tying*). Praktyki te odnoszą się do sytuacji, w których koncentracja kreuje możliwość sprzedaży wiązanej trudnej do wykrycia i kontroli, z uwagi na zastosowane dyskretne bodźce, poprzez które nabywca jednego produktu nabywa także drugi produkt w ilości większej, niżby to zrobił bez tego rodzaju stymulacji²¹. Zgodnie z założeniami teoretycznymi tego rodzaju praktyki są możliwe tylko po spełnieniu następujących minimalnych warunków:

- poprzez koncentrację przedsiębiorstwo przejmuje drugi produkt kupowany przez nabywców jego produktu;
- po koncentracji przedsiębiorstwo kontynuuje sprzedaż obu produktów dla tych nabywców;

¹⁸ *Ibidem*, s. 211–213; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, s. 506–507.

¹⁹ P. ADREEDA, D. TURNER, *op.cit.*, s. 167–293.

²⁰ W przypadku Wspólnot Europejskich na podstawie art. 82 TWE.

²¹ P. AREEDA, D. TURNER, *op.cit.*, s. 206–208.

- nabywcy ci nie mają (lub myślą, że nie mają) żadnych racjonalnych alternatywnych źródeł zaopatrzenia w pierwszy produkt;
- przedsiębiorstwo biorące udział w koncentracji nie wykorzystywało w pełni posiadanej siły nad tymi nabywcami;
- wewnętrzna struktura organizacyjna lub polityka przedsiębiorstwa biorącego udział w koncentracji są podatne na stosowanie tego rodzaju dźwigni wobec nowo przejętego produktu;
- działania stron koncentracji nie mogą być ograniczone przez wykorzystanie odpowiedniej dźwigni lub redukcji cen przez konkurentów²².

Bez spełnienia powyższych warunków mało prawdopodobne jest zastosowanie przez strony koncentracji dyskretnej sprzedaży związanej. Jednak spełnienie tych warunków nie przesądza o wykorzystaniu tego rodzaju praktyk przez strony koncentracji. Konieczne bowiem jest ustalenie potencjalnego znaczenia efektów takich działań, a więc ustalenie, czy przewidywane zachowania stron koncentracji wystąpią w stosunkowo bliskiej przyszłości i czy doprowadzą do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej. Według P. Areedy i D. Turnera estymacja efektów dyskretnej sprzedaży związanej jest niemal niemożliwa z uwagi na niepewność, czy do tego rodzaju działań w ogóle dojdzie, a także z powodu niemożności ustalenia zasięgu i efektywności takich działań oraz niepewności znaczenia jakiegokolwiek grupy nabywców dla końcowych wzorów konsumpcji. Dlatego też autorzy ci postulują, by nie rozpatrywać możliwości wystąpienia tego rodzaju praktyk w następstwie koncentracji konglomeratowych²³.

Postulat ten podziela również H. Hovenkamp, jednak jego argumentacja jest nieco odmienna od powyższej. Otóż uważa on, że możliwość wystąpienia w wyniku koncentracji dyskretnej sprzedaży związanej, wymykającej się spod przepisów zakazujących nadużywania pozycji dominującej, stanowi problem niedoskonałości tychże regulacji, a nie reguł

²² *Ibidem*, s. 208–213.

²³ *Ibidem*, s. 211–213.

kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Dlatego też trudno znaleźć uzasadnienie dla przepisów zakazujących koncentracji (mogących przynosić korzyści efektywnościowe), w związku z mogącą się pojawić sprzedażą wiązaną, której występowanie nie może być ograniczone przepisami zakazującymi nadużywania pozycji dominującej²⁴.

Mimo postulatów sformułowanych w literaturze przedmiotu oraz zapisów art. 82 TWE, Komisja Europejska zdecydowała się na kontrolę konglomeratowych koncentracji w celu ustalenia, czy kombinacja produktów na powiązanych rynkach może stworzyć stronom koncentracji możliwości i bodźce do przenoszenia silnej pozycji rynkowej z jednego rynku na drugi rynek poprzez sprzedaż wiązaną lub inne praktyki wykluczające konkurentów²⁵. Przyjęta przez Komisję analiza tego rodzaju ograniczeń obejmuje, poza oceną możliwości i bodźców do takich działań, ustalenie, czy taka strategia wyłączająca będzie miała znaczny wpływ na konkurencję, powodując w ten sposób znaczące pogorszenie sytuacji konsumentów²⁶. Ograniczenie konkurencji przez strony konglomeratowych koncentracji realizowane jest, według Komisji, przede wszystkim poprzez sprzedaż pakietową i wiązaną (*bundling and tying*). Sprzedaż pakietowa (*bundling*) odnosi się do przyjętej przez strony koncentracji strategii cenowej i sposobu oferowania produktów. Wytwarzane przez strony koncentracji produkty mogą być sprzedawane tylko łącznie (*pure bundling*) lub przy zachowaniu możliwości nabycia produktów także oddzielnie (*mixed bundling*), lecz w tym przypadku cena produktów sprzedawanych oddzielnie powinna być wyższa niż cena produktów w sprzedaży łączonej. Sprzedaż wiązana (*tying*) ma natomiast miejsce, gdy nabywca jednego produktu (*the tying good*) jest zmuszony do nabycia drugiego produktu (*the tied good*) od danego producenta. W przypadku sprzedaży związanej można wyróżnić techniczną sprzedaż wiązaną (*technical tying*), która występuje, gdy produkt

²⁴ H. HOVENKAMP, *op. cit.*, 1994, s. 506–507.

²⁵ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustęp 93.

²⁶ *Ibidem*, ustęp 94.

wiązany jest zaprojektowany w sposób pozwalający mu na działanie tylko z produktem wiązanim. Drugim rodzajem sprzedaży wiązanej wskazanym przez Komisję jest umowna sprzedaż wiązana (*contractual tying*), w przypadku której nabywca produktu wiążącego zobowiązuje się przy jego zakupie do kupna wyłącznie produktu związanego²⁷.

Możliwości i bodźce do zastosowania powyższych praktyk ograniczających konkurencję zależą, jest według Komisji, od następujących czynników:

- strony koncentracji muszą mieć siłę rynkową co najmniej na jednym rynku, na który koncentracja wywiera wpływ;
- co najmniej jeden z produktów wytwarzanych przez strony koncentracji musi być postrzegany przez nabywców jako szczególnie istotny oraz istnieje niewiele istotnych odpowiedników tego produktu, lub obowiązują graniczenia możliwości produkcyjnych po stronie konkurentów;
- musi istnieć duży, wspólny zbiór nabywców na indywidualne produkty stron koncentracji (np. istotne znaczenie ma ewentualna komplementarność produktów);
- korzyści skali;
- posiadania przez strony koncentracji możliwości trwałego łączenia lub wiązania produktów, np. poprzez sprzedaż pakietową i wiązanie techniczne;
- możliwości efektywnego i szybkiego zastosowania kontrstrategii przez konkurentów stron koncentracji;
- stopnia rentowności takiej strategii;
- czynników ograniczających lub nawet eliminujących bodźce do przyjęcia takiej strategii, nie wyłączając możliwości niezgodności takich działań z obowiązującym prawem.

Wskazane przez Komisję czynniki sprzyjające zastosowaniu przez strony koncentracji strategii sprzedaży wiązanej są w dużym stopniu

²⁷ *Ibidem*, ustępy 96–97.

zbieżne ze wskazanymi przez P. Areedę i D. Turnera warunkami wystąpienia tzw. dyskretnej sprzedaży związanej (*subtle tying*) (zob. powyżej). Są one również częściowo spójne z innymi modelowymi założeniami ograniczeń konkurencji wynikającymi ze sprzedaży związanej²⁸. Jednak ta tylko częściowa spójność oraz zakaz zawarty w art. 82 TWE prowadzą do postawienia pytania o zasadność poddawania analizie koncentracji konglomeratowych z uwagi na przewidywane wystąpienie po koncentracji sprzedaży związanej. Możliwość wskazania przekonujących dowodów na zastosowanie takiej strategii w przyszłości przez strony koncentracji konglomeratowych jest znacznie mniejsza niż możliwość identyfikacji czynników świadczących o chęci wyeliminowania potencjalnej konkurencji lub o ułatwieniu kolektywnej dominacji na jednym z rynków, na które koncentracja wywiera wpływ.

Ograniczając konkurencję *koordynacyjny efekt koncentracji konglomeratowych* analizowany jest, podobnie jak wyeliminowanie potencjalnej konkurencji, w kontekście ograniczeń o charakterze horyzontalnym. Dlatego też *Wytyczne niehoryzontalne* stosują również w tym obszarze odesłanie do *Wytycznych w sprawie horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw*, w których szczegółowo omówiono cechy rynku stwarzające zagrożenie wystąpienia koordynacyjnych zachowań²⁹. Cechy te zostały pogrupowane zgodnie z trzema wyróżnionymi mechanizmami warunkującymi koordynacyjne zachowanie przedsiębiorstw na oligopolistycznym rynku, a mianowicie:

- muszą zostać spełnione warunki umożliwiające wystąpienie koordynacji,
- muszą istnieć mechanizmy pozwalające na stałe monitorowanie koordynacji, w celu identyfikacji ewentualnych odchyień od koordynacyjnych zachowań,

²⁸ Zob. M.D. WHINSTON, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, „American Economic Review” 80, 1990; D. W. CARLTON, M. WALDMAN, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, „Rand Journal of Economics” 33, 2002.

²⁹ Zob. *Wytyczne horyzontalne*, ustęp 39–57.

- musi istnieć mechanizm odstraszenia przed odchyleniem od koordynacyjnych zachowań.

Koncentracje konglomeratowe mogą przede wszystkim ułatwić mechanizm dyscyplinujący przedsiębiorstwa koordynujące swe działania na oligopolistycznym rynku. Zgodnie z literaturą przedmiotu i *Wytycznymi niehoryzontalnymi* tego typu koncentracje mogą zwiększyć zasięg i znaczenie konkurencji na wielu rynkach. Obecność uczestników koordynacyjnych zachowań na kilku rynkach może zwiększyć zasięg i skuteczność mechanizmów dyscyplinujących, przyczyniając się w ten sposób do trwałości tego rodzaju działań ograniczających konkurencję. Jednak ustalenie znaczącego ograniczenia konkurencji poprzez koordynacyjne zachowania stanowiące następstwo koncentracji konglomeratowej musi być oparte na stwierdzeniu istnienia wszystkich trzech mechanizmów warunkujących koordynacyjne zachowanie. W kontekście tego typu koncentracji konieczne jest więc stwierdzenie, że strony koncentracji i co najmniej jeden z ich konkurentów prowadzą działalność na dwóch rynkach o oligopolistycznej strukturze. Ponadto znaczenie tych podmiotów na obu rynkach musi być istotne, a rynki te muszą być dla nich relatywnie ważne. Odchylenia od koordynacyjnego zachowania na jednym rynku muszą napotkać na istotne sankcje zastosowane na drugim rynku. Oczywiście spełnienie każdego z tych warunków zależy od wielu czynników, tj. od stopnia substytucji produktów, liczby konkurentów na tych rynkach, pozycji stron koncentracji na każdym z rynków³⁰.

Jak wspomniano wyżej, *Wytyczne niehoryzontalne* nie precyzują minimalnych warunków wystąpienia koordynacyjnych zachowań w wyniku koncentracji konglomeratowych i stosują w tym zakresie odesłanie do *Wytycznych w sprawie horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw*³¹. Rozbudowanie tej części *Wytycznych niehoryzontalnych* i dostosowanie sposobu oceny koordynacyjnych zachowań, wskazanego w *Wytycznych*

³⁰ Więcej na ten temat zob. P. AREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, s. 49–69.

³¹ Zob. Draft Commission Notice, ustęp 119; *Wytyczne*, ustęp 55.

horyzontalnych, do specyfiki koncentracji konglomeratowych przyczyniłoby się do zwiększenia jej przejrzystości i użyteczności dla przedsiębiorstw planujących tego typu koncentrację.

Przeprowadzone powyżej rozważania na temat ograniczających konkurencję efektów koncentracji konglomeratowych skłaniają do sformułowania postulatu, by tylko te dwa ograniczające konkurencję efekty koncentracji konglomeratowych były poddane analizie w ramach prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Argumentem na rzecz przyjęcia takiego podejścia, wykluczającego analizę możliwości wystąpienia sprzedaży wiązanej, jest nie tylko zakaz tego rodzaju zachowań na mocy art. 82 TWE, ale również niewielkie znaczenie korzyści efektywnościowych w całościowej ocenie koncentracji dokonywanej przez Komisję Europejską. Odniesienie ewentualnego zakazu konglomeratowych koncentracji tylko do dwóch wyżej wskazanych skutków, mających silne umocowanie w literaturze przedmiotu, przyczyniłoby się do koncentracji działań Komisji w tym obszarze na stosunkowo niewielkiej części notyfikowanych konglomeratowych koncentracji, typu koncentracji charakteryzującego się istotnymi korzyściami efektywnościowymi. Przyjęcie takiego podejścia jest o tyle uzasadnione, że do uwzględnienia korzyści efektywnościowych koncentracji w ramach wspólnotowej oceny tych działań dochodzi niezwykle rzadko³².

Zgodnie z *Wytycznymi w sprawie horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw*, aby Komisja mogła stwierdzić, że w wyniku występowania efektywności nie ma podstaw do uznania danej koncentracji za niezgodną ze wspólnym rynkiem, efektywności te muszą być specyficzne dla koncentracji, możliwe do zweryfikowania oraz muszą przynosić korzyści konsumentom³³. Strony koncentracji muszą więc wykazać, że

³² Zob. European Commission, *The Efficiency Defence and the European System of Merger Control*, European Economy, Report and Studies, No. 5, 2001.

³³ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy Rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ C 31, 05.02.2004), ustęp 78.

nie istnieją mniej szkodliwe dla konkurencji, realistyczne i osiągalne alternatywne działania pozwalające na osiągnięcie deklarowanych efektywności³⁴. Ponadto wskazane korzyści efektywnościowe powinny się pojawiać tuż po koncentracji, być policzalne i nie mieć marginalnego znaczenia dla konsumentów³⁵. Zgodnie z *Wytycznymi horyzontalnymi*, aby koncentracja nie doprowadziła do pogorszenia sytuacji konsumentów, efektywności z nią związane powinny się pojawić w odpowiednim czasie oraz prowadzić do redukcji kosztów zmiennych i krańcowych³⁶.

Wytyczne niehoryzontalne jako przykład korzyści efektywnościowych specyficznych dla koncentracji konglomeratowych wskazują korzyści zakresu (*economies of scope*). Korzyści te uzyskiwane są dzięki komplementarności produktów łączących się firm lub segmentów rynku, do których trafiają ich wyroby³⁷. W takiej sytuacji koncentracja stwarza możliwość zaoferowania szerszego asortymentu produktów, których łączna produkcja generuje większe korzyści niż suma korzyści z indywidualnych procesów³⁸. Źródłem korzyści zakresu może więc być komplementarność produktów związana z ich produkcją, a także korzyści uzyskiwane dzięki wprowadzeniu na rynek dwóch (lub więcej) produktów łącznie, a nie oddzielnie. I to właśnie korzyściom związanym z łączeniem oferty produktowej poświęcono uwagę w *Wytycznych niehoryzontalnych*, co można tłumaczyć postrzeganiem w tychże *Wytycznych* sprzedaży związanej i pakietowej jako głównego efektu koncentracji konglomeratowych, stwarzającego zagrożenie ograniczeniem skutecznej konkurencji na wspólnym rynku. Jednak jest mało prawdopodobne, by Komisja uznała korzyści uzyskane dzięki łączeniu oferty produktowej za wystarczające do zrównoważenia ewentualnych ograniczających konkurencję

³⁴ *Ibidem*, ustęp 85.

³⁵ *Ibidem*, ustępy 86–88.

³⁶ *Ibidem*, pkt.79–84.

³⁷ *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, red. W. FRĄCKOWIAK, PWE, Warszawa 1998, s. 27.

³⁸ W. ŁYSZKIEWICZ, *Industrial Organization. Organizacja rynki i konkurencja*, WSHiFM, Warszawa 2000, s. 358–362.

skutków tych działań. Wniosek taki można sformułować na podstawie stwierdzenia Komisji, iż korzyści zakresu często mogą być zrealizowane bez konieczności technicznego lub kontraktowego łączenia sprzedaży³⁹. Oznacza to, że, według Komisji, istnieją mniej szkodliwe dla konkurencji, realistyczne i osiągalne alternatywne działania pozwalające na uzyskanie deklarowanej przez strony koncentracji efektywności.

W *Wytycznych niehoryzontalnych* nie poświęcono zbyt wiele miejsca innym korzyściom efektywnościowym związanym z koncentracjami konglomeratowymi. We wstępie do tychże Wytycznych znalazło się stwierdzenie, że integracja przedsiębiorstw może doprowadzić do ograniczenia kosztów transakcyjnych, a także może umożliwić lepszą koordynację w zakresie projektowania produktów i organizacji procesów produkcji oraz sposobów sprzedaży produktów. Ponadto koncentracje dotyczące grupy produktów przeznaczonych, generalnie, dla tej samej grupy odbiorców mogą przynosić korzyści tymże odbiorcom dzięki tzw. *one-stop-shopping*⁴⁰. Uszczegółowienie tych zapisów i wskazanie, które z tych korzyści, i po spełnieniu jakich warunków, mogłyby być rzeczywiście uwzględnione w ramach ewentualnego rozpatrywania efektywności powstałych w wyniku koncentracji konglomeratowych, w istotny sposób zwiększyłyby funkcję informacyjną *Wytycznych*.

1.2. KONCENTRACJE WERTYKALNE

Na wstępie analizy podstaw teoretycznych sposobu oceny wertykalnych koncentracji przyjętego w *Wytycznych niehoryzontalnych* należy zauważyć, że w literaturze przedmiotu dominuje pogląd, zgodnie z którym znaczna część, a nawet większość wertykalnych koncentracji ma pozytywny lub neutralny wpływ na konkurencję⁴¹. Pogląd ten formu-

³⁹ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustęp 118.

⁴⁰ *Ibidem*, ustęp 14.

⁴¹ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op.cit.*, s. 519; H. HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, Hornbook Series, Minn. West Publishing Co, 1985, s. 192–202.

lowany jest na podstawie korzyści efektywnościowych, które mają swe źródło w integracji pionowej przedsiębiorstw⁴². Główne typy korzyści efektywnościowych uzyskiwane dzięki koncentracjom wertykalnym to:

- ograniczenie kosztów, dzięki lepszej koordynacji działań między dostawcami zasobów a producentami wyrobów gotowych w zakresie projektowania produktu oraz procesu produkcji;
- wyeliminowanie problemu „pasażera na gapę” (*free riding*) poprzez internalizację bodźców partnerów koncentracji do podjęcia działań przynoszących korzyści przedsiębiorstwom prowadzącym działalność na innym etapie tego samego łańcucha produkcji;
- racjonalizacja wykorzystania zasobów w procesie produkcyjnym;
- wyeliminowanie podwójnej marży (*double markup*) na niedoskonale konkurencyjnych rynkach dostawców zasobów i producentów wyrobów gotowych;
- wymuszenie poprawy efektywności działania konkurentów poprzez nacisk zintegrowanych pionowo przedsiębiorstw⁴³.

W *Wytycznych niehoryzontalnych* (podobnie jak w przypadku koncentracji konglomeratowych) wymieniono niemal wszystkie wskazane w literaturze przedmiotu korzyści efektywnościowe związane z koncentracjami wertykalnymi. Podkreślono także, że koncentracje niehoryzontalne w istotnym stopniu przyczyniają się do zwiększenia efektywności, co sprawia, iż w mniejszym stopniu niż koncentracje horyzontalne stanowią zagrożenie ograniczenia konkurencji⁴⁴. Poza powyższymi stwier-

⁴² Korzyści efektywnościowe związane z koncentracjami wertykalnymi były szczególnie silnie artykułowane przez przedstawicieli chicagowskiej szkoły ekonomii przemysłowej, zob. M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 513–519.

⁴³ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 522–527; T.M. JORDE, D.J. TEECE, *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, „The Journal of Economic Perspectives”, vol. 4, No. 3, Summer 1990; M.A. SALINGER, *Vertical Mergers and Market Foreclosure*, „The Quarterly Journal of Economics” vol. 103, No. 2, May 1988; F.M. WESTFIELD, *Vertical Integration: Does Product Price Rise or Fall?*, „The American Economic Review” vol. 71, No. 3, June 1981.

⁴⁴ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustępy 12–14.

dzeniami *Wytyczne niehoryzontalne* nie charakteryzują poszczególnych, potencjalnych źródeł efektywności specyficznych dla koncentracji wertykalnych i, podobnie jak w przypadku koncentracji konglomeratowych, odsyłają do *Wytycznych w sprawie horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw* w celu zaznajomienia się ze sposobem oceny korzyści efektywnościowych w ramach wspólnotowej kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Takie rozwiązanie nie sprzyja zaakcentowaniu tego, że efektywności powstałe dzięki integracji pionowej przedsiębiorstw w istotny sposób wpływają na ogólną ocenę skutków tego rodzaju działań dla stanu konkurencji na rynkach, na które wywierają wpływ.

Istotna część *Wytycznych niehoryzontalnych* została natomiast poświęcona antykonkurencyjnym efektom integracji pionowej przedsiębiorstw, tj. kreacji, wzmocnieniu lub ułatwieniu wykorzystywania siły rynkowej przez strony koncentracji. Literatura przedmiotu wskazuje trzy główne źródła ograniczeń konkurencji w wyniku wertykalnych koncentracji. Pierwszym źródłem tego rodzaju ograniczeń może być zachowanie stron koncentracji, prowadzące do wykluczenia konkurentów poprzez zwiększenie kosztów prowadzonej przez nich działalności. Koszty te mogą się zwiększyć poprzez ograniczenie konkurentom dostępu do istotnego zasobu (*input foreclosure*) lub do znaczącej grupy nabywców (*customer foreclosure*). Ponadto koncentracje wertykalne mogą ułatwić kolektywną dominację. Trzecim źródłem antykonkurencyjnych efektów koncentracji pionowych jest natomiast możliwość ominięcia prawnych regulacji cen oraz dyskryminacja cenowa⁴⁵.

Nawiązując do zarysowanej w poprzedniej części specyfiki *analizy kolektywnej dominacji*, należy zauważyć, że koncentracje wertykalne mogą wpływać na wszystkie trzy wyróżnione mechanizmy warunkujące koordynacyjne zachowanie przedsiębiorstw na oligopolistycznym rynku. Zgodnie z *Wytycznymi niehoryzontalnymi* integracja pionowa przedsiębiorstw może umożliwić koordynację działań przedsiębiorstw na jednym

⁴⁵ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op.cit.*, s. 519–520; H. HOVENKAMP, *op.cit.*, 1994, s. 336–341.

z rynków, na które wywiera wpływ poprzez ograniczenie liczby konkurentów, zwiększenie symetrii między przedsiębiorstwami oraz wyeliminowanie z rynku przedsiębiorstwa zachowującego się w sposób nieprzewidywalny (*maverick firm*). Ponadto koncentracja wertykalna może ułatwić mechanizm monitorowania koordynacji poprzez zwiększenie poziomu przejrzystości rynku dzięki uzyskanemu dostępowi do wrażliwych informacji na temat konkurentów lub możliwość monitorowania cen. Integracja pionowa może także wzmacniać mechanizm odstraszenia przed odchyleniem od koordynacyjnych zachowań poprzez możliwość efektywnego ukarania oszukującego przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy jest ono istotnym odbiorcą lub dostawcą stron koncentracji. Ułatwienie koordynacyjnych działań przedsiębiorstw w wyniku koncentracji wertykalnych może być również uzyskane dzięki zwiększeniu barier wejścia oraz eliminacji przeciwstawnej siły ze strony nabywców, poprzez udział w koncentracji istotnego nabywcy produktów przedsiębiorstw koordynujących swe działania⁴⁶. Wskazane w *Wytycznych niehoryzontalnych* potencjalne związki między kolektywną dominacją a koncentracjami wertykalnymi nie są szczegółowo scharakteryzowane. Przedsiębiorstwa chcące zapoznać się ze stosowaną przez Komisję metodologią oceny możliwości wystąpienia koordynacyjnych zachowań w wyniku koncentracji wertykalnych muszą sięgnąć po *Wytyczne w sprawie horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw*⁴⁷. Takie rozwiązanie trudno uznać za błędne. Nasuwa ono jednak postulat, by wytyczne w sprawie wszystkich typów koncentracji przedsiębiorstw zostały ujęte w jeden spójny dokument, zwłaszcza że często notyfikowane Komisji koncentracje rozpatrywane są zarówno pod kątem ich horyzontalnych, jak i niehoryzontalnych efektów.

⁴⁶ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustępy 79–90; więcej na temat wpływu koncentracji wertykalnych na kolektywną dominację zob. v. NOCKE, L. WHITE, *Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?*, Discussion Paper No. 4186, January 2004, Centre for Economic Policy Research, www.cepr.org

⁴⁷ Zob. Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustęp 79; Wytyczne horyzontalne, ustęp 48.

Jak wspomniano wyżej, koncentracje wertykalne mogą być sposobem na *ominięcie prawnych regulacji cen*. Sytuacja taka może mieć miejsce, gdy cena na produkty jednej ze stron koncentracji wertykalnej regulowana jest prawnie na podstawie tzw. reguły koszt-plus, uwzględniającej koszty prowadzonej działalności oraz zysk konieczny do długookresowego funkcjonowania przedsiębiorstwa. Jeśli drugą stroną koncentracji jest dostawca zasobów nieobjętych prawną regulacją cen, to integracja takich przedsiębiorstw stwarza możliwość sztucznego wzrostu transferowych cen zasobów, prowadząc do podwyższenia ceny regulowanej i wzrostu zysków połączonych przedsiębiorstw, poprzez przesunięcie ich z rynku regulowanego na rynek regulowany. Ponadto koncentracje wertykalne mogą być również sposobem na *ominięcie prawnego zakazu dyskryminacji cen*⁴⁸. Tego rodzaju efekty koncentracji wertykalnych zostały pominięte w *Wytycznych niehoryzontalnych*. Dyskryminacja cenowa pojawia się tylko w kontekście działań zintegrowanych przedsiębiorstw skierowanych na ograniczenie konkurentom dostępu do istotnego zasobu⁴⁹. Trudno znaleźć argumenty na rzecz pominięcia w *Wytycznych niehoryzontalnych* powyższych działań zintegrowanych wertykalnie przedsiębiorstw, zwłaszcza że wskazanie ograniczających konkurencję efektów omięcia prawnie regulowanych cen jest stosunkowo łatwe⁵⁰. Kontrowersyjna może być natomiast ostateczna ocena wpływu na konkurencję działań skierowanych na ominięcie regulacji zakazujących dyskryminacji cen. Kontrowersje mają związek z potencjalnymi korzyściami efektywnościowymi, jakie mogą płynąć z dyskryminacji cenowej⁵¹. Efektem stosowanej przez połączone wertykalnie przedsiębiorstwa dyskryminacji cenowej może bowiem być produkcja większa niż produkcja

⁴⁸ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 561–564.

⁴⁹ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, przypis do ustępu 38.

⁵⁰ Zob. M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 561–563; H. HOVENKAMP, *op. cit.*, 1994, s. 339–340.

⁵¹ Więcej na ten temat zob. M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 563–564.

niezintegrowanego, monopolistycznego przedsiębiorstwa, które nie stosuje dyskryminacji cenowej. Z drugiej jednak strony niedoskonała dyskryminacja cenowa może się przyczyniać do ograniczenia efektywności w związku z wielkością produkcji mniejszą niż w przypadku konkurencyjnej struktury rynku oraz w związku z kosztami operacyjnymi, jakie generuje stosowanie dyskryminacji cenowej⁵².

W literaturze poświęconej analizie antykonkurencyjnych efektów koncentracji wertykalnych najwięcej miejsca poświęca się jednak możliwości *zwiększenia kosztów konkurentów, w celu wykluczenia ich z rynku*. Znalazło to również odbicie w *Wytycznych niehoryzontalnych*, które szczegółowej analizie poddały możliwości stosowania przez strony koncentracji wertykalnych praktyk ograniczających konkurentom dostęp do istotnego zasobu (*input foreclosure*) lub do znaczącej grupy nabywców (*customer foreclosure*).

Dokonując oceny możliwości ograniczenia konkurentom dostępu do istotnego zasobu przez strony koncentracji, Komisja ustala to:

- czy połączone przedsiębiorstwa będą miały możliwość znaczącego ograniczenia dostępu do zasobów;
- czy będą miały bodźce, by to zrobić;
- czy taka strategia wyłączenia będzie miała istotny wpływ na stan konkurencji na rynku nabywców danego zasobu⁵³.

Zgodnie z *Wytycznymi niehoryzontalnymi* ograniczenie dostępu do istotnego zasobu może przyjąć kilka form, np. zaniechanie kooperacji z obecnymi lub potencjalnymi konkurentami na wertykalnie powiązanych rynkach, ograniczenie zaopatrzenia lub/i zwiększenie cen zasobów nabywanych przez konkurentów, zastosowanie technologii niekompatybilnej z technologią wybraną przez konkurentów czy też degradacja jakości dostarczanych zasobów. Jak wspomniano we wprowadzającej części niniejszego opracowania, ograniczające konkurencję skutki kon-

⁵² H. HOVENKAMP, *op.cit.*, 1994, s. 338–339; autor ten na ciekawym przykładzie, w sposób bardzo obrazowy przedstawia efekty dyskryminacji cenowej.

⁵³ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustęp 32.

centracji niehoryzontalnych mogą mieć miejsce tylko w przypadku posiadania przez strony koncentracji siły rynkowej na jednym z rynków, na które koncentracja wywiera wpływ, co w tym przypadku oznacza konieczność posiadania takiej siły na rynku zasobów. Ponadto zasób ten musi mieć istotne znaczenie dla produktu wytwarzanego w kolejnym etapie łańcucha produkcji. Znaczące ograniczenie konkurentom dostępu do zasobów przez strony koncentracji zależy również od możliwości zastosowania kontrstrategii przez konkurentów stron koncentracji na rynku zasobów. Bodźce do wykluczenia obecnych lub potencjalnych rywali zależą przede wszystkim od korzyści, jakie przyniesie wzrost cen na rynku produktów gotowych, wywołany strategią zwiększenia kosztów konkurentów. Natomiast ogólny wpływ koncentracji wertykalnych na skuteczną konkurencję oceniany jest na podstawie zakresu zakłócenia konkurencji (znaczenia wykluczonego konkurenta dla stanu konkurencji), zwiększenia barier wejścia dla potencjalnej konkurencji, a także na podstawie przeciwstawnych czynników, tj. siły ze strony nabywców lub możliwości wejścia nowych podmiotów na rynek zasobów. Ponadto, zgodnie z *Wytycznymi niehoryzontalnymi*, ogólny wpływ koncentracji na konkurencję powinien zostać oceniony w kontekście korzyści efektywnościowych, zidentyfikowanych i udowodnionych przez strony koncentracji.

Przyjęty w *Wytycznych niehoryzontalnych* sposób oceny wykluczających efektów koncentracji wertykalnych jest zgodny z założeniami teoretycznymi analizy tego rodzaju efektów⁵⁴. Ustalenie tego, czy koncentracja rzeczywiście doprowadzi do wykluczenia rywali, wymaga poczynienia wielu ustaleń. W pierwszej kolejności należy sprawdzić, czy bardziej korzystnym działaniem dla zintegrowanych przedsiębiorstw będzie kontynuacja dostarczania zasobów konkurentom na rynku kolejnego etapu łańcucha produkcji, czy też podwyższenie cen na sprzedawany im zasób. Identyfikacja bodźców sprzyjających przyjęciu tej

⁵⁴ Zob. M. MOTTA, *op. cit.*, s. 372–374; M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 527–557.

drugiej strategii opiera się na analizie zbliżonej do oceny horyzontalnych koncentracji, tj. ustaleniu, czy strony koncentracji będą w stanie podwyższyć cenę. Wnioski na ten temat formułowane są na podstawie takich danych, jak: udział w rynku, elastyczność popytu na dany zasób, posiadana przez konkurentów na rynku zasobu nadwyżka mocy produkcyjnych, bariery wejścia na rynek zasobów, itp. Jeśli przeprowadzona analiza wykaże istnienie bodźców do wykluczenia rywali poprzez ograniczenie przez strony koncentracji wielkości sprzedaży lub wzrost cen zasobów, to należy ustalić, czy koszt nabycia zasobów rzeczywiście wzrośnie dla konkurentów stron koncentracji. W tym celu należy sprawdzić, czy konkurenci stron koncentracji na rynku zasobów mogą istotnie zwiększyć podaż danego zasobu i czy sprzedawany przez nich zasób jest wystarczająco bliskim substytutem zasobu dostarczanego przez strony koncentracji wertykalnej. Jednak, nawet jeśli nie ma konkurentów na rynku zasobów, ograniczających siłę stron koncentracji, to wykluczające działania stron koncentracji na rynku zasobów nie jest równoznaczne z możliwością podwyższenia ceny na rynku kolejnego etapu łańcucha produkcji. Rynek ten może być bowiem na tyle konkurencyjny, że przeniesienie siły rynkowej z rynku zasobów może się okazać niemożliwe. W końcu ostateczny wpływ danej koncentracji na dobrobyt zależy jest od korzyści efektywnościowych, które mogą doprowadzić do tego, że cena produktu końcowego ulegnie obniżeniu, mimo podwyższenia ceny zasobów dla konkurentów stron koncentracji⁵⁵.

Istotne miejsce korzyści efektywnościowych w ostatecznej ocenie efektów koncentracji wertykalnych zostało zaakcentowane w *Wytycznych niehoryzontalnych*. Pewne wątpliwości powstają jednak przy ustaleniu faktycznego uwzględniania w całościowej analizie wskazanych w tychże *Wytycznych* korzyści. Jak już wspomniano wyżej, ocena efektywności odbywa się bowiem na podstawie *Wytycznych w sprawie horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw*, a ciężar udowodnienia powstania

⁵⁵ *Ibidem*.

efektywności spoczywa na stronach koncentracji. W takiej sytuacji stosowne wydaje się przybliżenie specyfiki i preferowanego przez Komisję sposobu analizy korzyści generowanych przez koncentracje wertykalne. Warto również zastanowić się nad tym, czy ciężar przeprowadzenia analizy w tym zakresie nie powinien spoczywać na Komisji. Jeśli bowiem celem wspólnotowej kontroli koncentracji jest ostatecznie ochrona konsumentów, a nie konkurentów, to porównanie korzyści efektywnościowych ze stratami związanymi z ograniczeniem konkurencji w wyniku koncentracji wertykalnej dostarczyłoby informacji na temat ukształtowania się ostatecznej ceny dla ostatecznego konsumenta.

Charakteryzując przyjęty przez Komisję sposób analizy koncentracji wertykalnych, należy również wspomnieć o jeszcze jednej praktyce zintegrowanych pionowo przedsiębiorstw, stwarzającej niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji, a mianowicie o ograniczeniu konkurentom dostępu do istotnej grupy nabywców (*customer foreclosure*). Przyjęty przez Komisję schemat oceny tego rodzaju działań jest bardzo zbliżony do przedstawionego wyżej schematu analizy ograniczenia konkurentom dostępu do istotnego zasobu⁵⁶. Różnice pojawiają się tylko w kierunku przenoszenia siły rynkowej, w tym przypadku z rynku zbytu na rynek dostawców. W takiej sytuacji zbędne wydaje się powielanie treści przedstawionych powyżej. Generalnie można bowiem stwierdzić, że przyjęty przez Komisję sposób analizy w tej dziedzinie jest zgodny z założeniami teoretycznymi. Wątpliwości budzi jedynie przyjęty sposób analizy korzyści efektywnościowych. ■

⁵⁶ Zob. Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustępy 58–77.

2. KONCENTRACJE NIEHORYZONTALNE W PRAKTYCE DECYZYJNEJ KOMISJI EUROPEJSKIEJ

We wstępie do *Wytycznych niehoryzontalnych* odnaleźć można stwierdzenie, iż duży wpływ na przyjęty i przedstawiony w tym dokumencie sposób analizy koncentracji niehoryzontalnych miało doświadczenie zdobyte przez Komisję od czasu wejścia w życie Rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji. Dlatego też w niniejszej części pracy poddano analizie decyzje Komisji dotyczące niehoryzontalnych aspektów koncentracji przedsiębiorstw, w celu ustalenia ich rzeczywistego wkładu w istniejący kształt *Wytycznych*. Należy zaznaczyć, że decyzji, w których Komisja szczegółowo (tj. w drugiej fazie postępowania) oceniała ograniczające konkurencję efekty koncentracji niehoryzontalnych, nie było zbyt wiele. Ponadto, analizowane pod kątem niehoryzontalnych efektów koncentracje, często wiązały się również z efektami o charakterze horyzontalnym.

2.1. KONCENTRACJE WERTYKALNE

Mimo że koncentracje wertykalne nie prowadzą do zmiany wskaźników koncentracji na żadnym z rynków, na które wywierają wpływ, to - podobnie jak w przypadku koncentracji horyzontalnych - punktem wyjścia przeprowadzanej przez organy ochrony konkurencji analizy są udziały w rynku stron koncentracji. Jak już bowiem wspomniano wyżej, ograniczające konkurencję efekty koncentracji wertykalnych mogą wystąpić tylko w przypadku istnienia horyzontalnej siły rynkowej na jednym lub kilku etapach łańcucha produkcji (tj. rynkach, na które koncentracja wywiera wpływ). Dlatego też analiza koncentracji wertykalnych zawiera elementy charakterystyczne dla oceny efektów kon-

centracji horyzontalnych. Elementy te są jednak dopasowywane do kontekstu specyficznych ograniczeń konkurencji związanych z koncentracjami pionowymi.

Zgodnie z *Wytycznymi niehoryzontalnymi* podejrzenie Komisji Europejskiej wzbudzić może koncentracja, w której łączne udziały stron koncentracji w rynkach, na które koncentracja wywiera wpływ, przekraczają 30%. Analiza decyzji Komisji Europejskiej potwierdza, że koncentracje, w których łączne udziały w rynku stron koncentracji nie przekraczają 30%, nie wiążą się z zagrożeniami ograniczenia konkurencji⁵⁷. Zaproponowany w *Wytycznych niehoryzontalnych* próg 30% udziału w rynku można więc postrzegać jako przyjęty przez Komisję wyznacznik konkurencyjnej struktury rynku. Zgodnie bowiem z założeniami teoretycznymi wykluczenia konkurentów na skutek integracji wertykalnej nie występują na konkurencyjnych rynkach, a także są mało prawdopodobne na rynkach oligopolistycznych⁵⁸. W przypadku identyfikacji oligopolistycznych struktur rynku niezmiernie duże znaczenie ma analiza pozycji na rynku wszystkich podmiotów znajdujących się na nim. Dlatego też nieodłącznym elementem analizy przeprowadzanej przez Komisję Europejską jest charakterystyka pozycji stron koncentracji względem konkurentów. Jako przykład może posłużyć analiza przeprowadzona przez Komisję w sprawie *GE/Instrumentarium* (M.3083), w której siła rynkowa *Instrumentarium* i konkurentów tego przedsiębiorstwa na rynku urządzeń anestetycznych została oceniona w pierwszej kolejności na podstawie udziałów w rynku. Podejrzenie posiadania znaczącej siły rynkowej przez *Instrumentarium* w Belgii, Irlandii, Szwecji i Wielkiej Brytanii zostało sformułowane na podstawie dużych udziałów w rynku tego przedsiębiorstwa (ponad 40–50%)

⁵⁷ Zob. decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Siemens/VA Tech (M.3653); Sony/BMG (M.3333); KNP/Bormann -Tetterode and VRG (M.291); Prometach/Sulzer (M.2698); MMS/DASA/ASTRIUM (M.1636); Cargill/Degussa Ford Ingredients (M.3975).

⁵⁸ P. ADREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, s. 221.

oraz znacząco mniejszych udziałów w rynku posiadanych przez konkurentów. Ponadto o silnej pozycji *Instrumentarium* na rynku urządzeń anestezyjologicznych świadczyły inne elementy analizy charakterystyczne dla oceny możliwości wystąpienia dominacji jednej firmy, tj. znaczące bariery wejścia na ten rynek (znaczące koszty utopione), silne preferencje konsumentów wobec wytwórców dobrze rozpoznawalnych produktów o sprawdzonej reputacji (niska elastyczność cenowa popytu) oraz wysoka rozpoznawalność marki i jakość urządzeń wytwarzanych przez *Instrumentarium*. Przytoczony przykład decyzji Komisji w sprawie *GE/Instrumentarium* (M.3083), a także rozważania zawarte we wcześniejszych częściach niniejszej pracy ukazują, że znaczące udziały w rynku stron koncentracji są wymagane, lecz nie wystarczają do ustalenia posiadania przez nie siły rynkowej. Istotne znaczenie mają bariery wejścia, a ich brak może stanowić o stwierdzeniu braku posiadania siły rynkowej nawet przez przedsiębiorstwo monopolistyczne. Trudno jednak znaleźć przykład takiej sytuacji wśród przeanalizowanych na użytek tej pracy decyzji Komisji Europejskiej.

Nie brakuje natomiast przykładów na to, że bliska monopolowi pozycja stron koncentracji na jednym z rynków, na które koncentracja wywiera wpływ, stanowi czynnik wskazujący na możliwość przeniesienia pozycji dominującej także na zintegrowane w wyniku koncentracji rynki zasobów lub zbytu. Sytuacja taka miała miejsce w przypadku koncentracji *E.ON/MOL* (M.3696), w której Komisja stwierdziła istnienie pozycji dominującej *MOL WMT* na rynku zaopatrzenia w gaz na podstawie kontrolowania przez to przedsiębiorstwo dwóch istniejących, konkurencyjnych źródeł gazu, tj. produkcji krajowej i importu. Kontrola dostępu do istniejących zasobów gazu na Węgrzech, wraz z uzyskanymi w wyniku koncentracji możliwościami i bodźcami do wpływania na sytuację konkurencyjną na rynku detalicznym gazu (poprzez kontrolowane przez *E.ON* regionalne przedsiębiorstwa dystrybucyjne), stanowiła dla Komisji istotne czynniki mogące wskazywać na niebezpieczeństwo realizacji

przez zintegrowane przedsiębiorstwa strategii ograniczenie konkurentom dostępu do istotnego zasobu (*input foreclosure*). Strategia ta, według Komisji, mogłaby polegać na zwiększeniu kosztów dostępu do hurtowej sprzedaży gazu dla rywali stron koncentracji z rynku handlu detalicznego gazem. Zwiększenie kosztów prowadzenia działalności przez rywali mogłoby stanowić wynik podwyższania cen hurtowych gazu lub/i dyskryminacji pozacenowej (np. opóźnienia w dostawach, spadek jakości świadczonych usług, brak elastyczności, niechęć do renegotjacji warunków dostaw). Tego rodzaju niekorzystne zmiany w parametrach konkurencji pozacenowej umożliwiłyby stronom koncentracji ograniczenie konkurencji na rynku, na którym bezpieczeństwo dostaw, elastyczność i gwarancja usług mają duże znaczenie przy wyborze dostawcy przez małych odbiorców przemysłowych i handlowych (ostatecznych nabywców). Według Komisji bodźce do realizacji takiej strategii przez strony koncentracji byłyby znaczące z uwagi na istotny udział *E.ON* (ok. 35–45%) w specyficznym węgierskim rynku sprzedaży detalicznej gazu.

W przeprowadzonej analizie w sprawie *E.ON/MOL* (M.3696) Komisja rozpatrzyła również możliwość wykorzystania integracji wertykalnej jako sposobu na *ominięcie prawnych regulacji ceny*⁵⁹. Możliwość realizacji tego rodzaju ograniczających konkurencję działań stron koncentracji wiązała się z przejściowym etapem procesu liberalizacji rynku gazu na Węgrzech, na którym to etapie istniały dwa segmenty rynku sprzedaży detalicznej gazu, tj. wolny rynek i rynek regulowany. Regulowana prawnie cena w tym drugim segmencie rynku umożliwiałaby stronom koncentracji wyłącznie pozacenową dyskryminację konkurentów, prowadzącą do wzrostu ich kosztów. Z uwagi na ustalanie regulowanej ceny gazu na podstawie tzw. reguły koszt-plus (uwzględniającej koszty prowadzonej działalności oraz zysk konieczny do długookresowego funkcjonowania przedsiębiorstwa) wzrost kosztów konkurentów stron

⁵⁹ Więcej na temat ominięcia regulowanych cen poprzez integrację wertykalną zob. M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 561–562.

koncentracji mógłby być podstawą do renegotjacji i wzrostu ceny regulowanej. Taka sytuacja mogłaby z kolei zakłócić proces liberalizacji tego rynku, skłaniając ostatecznych nabywców do przeniesienia się z regulowanego segmentu rynku do operatorów z segmentu otwartego (prawdopodobnie do *E.ON*, zakładając, że konkurenci *E.ON* z tego segmentu będą płacić wyższą cenę za gaz nabywany od *MOL WMT*).

Na podstawie przedstawionego krótkiego opisu analizy przeprowadzonej przez Komisję w decyzji w sprawie *E.ON/MOL* (M.3696) można wskazać dwa najważniejsze elementy oceny potencjalnego zagrożenia ograniczeniem konkurentom dostępu do istotnego zasobu w wyniku koncentracji wertykalnej, a mianowicie możliwość i bodźce do realizacji tego rodzaju działań ograniczających obecną i potencjalną konkurencję. Trzecim elementem tej oceny, który nie został wyróżniony w powyższej decyzji, jest - zgodnie z *Wytycznymi niehoryzontalnymi* - analiza całkowitego wpływu na skuteczną konkurencję, czyli ocena możliwości zrównoważenia prognozowanych ograniczeń konkurencji korzyściami efektywnościowymi związanymi z integracją wertykalną.

Takie same trzy elementy analizy powinny również, zgodnie z *Wytycznymi niehoryzontalnymi*, charakteryzować ocenę przeprowadzaną przez Komisję w przypadku koncentracji wertykalnych wiążących się z zagrożeniem ograniczenia konkurentom dostępu do znaczącej grupy nabywców (*customer foreclosure*). Takie zagrożenie może się pojawić w sytuacji, gdy dostawca zasobów łączy się z ważnym nabywcą z rynku zbytu, tj. nabywcą mającym siłę rynkową. Niebezpieczeństwo powstania takiej sytuacji zostało zidentyfikowane przez Komisję w przypadku planowanej koncentracji *Newscorp/Telepiu'* (M.2876). Koncentracja ta prowadziłaby bowiem do kreacji monopolu na włoskim rynku płatnej cyfrowej telewizji satelitarnej, stanowiącym rynek zbytu dla *Newscorp* oferującego technologie umożliwiające odbieranie sygnału transmisji cyfrowej. Monopol stron koncentracji na rynku zbytu oraz posiadanie praw własności do technologii, do której dostęp stanowi o możliwości

wejścia na rynek zbytu, stanowiły dla Komisji podstawę do stwierdzenia, że planowana koncentracja wzmocni na trwałe pozycję dominującą stron koncentracji na włoskim rynku płatnej telewizji. W tym przypadku możliwością i bodźcem do wykluczających działań była, według Komisji, kontrola przez strony koncentracji dostępu do jedynej technologii umożliwiającej wejście na włoski rynek płatnej telewizji, co stanowiło zagrożenie zwiększenia barier wejścia. Natomiast możliwość realizacji takiej strategii Komisja wiązała z monopolem na włoskim rynku płatnej telewizji powstałym na skutek koncentracji.

Przedstawiony przykład pokazuje, że w ramach przeprowadzanej przez Komisję analizy nie zawsze jest możliwe i konieczne trzymanie się wskazanego w *Wytocznych niehoryzontalnych* schematu analizy potencjalnych ograniczeń konkurencji związanych z koncentracjami wertykalnymi. Czynniki charakterystyczne dla poszczególnych etapów oceny są w praktyce często analizowane równocześnie, ze względu na ich bliskie oddziaływanie.

Scharakteryzowane wyżej planowane koncentracje, które - według Komisji - stwarzały zagrożenie ograniczeń konkurencji na skutek ich wertykalnych efektów, ostatecznie uzyskały warunkową zgodę⁶⁰ na dokonanie połączenia. Zobowiązań, które zapobiegałyby tego rodzaju ograniczeniom konkurencji, nie można było jednak wskazać w przypadku zakazanej przez Komisję koncentracji *ENI/EDP/GDP* (M.3440). Wśród ograniczających konkurencję skutków planowanej koncentracji znalazły się efekty wertykalne na rynku hurtowym energii elektrycznej, wynikające z uprzywilejowanego dostępu stron koncentracji do infrastruktury gazowniczej, a także związane z możliwością zwiększenia kosztów rywali oraz dostępem stron koncentracji do poufnych informacji (tj. ceny gazu i dziennych zapotrzebowań konkurentów na gaz). Struktura rynku gazu oraz hurtowego rynku energii elektrycznej sprawiały, że w wyniku

⁶⁰ Po dokonaniu pewnych dezinwestycji lub przyjęciu stosowanych zobowiązań, co do dalszych działań.

planowanej koncentracji *EDP* (przedsiębiorstwo dominujące na rynku wytwarzania i dystrybucji energii elektrycznej w Portugalii - 70% udział w tym rynku) uzyskałoby uprzywilejowany dostęp do kontrolowanych wyłącznie przez *GDP* portugalskich zasobów gazu ziemnego. Według Komisji uprzywilejowany dostęp *EDP* do strategicznego zasobu do produkcji energii elektrycznej stwarzałby możliwości i bodźce do zwiększenia kosztów konkurentów *EDP*. Uzyskany w wyniku koncentracji dostęp *EDP* do informacji na temat wysokości i sposobu ustalania cen gazu dla obecnych i potencjalnych konkurentów na rynku energii elektrycznej, a także wielkości dziennego zapotrzebowania na ten zasób doprowadziłby do podwyższenia poziomu cen gazu i/lub obniżenia jakości dostaw dla konkurentów *EDP*. Dzięki takim działaniom *EDP* mógłby wzmocnić swoją dominującą pozycję na portugalskim hurtowym rynku energii elektrycznej.

Cechą łączącą scharakteryzowane wyżej decyzje Komisji jest to, że przeprowadzona analiza strukturalnych cech połączonych wertykalnie rynków skierowana jest na ustalenie posiadanych przez strony koncentracji możliwości i bodźców do realizacji strategii wykluczających obecnych lub potencjalnych konkurentów z rynku poprzez wzrost kosztów ich działalności i/lub wzrost barier wejścia. Drugą łączącą je cechą jest brak porównania skutków przewidywanych ograniczeń konkurencji z korzyściami efektywnościowymi, jakie może przynieść integracja wertykalna przedsiębiorstw. Wskazywana w literaturze przedmiotu⁶¹ konieczność uwzględnienia korzyści efektywnościowych związanych z integracją wertykalną w ocenie ostatecznych skutków tego rodzaju koncentracji została, co prawda, uwzględniona w *Wytycznych niehoryzontalnych*, lecz charakterystyczne dla integracji wertykalnej korzyści efektywnościowe nie zostały szczegółowo scharakteryzowane⁶². Wyjaśnieniem takiej sytuacji może być trudność wpisana w możliwość przedstawienia przekonujących dowodów

⁶¹ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, s. 522–527.

⁶² Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw, ustępy 52–55.

na istnienie znaczących korzyści efektywnościowych na skutek koncentracji wertykalnych. Ponadto możliwość pojawienia się tego rodzaju korzyści teoretycznie jest najbardziej prawdopodobna w przypadku monopolistycznych struktur rynków, a to oznacza podważenie podstaw identyfikacji ograniczeń konkurencji na skutek koncentracji wertykalnych⁶³.

2.2. KONCENTRACJE KONGLOMERATOWE

Zgodnie z Rozporządzeniem, w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku Komisja dokonuje skutecznej kontroli wszystkich koncentracji o wymiarze wspólnotowym⁶⁴. Tym samym podstawowym zadaniem Komisji jest ustalenie, czy dana koncentracja - niezależnie od tego, czy ma ona charakter horyzontalny, wertykalny czy konglomeratowy - znacząco utrudnia skuteczną konkurencję na wspólnym rynku lub jego znaczącej części. O ile ograniczające konkurencję efekty koncentracji horyzontalnych i wertykalnych mają swoje źródło w typowych cechach tego rodzaju koncentracji (tj. wzroście udziałów w rynku stron koncentracji i integracji kolejnych etapów łańcucha produkcji), to w przypadku koncentracji konglomeratowych analizie poddawane są różne możliwe, ograniczające konkurencję zachowania stron koncentracji, które nie mają bezpośredniego związku z typowymi, specyficznymi dla tego rodzaju koncentracji, cechami.

Dużym problemem jest jednak przedstawienie przekonujących dowodów na możliwość wystąpienia tego rodzaju zachowań stron koncentracji konglomeratowych. Potwierdzeniem możliwości pojawienia się tego rodzaju trudności są dwa wyroki Sądu Pierwszej Instancji (SPI), dotyczące m.in. przeprowadzonej przez Komisję analizy konglomeratowych efektów koncentracji *TetraLaval/Sidel* (M.2416) i *General Electric/Honeywell* (M.2220).

⁶³ Więcej na ten temat zob. P. ADREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, s. 254–260.

⁶⁴ Rozporządzenie Rady nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ C 31, 05.02.2004) Preambuła, pkt 24.

Popęłnione przez Komisję błędy w analizie zostały dostrzeżone przez SPI i stały się podstawą anulowania wydanego przez Komisję zakazu koncentracji *TetraLaval/Sidel* (M.2416)⁶⁵. Decyzja Komisji o uznaniu tej koncentracji za niezgodną ze wspólnym rynkiem została podjęta przede wszystkim na podstawie zagrożenia związanego z posiadaniem przez strony koncentracji silnej pozycji na dwóch sąsiadujących rynkach, tj. pozycji dominującej *Tetra* na rynku aseptycznych opakowań kartonowych oraz czołowej pozycji *Sidel* na rynku systemu opakowań plastikowych PET. Według Komisji *Tetra*, dzięki przejęciu *Sidel* (eliminującemu potencjalnego konkurenta), zachowałyby i umocniłyby swoją pozycję dominującą na rynku aseptycznych opakowań kartonowych. Ponadto koncentracja ta stwarzałaby możliwość przeniesienia pozycji dominującej na rynku aseptycznych opakowań kartonowych na rynek systemu opakowań plastikowych PET (tzw. efekt dźwigni). Do wyciągnięcia takich wniosków skłoniły Komisję następujące czynniki:

- wspólna grupa nabywców zaopatrujących się zarówno w opakowania kartonowe, jak i systemy opakowań typu PET,
- silna pozycja dominująca *Tetra* na rynku aseptycznych opakowań kartonowych (80–90% udział w rynku),
- mocna czołowa pozycja połączonych *Tetra* i *Sidel* na rynku systemów do pakowania PET, a zwłaszcza maszyn SBM (z 60–70% udziałem w rynku),
- struktura rynku sprzyjająca stosowaniu przez strony koncentracji dyskryminacji cen,
- silne ekonomicznie bodźce do zaangażowania się przez strony koncentracji w praktyki przenoszenia siły rynkowej z rynku opakowań kartonowych na rynek systemów opakowań PET,

⁶⁵ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 25.10.2002 r. w sprawie T-5/02 *Tetra Laval BV* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich; SPI nie anulował wydanego przez Komisję zakazu koncentracji *GE/Honeywell* z uwagi na ograniczające konkurencję horyzontalne efekty tej koncentracji, lecz w wydanym orzeczeniu wskazał popełnione przez Komisję błędy w analizie konglomeratowych efektów koncentracji – zob. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 *General Electric Company* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

- konkurenci stron koncentracji na obu rynkach znacznie mniejsi – udziały w rynku największego konkurenta nie przekraczają 10–20%.

Tak więc ustalona, przede wszystkim na podstawie pozycji dominującej *Tetra* na rynku aseptycznych opakowań kartonowych, możliwość przeniesienia tej pozycji na rynek systemów do wytwarzania opakowań PET przejawiałaby się, według Komisji, następującymi praktykami ograniczającymi konkurencję: sprzedażą wiązaną urzędzeń do produkcji opakowań kartonowych i opakowań typu PET; ustaleniem cen rażąco niskich; wojnami cenowymi; przyznawaniem rabatów lojalnościowych. Zaangażowanie w tego rodzaju praktyki zagwarantowałoby stronom koncentracji to, że nabywcy na rynku opakowań kartonowych skłanialiby się do nabycia od *Sidel* urzędzeń do produkcji opakowań plastikowych PET.

W kontekście powyższych ustaleń Komisji, Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że wskazane przez Komisję praktyki są niezgodne ze wspólnotowym prawem konkurencji (z art. 82 TWE), co znacząco zmniejsza prawdopodobieństwo podjęcia ich przez strony koncentracji. Zdaniem SPI, Komisja analizując możliwość wystąpienia zachowań wykorzystujących pozycję dominującą stron koncentracji, musi ocenić to, czy mimo istnienia zakazu takich zachowań istnieje możliwość podjęcia ich przez strony koncentracji lub czy nielegalny charakter takich działań i/lub ryzyko wykrycia ich i ukarania czyni taką strategię mało prawdopodobną.

Według SPI przeprowadzana przez Komisję analiza prawdopodobieństwa wystąpienia efektu dźwigni i konsekwencji takich zachowań powinna być poparta odpowiednimi przekonującymi dowodami i powinna uwzględniać tylko takie zachowanie, w przypadku którego istnieje znikome prawdopodobieństwo jego niezgodności z istniejącym prawem⁶⁶. Komisja powinna więc rozpatrzyć tylko strategie sprzedaży związanej, które nie wiążą się z przymusem⁶⁷, polegające na składaniu

⁶⁶ Pkt 162 wyroku SPI.

⁶⁷ Pkt 219-222 wyroku SPI.

ofert obecnym klientom *Tetra* na rynku opakowań kartonowych, które to oferty nie miałyby charakteru obligatoryjnego lub siłowego. SPI ustalił także, że Komisja popełniła błędy w analizie poświęconej strategiom sprzedaży związanej, tj. ustaleniu tego, czy strony koncentracji, poprzez efekt dźwigni ukierunkowany na obecnych nabywców *Tetra* na rynku opakowań kartonowych, będą mogły uzyskać odpowiednią liczbę dodatkowych nabywców na rynku opakowań typu PET, wystarczającą do uzyskania w przyszłości pozycji dominującej na rynku urządzeń do wytwarzania opakowań typu PET, która to pozycja w znaczący sposób osłabiałaby konkurentów. Komisja przeszacowała bowiem prognozowaną przewagę stron koncentracji (*first-mover advantage*), z uwagi na to, że prognozowany wzrost zastosowania opakowań typu PET przez obecnych nabywców aseptycznych opakowań kartonowych *Tetra* nie jest znaczący. Komisja nie przedstawiła żadnych przekonujących dowodów na to, że wzrośnie zainteresowanie opakowaniami typu PET. Ponadto w swojej decyzji Komisja nie uwzględniła ograniczających efekt dźwigni zobowiązań *Tetra* (zobowiązań do zaniechania ofert sprzedaży związanej produktów kartonowych z urządzeniami do produkcji opakowań typu PET). Komisja w swojej analizie pominęła również jednego z dwóch konkurentów stron koncentracji, mogących oferować zarówno urządzenia do produkcji opakowań kartonowych, jak i do produkcji opakowań typu PET, oraz nie oceniła możliwości zdobycia przez nich przewagi typu *first-mover advantage*. Wskazując jeszcze kilka błędów (związanych ze specyfiką napojów pakowanych w opakowania obu typów) w przeprowadzonej przez Komisję analizie, SPI uznał, że decyzja Komisji nie dowodzi, iż w przyszłości strony koncentracji mogą przejąć pozycję dominującą na rynku urządzeń do produkcji opakowań typu PET.

Komisja Europejska również w decyzji *General Electric/Honeywell* (M.2220) popełniła błędy w przeprowadzonej analizie efektów konglomeratowych koncentracji. Rozpatrując skargę wniesioną przez strony

koncentracji⁶⁸, SPI uznał, że teorie Komisji dotyczące efektów konglomeratowych nie zostały wystarczająco ustalone i dowiedzione.

Pierwsza z teorii dotyczyła konglomeratowych efektów związanych z siłą finansową i integracją wertykalną *GE*, wynikających z łącznego działania przedsiębiorstwa finansowego *GE* (*GE Capital*) oraz przedsiębiorstw *GE* zajmujących się zakupem i leasingiem samolotów (*GE-CAS* i *GECCAG*). Do czynników sprzyjających pozycji dominującej *GE* Komisja zaliczyła siłę finansową *GE* w ramach sektora lotniczego, w którym zdolność do finansowania jest decydującym czynnikiem konkurencyjności, z powodu wielkości inwestycji i czasu inwestowania w tym sektorze. Komisja stwierdziła, że po koncentracji *GE* rozszerzyłoby na rynki *Honeywell* swą pozycję dominującą na rynku silników do dużych samolotów handlowych, poprzez efekt dźwigni handlowej, wynikającej z silnej pozycji *GECAS* i *GE Capital*. Jednak według SPI, Komisji nie udało się dowieść, że stosowane w przeszłości praktyki *GE* na rynku silników do dużych samolotów handlowych byłyby wykorzystane po koncentracji do kreacji lub umocnienia pozycji dominującej stron koncentracji na różnych rynkach awioniki i innych urządzeń⁶⁹.

Odwołując się do orzeczenia SPI w sprawie *Tetra Laval*, SPI stwierdził, że Komisja nie tylko musiała wykazać, że strony koncentracji miałyby możliwość przeniesienia tych praktyk na rynki produktów awioniki i innych urządzeń, ale także musiała wykazać, na podstawie o przekonujących dowodów, że przyjęcie tego zachowania było prawdopodobne. Komisja musiała także udowodnić, że te praktyki stworzyłyby w stosunkowo bliskiej przyszłości pozycję dominującą co najmniej na niektórych rynkach właściwych produktów awioniki i innych urządzeń⁷⁰. SPI uznał, że prawdopodobieństwo wystąpienia po koncentracji ograniczających praktyk musi być wykazane na pod-

⁶⁸ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 General Electric Company przeciwko Komisji WE.

⁶⁹ Pkt. 326 Wyroku.

⁷⁰ Pkt 327 Wyroku.

stawie przekonujących dowodów. Tego rodzaju dowody nie mogą się składać wyłącznie z zaobserwowanych w przeszłości zachowań stron koncentracji. Przekonującym dowodem, według SPI, mogłyby być dokumenty świadczące o poważnym zamiarze handlowym wykorzystania przez *GE* i/lub *Honeywell* po koncentracji siły *GECAS* i *GE Capital* na rynku awioniki i innych urządzeń. Potwierdzeniem takich zachowań mogłaby również być analiza ekonomiczna dowodząca, że takie praktyki leżą w interesie stron koncentracji⁷¹. Tego rodzaju ustalenia powinny być dokonane poprzez porównanie dochodów stron koncentracji, uzyskanych dzięki takim praktykom, z kosztami, jakie pociągają za sobą takie działania. Sąd Pierwszej Instancji uznał, że brak takich informacji w decyzji Komisji uniemożliwia ustalenie tego, czy strony koncentracji rozszerzyłyby swoje sporne praktyki na rynki produktów awioniki i innych urządzeń⁷². Komisja nie wykazała więc w wystarczającym stopniu, że koncentracja doprowadziłaby do rozszerzenia na rynki produktów awioniki i innych urządzeń praktyki stosowanej przez *GE* na rynku silników do dużych samolotów handlowych, polegającej na wykorzystaniu siły finansowej *GE* (*GE Capital*) oraz dźwigni handlowej w postaci zakupu samolotów przez *GECAS* w celu promowania sprzedaży jej produktów.

Komisja, dokonując analizy konglomeratowych efektów koncentracji *GE/Honeywell*, rozpatrzyła również możliwość realizacji przez strony koncentracji strategii sprzedaży wiązanej silników do samolotów *GE* z produktami awioniki i innych urządzeń *Honeywell*.

Według Komisji możliwość i wola podjęcia tego rodzaju strategii wykluczającej konkurencję stwarzają stronom koncentracji główne cechy rynku właściwego: udziały w rynku stron koncentracji, komplementarny charakter silników do samolotów oraz produktów awioniki i innych urządzeń, wysokie bariery wejścia na rozważane rynki,

⁷¹ Pkt 332-333 Wyroku.

⁷² Pkt 339 Wyroku.

duże koszty B+R, długi okres potrzebny do uzyskania rentowności oraz brak przeciwstawnej siły ze strony klientów i znacznego nacisku ze strony konkurentów. Komisja uznała, że posiadanie szerokiej gamy produktów komplementarnych umożliwi stronom koncentracji przyznawanie dyskryminujących rabatów, poprzez krzyżowe subsydiowanie klientów preferujących zakup całej gamy produktów, co w średnim i długim czasie prowadziłyby do wykluczenia konkurentów. Jednak w przeprowadzonej ocenie tego rodzaju zachowań Komisja popełniła błędy, które zostały wskazane w orzeczeniu SPI. Podobnie jak w części poświęconej sile finansowej i efektowi dźwigni, SPI wskazał, że w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji na skutek sprzedaży wiązanej Komisja musi udowodnić, że strony koncentracji byłyby w stanie faktycznie stosować sprzedaż wiążaną, a także wskazać przekonujące dowody na zastosowanie tej strategii w następstwie koncentracji, w wyniku czego doszłoby do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej stron koncentracji na jednym rynku lub kilku rynkach właściwych w stosunkowo bliskiej przyszłości⁷³. Przeprowadzone przez SPI postępowanie wykazało, że przedstawione przez Komisję dowody nie mogą świadczyć z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa o możliwości wystąpieniu któregoś z rodzajów sprzedaży wiązanej (tj. sprzedaży wiązanej czystej, technicznej i mieszanej). Sąd Pierwszej Instancji podkreślił, że warunkiem wystąpienia sprzedaży wiązanej czystej⁷⁴ jest to, że wiązane produkty mają tego samego nabywcę. Różne standardy produktów awioniki wytwarzane przez *Honeywell* stanowiły o zróżnicowaniu nabywcy i ograniczały możliwość sprzedaży wiązanej silników *GE* i produktów *Honeywell* tylko do

⁷³ Pkt 405 Wyroku.

⁷⁴ Pkt 417, możliwość, że silnik lub jeden z produktów awioniki lub innych urządzeń byłby produktem wiążącym, tj. niezbędnym komponentem lub komponentem uważanym za pierwszy wybór, którego sprzedaż, niezależnie od sprzedaży innych swoich produktów, odmówiłyby strony koncentracji (sprzedaż wiązana czysta – ze względów czysto handlowych istnieje zobowiązanie zakupu w pakiecie dwóch lub więcej produktów).

jednego standardu produktów awioniki. Komisja nie wyróżniła i nie zbadała nabywców, wobec których tego rodzaju praktyki mogłyby być skuteczne. Ponadto Komisja nie dokonała analizy ewentualnej reakcji tychże nabywców na sprzedaż wiązaną oraz nie przedstawiła żadnego konkretnego przykładu opisującego sposób funkcjonowania przewidywanej strategii związanej. W swojej analizie Komisja nie uwzględniła również potencjalnego wpływu zakazu nadużywania pozycji dominującej, ustanowionego w art. 82 TWE, na skłonność stron koncentracji do stosowania strategii sprzedaży związanej.

W przypadku sprzedaży związanej technicznej⁷⁵ Komisja oparła swoje przypuszczenia na integracji między różnymi produktami awioniki oraz na przyszłym rozwoju projektu pod nazwą *Bardziej elektryczny silnik*, a więc na integracji technicznej produktów, do której jeszcze nie doszło i nie wiadomo, czy i kiedy dojdzie. Przypuszczenia Komisji na ten temat nie zostały poparte żadnymi szczegółami projektu, które mogłyby je uprawdopodobnić. Dlatego też SPI uznał, że Komisja nie przedstawiła przekonujących dowodów na to, że przewidywane przez nią zachowanie dojdzie do skutku w stosunkowo bliskiej przyszłości i że doprowadzi ona do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej w stosunkowo bliskiej przyszłości⁷⁶.

Ograniczające konkurencję efekty sprzedaży związanej mieszanej⁷⁷ występują, według SPI, tylko w zakresie, w jakim nabywcy przyjmują ją, zwłaszcza gdy nie żądają podziału na poszczególne produkty. Ponadto konieczne jest istnienie prawdopodobieństwa, że strony koncentracji wykorzystająby możliwość zastosowania sprzedaży związanej mieszanej. Jednym z dowodów na możliwość wystąpienia tego rodzaju praktyk, wskazanym przez Komisję, były stosowane w przeszłości przez Honeywell oferty pakietowe. Ponadto Komisja, opierając się na *efekcie*

⁷⁵ Sprzedaż wiązana ze względu na integrację techniczną produktów.

⁷⁶ Pkt 429 Wyroku.

⁷⁷ Sprzedaż kilku produktów w pakiecie następuje na lepszych warunkach niż warunki proponowane przy zakupie każdego z produktów z osobna.

*Cournota*⁷⁸, uznała, że strony koncentracji byłyby zachęczone względami ekonomicznymi do stosowania sprzedaży związanej mieszanej. Komisja stwierdziła też, że wzmocnienie siły na różnych rynkach, na których są obecne strony koncentracji, można uznać za podstawowy cel strategiczny koncentracji, co czyni sprzedaż związaną racjonalnym zachowaniem z ekonomicznego punktu widzenia i tym samym uprawdopodobnia ją.

Ustosunkowując się do wskazanych przez Komisję argumentów, SPI stwierdził, że zaobserwowane w przeszłości praktyki sprzedaży związanej produktów awioniki i innych urządzeń Honeywell nie świadczą o tym, że w następstwie koncentracji sprzedaż związana mieszana, obejmująca także silniki *GE*, mogłaby być stosowana i byłaby rentowna pod względem handlowym dla stron koncentracji⁷⁹. Ponadto SPI uznał, że brak szczegółowej analizy ekonomicznej obejmującej zastosowanie *efektu Cournota* do okoliczności planowanej koncentracji nie pozwala na wyprowadzenie wniosku o prawdopodobnym zastosowaniu sprzedaży związanej mieszanej przez strony koncentracji⁸⁰. Według SPI, Komisja nie wykazała, poprzez odniesienie się do obiektywnych okoliczności handlowych i gospodarczych sprawy, także tego, że w interesie stron koncentracji byłoby stosowanie sprzedaży związanej mieszanej w wyniku koncentracji⁸¹.

Ostatecznie SPI uznał, że w przypadku braku istnienia sprzedaży związanej sam fakt, że strony koncentracji będą miały szerszą paletę produktów niż ich konkurenci, nie jest wystarczający do ustalenia, że na różnych rynkach właściwych zostałaby stworzona lub umocniona pozy-

⁷⁸ Pojęcie „efektu Cournota” jest teorią ekonomii, opisującą korzyści, jakie czerpie firma sprzedająca szeroką gamę produktów - w przeciwieństwie do swoich konkurentów, których gama produktów jest bardziej ograniczona, gdyż proponując rabaty na wszystkie produkty z danej gamy i obniżając w ten sposób swoją marżę zysku osiąganą z każdego produktu, ogólnie czerpie korzyści z takiej praktyki, ponieważ sprzedaje ona większą liczbę wszystkich produktów ze swojej gamy.

⁷⁹ Pkt 439 Wyroku.

⁸⁰ Pkt 462 Wyroku.

⁸¹ Pkt 465 Wyroku.

cja dominująca⁸². We wnioskach końcowych SPI stwierdził, że Komisja nie ustaliła, na podstawie wystarczająco dokładnej ewidencji ekonomicznej lub na podstawie wewnętrznych dokumentów przedsiębiorstw, że strony koncentracji mają motyw do wprowadzenia ofert sprzedaży wiązanej produktów.

Przedstawione wyżej dwa orzeczenia SPI pokazują, że ustalenie ograniczających konkurencję zachowań stron koncentracji konglomeratowych musi być dokonane z niezwykłą starannością i powinno dotyczyć tylko tych zachowań, których występowanie nie jest ograniczone zakazem nadużywania pozycji dominującej, ustanowionym w art. 82 TWE. ■

⁸² Pkt 470 Wyroku.

ZAKOŃCZENIE

Celem niniejszej pracy było ustalenie zgodności przygotowanych przez Komisję Europejską *Wytycznych w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw* z teorią ekonomii oraz ustalenie, czy na podstawie istniejących teorii ekonomicznych można zbudować spójne ramy oceny niehoryzontalnych koncentracji.

Generalnie, wnioski na temat tych dwóch poddanych analizie zagadnień nie są jednoznaczne. Podstawowa trudność związana z ekonomiczną oceną skutków planowanych koncentracji niehoryzontalnych wiąże się z brakiem spójnych metod analizy przeciwstawnych efektów tego rodzaju koncentracji – tj. korzyści efektywnościowych i potencjalnego ograniczenia konkurencji. Mimo że te dwa przeciwstawne efekty są charakterystyczne dla niekonkurencyjnej struktury rynku, to istniejące w literaturze przedmiotu ujęcia modelowe koncentrują się przede wszystkim tylko na jednym rodzaju skutków integracji przedsiębiorstw działających na różnych rynkach właściwych.

Można więc wnioskować, że istniejący stan badań w tej dziedzinie ekonomii przemysłowej stanowi jedną z przyczyn koncentracji działań Komisji przede wszystkim na potencjalnym ograniczeniu konkurencji w wyniku niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw. O niewielkim znaczeniu korzyści efektywnościowych w ogólnej ocenie koncentracji świadczy nie tylko poświęcenie tym kwestiom niewielkiej części *Wytycznych niehoryzontalnych*, ale także brak przeprowadzenia tego rodzaju analiz w poddanych ocenie decyzjach Komisji.

Takie podejście jest niespójne z zawartym w *Wytycznych niehoryzontalnych* stwierdzeniem, że koncentracje niehoryzontalne mogą powodować istotne korzyści efektywnościowe. Uwzględnienie korzyści efektywnościowych w kontroli koncentracji może być, co prawda, reali-

zowane pośrednio, poprzez ograniczenie kontroli tylko do nielicznych, istotnych z punktu widzenia zmian na rynku, koncentracji.

Koncentrując działania Komisji tylko na istotnych z punktu widzenia konkurencji ograniczeniach związanych z koncentracjami niehoryzontalnymi, należałoby również uzupełnić *Wytyczne niehoryzontalne* o pozostałe, wskazane w literaturze przedmiotu oraz w praktyce decyzyjnej Komisji ograniczenia związane z koncentracjami wertykalnymi, tj. ominięcie prawnej regulacji ceny i zakaz dyskryminacji cen.

Ponadto istniejący zakaz nadużywania pozycji dominującej zawarty w art. 82 TWE oraz uznane przez Sąd Pierwszej Instancji za błędne analizy dotyczące możliwości stosowania sprzedaży wiązanej przez strony konglomeratowych koncentracji skłaniają do wysunięcia postulatów rezygnacji z poddawania ocenie tego rodzaju efektów w ramach wspólnotowej kontroli koncentracji.

Kolejne spostrzeżenie, jakie nasuwa się na podstawie przeprowadzonej analizy, to komplementarny charakter *Wytycznych niehoryzontalnych* w stosunku do *Wytycznych* w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw. Zawarte w tekście *Wytycznych niehoryzontalnych* częste odwołania do zapisów zawartych w *Wytycznych horyzontalnych* zaburzają ich przejrzystość. Uzasadnieniem tego rodzaju odwołań jest wola uniknięcia powielenia treści poddanej już analizie w *Wytycznych horyzontalnych*. Jednak taka sytuacja prowadzi do rozważenia możliwości połączenia tych dwóch dokumentów w jeden, zwłaszcza że istotna część rozpatrywanych przez Komisję koncentracji wiąże się zarówno z efektami o charakterze horyzontalnym, jak i o charakterze niehoryzontalnym. ■

BIBLIOGRAFIA

KSIĄŻKI I ARTYKUŁY

- P. Areeda, H. Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, vol. I, Aspen Law&Business, New York 2002
- P. Areeda, D. Turner, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. IV, Little, Brown and Company, Boston-Toronto 1980
- P. Dasgupta, J. Stiglitz, *Industrial structure and the nature of innovative activity*, „Economic Journal” No. 90, 1980
- European Commission, *The Efficiency Defence and the European System of Merger Control*, European Economy, Report and Studies, No. 5, 2001
- J. Fairburn, P. Geroski, *The Empirical Analysis of Market Structure and Performance*, [w:] *European Mergers and Merger Policy*, M. Bishop and J. Kay (eds.), Oxford University Press 1993
- J.R. Felton, *Conglomerate Mergers, Concentration and Competition* „American Journal of Economics and Sociology” Vol. 30, No. 3, July 1971
- F.M. Fisher, *Horizontal Mergers: Triage and Treatment*, „Journal of Economic Perspectives”, Vol. 1, No. 2, Fall 1987
- Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, red. W. Frąckowiak, PWE, Warszawa 1998
- H. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, Hornbook Series, Minn. West Publishing Co, 1985
- H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994
- T.M. Jorde, D.J. Teece, *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, „The Journal of Economic Perspectives”, vol. 4, No. 3, Summer 1990

- W. Łyszkiewicz, *Industrial Organization. Organizacja rynki i konkurencja*, WSHiFM, Warszawa 2000
- M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004
- V. Nocke, L. White, *Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?*, Discussion Paper No. 4186, January 2004, Centre for Economic Policy Research, www.cepr.org
- M.H. Riordan, S.C. Salop, *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach* „Antitrust Law Journal”, No. 63, 1994-1995
- M.A. Salinger, *Vertical Mergers and Market Foreclosure*, “The Quarterly Journal of Economics” vol. 103, No. 2, May 1988
- O. Shy, *Industrial Organization. Theory and Application*, Cambridge, 1995
- D.W. Carlton, M. Waldman, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, „Rand Journal of Economics” 33, 2002
- F.M. Westfield, *Vertical Integration: Does Product Price Rise or Fall?* „The American Economic Review” vol. 71, No. 3, June 1981
- M.D. Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, „American Economic Review” 80, 1990

REGULACJE WSPÓLNOTOWE

- Draft Commission Notice. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_nonhorizontal_mergers.pdf (13.02.2007)
- Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (OJ C 372/03, 1997)
- Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ L 133, 30.04.2004)

Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy Rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ C 31, 05.02.2004)

Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ C 265/6, 2007)

DECYZJE KOMISJI EUROPEJSKIEJ

MMS/DASA/ASTRIUM (*M.1636*)

General Electric/Honeywell (*M.2220*)

TetraLaval/Sidel (*M.2416*)

Prometach/Sulzer (*M.2698*)

Newscorp/Telepiu' (*M.2876*)

KNP/Bormann-Tetterode and VRG (*M.291*)

GE/Instrumentarium (*M.3083*)

Sony/BMG (*M.3333*)

ENI/EDP/GDP (*M.3440*)

Siemens/VA Tech (*M.3653*)

E.ON/MOL (*M.3696*)

Cargill/Degussa Ford Ingredients (*M.3975*)

WYROKI SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 25.10.2002 r. w sprawie T-5/02 Tetra Laval BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 General Electric Company przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich

O Autorce

Dr nauk ekonomicznych, adiunkt w Ośrodku Badań Integracji Europejskiej Uniwersytetu Gdańskiego. Absolwentka Wydziału Ekonomicznego Uniwersytetu Gdańskiego. Stypendystka programu TEMPUS, dzięki któremu studiowała na Uniwersytecie w Saarbrücken (Niemcy). Uczestniczyła w zagranicznych szkoleniach i seminariach organizowanych przez National Council on Economic Education (USA), Polskie Towarzystwo Ekonomiczne i *Ludwig Erhard Stiftung* (Niemcy). Zajmuje się problematyką integracji europejskiej i polityki konkurencji. Odbywała staże w firmie doradczej COMPER, Fornalczyk i Wspólnicy. Autorka i współautorka artykułów w ogólnopolskich czasopismach oraz opracowań na konferencje krajowe i zagraniczne. Współpracuje z Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Stowarzyszeniem Prawa Konkurencji.

Non-horizontal Mergers and EC Competition Policy

Niehoryzontalne połączenia przedsiębiorstw
a polityka konkurencji Unii Europejskiej

INTRODUCTION

NON-HORIZONTAL MERGERS AND EC COMPETITION POLICY

On 28 November 2007 the European Commission adopted the *Commission Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*. The Guidelines are intended to provide a coherent analytical framework of the Commission's assessment of vertical and conglomerate mergers to companies envisaging such a merger. As the Guidelines present the main features of EC competition policy towards non-horizontal mergers, it could be a good starting point for an assessment of the coherence of this policy with policy with economic thinking. Therefore, the paper concentrates on the economic analysis of non-horizontal mergers and its policy implications. The basic question is if economic theory provides sufficient background to predict the Commission's assessment of non-horizontal mergers. ■

1. GUIDELINES ON THE ASSESSMENT OF NON-HORIZONTAL MERGERS AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF NON-HORIZONTAL MERGERS

Pursuant to Article 2(3) of Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, “a concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market”. The EU authority responsible for declaring whether intended concentrations are compatible or incompatible with the common market is the European Commission (Commission). Considering the scale of operations of undertakings notifying planned concentrations to the Commission and the major impact of such activities on the market, the Commission, following US competition authorities, explains its analytical approach to undertakings by issuing guidelines. This approach has developed on the basis of the Commission’s experience since 1990¹, as well as on the grounds of economic theories that have gained importance as a basis for the analyses of competition.

The guidelines aim to ensure that undertakings planning a merger will be able to foresee the effects of the Commission assessment of the merger concerned. Based on the information provided in such documents, undertakings that plan mergers are able to tentatively assess whether intended operations might be prohibited by the Commission, considered neutral or be to the benefit of competition in the common market. This information agenda was initiated by the Commission in

¹ I.e. until entry into force of Council Regulation No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings.

2004, with the issuance of its *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*² (*Horizontal guidelines*). This non-binding legal act explains the Commission's analytical approach to one type of concentration which brings with it major concerns regarding the restriction of competition as a result of mergers between undertakings which operate in the relevant market.

*Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*³ (*Non-horizontal guidelines*) discussed in this paper are a natural extension of the Commission's information activities regarding the assessment of concentrations between undertakings, which were initiated in *Horizontal guidelines*. Thus *Non-horizontal guidelines* represent an analytical approach used by the Commission in assessing vertical and conglomerate mergers. The term "vertical mergers" refers to the situation in which an undertaking merges with its suppliers and contractors (*upstream merger*) or a network of distribution and sale of its products or services (*downstream merger*). Conglomerate mergers occur when merging undertakings operate on different markets that are not vertically or horizontally related. Each of the types of concentrations concerned is related with different impacts on competition, which allows the competition authorities to use various methods to assess the impact.

From the point of view of the possible restriction of competition, horizontal mergers differ from non-horizontal mergers in that the former may have a direct impact on market power due to the elimination of competitive restrictions between the merging undertakings (i.e. increased concentration). In the case of vertical and conglomerate mergers,

² *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* (OJ C 31, 05.02.2004).

³ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* (OJ C 265/6, 2007).

effects that restrict competition are indirect, as they involve a transfer of the market power within different relevant markets that are related as a result of concentration, or the elimination of potential competition.

1.1. BACKGROUND AND CONGLOMERATE MERGERS

The analytical process outlined in *Non-horizontal guidelines* does not involve a discussion on the identification of relevant markets⁴ and, having covered the definition of non-horizontal mergers and the background, points out to the first element of the Commission assessment of non-horizontal mergers, i.e. market shares and concentration levels. These indicators are subject to assessment in order to establish a structural competitive situation in the markets on which the concentration has an impact, as these are generally accepted means to measure the level of market control. Control over the market, i.e. the holding of market power over at least one of the merging firms, is considered to be a preliminary condition for restricting competition as a result of vertical and conglomerate mergers⁵. According to *Non-horizontal guidelines*, suspected anti-competitive conduct should not be stated by the Commission if the market share of the merging parties in each of the markets concerned is below 30 % and the *Herfindahl - Hirschman Indicator* (HHI) is below 2000⁶.

The approach adopted by the Commission in *Non-horizontal guidelines*, according to which market share and HHI are taken as measures

⁴ The method of determining relevant markets is provided in another document, see the Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372/03, 1997).

⁵ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*, *Antitrust Law Journal*, No 63, 1994–1995, pp. 522–523; M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004; J.R. FELTON, *Conglomerate Mergers, Concentration and Competition*, *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 30, No. 3., Jul., 1971, pp. 234–245.

⁶ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, *op. cit.*, paragraph 25.

of market power, is based on a generally accepted theoretical framework. However, the thresholds provided in the guidelines are difficult to assess in view of the absence of a strong theoretical and empirical background for indicating critical values of the above indicators; it is even difficult to say whether these thresholds are too low or too high to identify mergers that cause concern about anti-competitive conduct⁷. It can only be stated that a 30% threshold of market share serves to maintain cohesion between the rules adopted in *Non-horizontal guidelines* and the rules of assessing vertical agreements provided in the Commission *Guidelines on vertical restraints*⁸. From the economic point of view, an analysis of restrictions on vertical agreements is in fact the same as an analysis of vertical mergers, as the latter can be an alternative to vertical restraints⁹. In relation to the adoption of the same rules for the analysis of competitive restrictions associated with these two alternative strategies for businesses, this is decisive for the effectiveness of the Commission's activity in both areas of competition law.

The foregoing justification cannot, however, explain the value of HHI as adopted in *Non-horizontal guidelines*. In the Commission *Guidelines on vertical restraints* one can find only one reference to the value $HHI < 1000$, which testifies that the structure of the market is unconcentrated¹⁰, while the critical value $HHI > 2000$ provided in *Non-horizontal guidelines* agrees with the threshold indicated by the Commission

⁷ See. J. FAIRBURN, P. GEROSKI, *The Empirical Analysis of Market Structure and Performance*, [in:] *European Mergers and Merger Policy*, M. BISHOP and J. KAY (eds.), Oxford University Press 1993, pp. 217–237; O. SHY, *Industrial Organization. Theory and Application*, Cambridge, 1995, pp. 171–185; F.M. FISHER, *Horizontal Mergers: Triage and Treatment*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 1, No. 2, Fall 1987, pp. 23–40; P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Fundamentals of Antitrust Law*, vol. I; Aspen Law & Business, New York, 2002, p. 386, reference 20.

⁸ Commission Notice - *Guidelines on vertical restraints* (OJ C 291/01 13.10.2000), paragraphs 21–22 and 93.

⁹ M. MOTTA, *op. cit.*, pp. 302, 305.

¹⁰ Commission Notice - *Guidelines on vertical restraints* (OJ C 291/01 13.10.2000), paragraph 119 (1).

for horizontal mergers between undertakings¹¹. It should also be added that not exceeding the threshold value of HHI and market shares of merging parties referred to in *Non-horizontal guidelines* does not necessarily mean there are no competitive concerns with regard to a given market. Paragraph 26 of *Non-horizontal guidelines* includes the following list of examples for which the possibility of basing a preliminary analysis of concentration effects exclusively on the value of HHI and market shares of merging parties is excluded:

- a merger involving a company that is likely to expand significantly in the near future,
- there are significant cross-shareholdings or cross-directorships among the market participants;
- one of the merging firms is an individual firm with a high likelihood of disrupting coordinated conduct;
- indications of past or ongoing coordination, or facilitating practices, are present.

The three latter situations are favourable for collective dominance and therefore change the method of analysis of the post-merger market situation¹². The first of the above-mentioned cases refers to the situation where the merger results in the elimination of major rivals. So, if there is a company that is generally perceived to be an entity that might in the future exercise a major competitive pressure on other companies in the market, the participation of the former in a merger may significantly affect the dynamics of competition in a given market, particularly if the latter is already substantially concentrated¹³. This situation may occur when one of the merging parties is an undertaking that, despite holding a relative-

¹¹ *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* (OJ C 31, 05.02.2004), paragraph 20.

¹² More on collective dominance can be found later in this paper.

¹³ More on the relationship between the structure of the market and innovations, see P. DASGUPTA, J. STIGLITZ, *Industrial structure and the nature of innovative activity*, Economic Journal No 90, 1980.

ly small share of the market, may be a major competitive power due to the creation (expansion) of innovations. In this way, the Commission, in its assessment of effects of concentration, can extend its analysis of the existing competitive situation to forecasts of competitive change in a given market in the event that there is no concentration. Such reflections refer to another fundamental element of the assessment of competition in a given market, in addition to market share and level of market concentration, i.e. the analysis of barriers to entry and potential competition, that is the forecasted emergence of new rivals in the future. In the case of non-horizontal mergers between undertakings, the analysis of potential competition, the identification of barriers to entry and their impact on the entry of potential rivals, should be used to establish whether a non-horizontal merger serves to eliminate potential competition.

In the literature of the subject, this element of analysis is defined as an assessment of the horizontal effects of concentration, as it refers to participants in vertical and conglomerate mergers being potential rivals in one or several relevant markets that the merger has an impact on. Undertakings which plan a merger, though they operate on different product and geographical markets, may, if they decline a merger, have the possibility of internal expansion in order to enter the market which has so far not been served by the merging partners. Thus, non-horizontal mergers can serve as a method for eliminating potential competition in spite of the double benefits the latter may have for competition in a given market. Firstly, the presence of potential rivals may encourage businesses operating on the relevant market to competitive conduct (setting prices and other non-price competition parameters). Secondly, a potential competitor can change a future competitive situation by entering the market independently and becoming present in the market as an actual additional rival¹⁴. Thus, concentration may be a method to

¹⁴ P. AREEDA, D. TURNER, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. IV, Little, Brown and Company, Boston-Toronto 1980, p. 69.

eliminate some beneficial effects resulting from the existence of potential competition.

Non-horizontal guidelines do not devote much attention to the above-mentioned horizontal effects of non-horizontal mergers. While indicating that they can occur, the guidelines refer to the *Guidelines on horizontal mergers between undertakings* in order to present the assessment made by the Commission¹⁵. The assessment consists of establishing whether a potential rival participating in the merger has a restrictive impact on the market or whether there is a high likelihood that the firm will transform itself to become an effective competitive power. The Commission formulates conclusions on this subject on the basis of evidence that a potential rival participating in the merger plans to enter the market in a significant way. In addition, it should also be established that the number of potential rivals is insufficient for competitive pressure to be sustained after the merger¹⁶.

The analysis of potential competition by the Commission is, to a large extent, consistent with the assessment of activities that are covered in the literature of the subject, in which four factors relevant to the assessment are distinguished:

- market features – testifying that the market assessed is not competitive, so the entry of a potential rival is insignificant to the competitive situation;
- the features of a firm participating in the merger – testifying that it is actually a potential rival;
- characteristics of other potential rivals – which serves to establish whether other potential competitors are too small to constitute real and potential post-merger competition;
- the significance and features of merging firms, in order to establish whether the potential negative effects of elimination of a poten-

¹⁵ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, *op. cit.*, paragraph 7; reference 7.

¹⁶ *Horizontal guidelines*, *op. cit.*, paragraph 60.

tial rival can be counter-balanced by the fact that a small enterprise operating in a given market can be strengthened as a result of the merger with a potential rival, in this way improving the competitive situation in the market¹⁷.

The part of *Horizontal guidelines* devoted to mergers with potential rivals should be complemented and developed by adding all elements of analysis which can be found in the literature of the subject to facilitate the assessment of mergers planned by companies. It should be stressed on this occasion that this element of the analysis of mergers between undertakings is of extreme importance in the case of conglomerate mergers, as the concern of the elimination of potential rivals is the only type of effect restricting competition that should be assessed by competition authorities under preventive control of such mergers¹⁸. However, the literature of the subject provides many examples of such conduct of conglomerate undertakings, which can create concerns about effective competition. These can include the following:

- practices consisting of purchasing products/resources by a conglomerate company only from companies which purchase products of that company (*reciprocity*);
- tying and bundling;
- the setting of abnormally low prices;
- price leadership¹⁹.

What links the above practices is that their presence is usually restricted by the existing prohibition of the abuse of a dominant position²⁰. According to P. Areeda and D. Turner, the only type of conduct of conglomerate firms that can evade this prohibition is *subtle tying*.

¹⁷ P. AREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, pp. 69–73.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 211–213; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, pp. 506–507.

¹⁹ P. ADREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, pp. 167–293.

²⁰ In the event of European Communities on the basis of Article 82 TEC.

Such practices refer to the situation in which a concentration creates a possibility of tying which is difficult to detect and control in view of subtle incentives by which the buyer of one product is induced to buy another product, in a quantity larger than would have been the case had not such an incentive been employed²¹. In accordance with theoretical assumptions such practices are possible only when the following minimum conditions are met:

- through the merger the firm takes over the second product purchased by customers of its products;
- after the merger, the firm continues selling both products to these customers;
- the customers do not have (or think they do not have) any other reasonable alternative source of supply of the first product;
- a merged firm has not fully used its power over these customers;
- an internal organisational structure or policy of the merging firm are vulnerable to leverage with regard to the taken-over product;
- activities of merging parties cannot be restricted by the use of relevant leveraging or reduction of prices by their rivals²².

Should the above conditions not be met, the use of subtle tying by merging parties is unlikely. However, meeting these conditions does not mean that such practices are actually employed by the merging parties, as it is necessary to establish a potential significance of these activities, i.e. whether an expected conduct of the merging parties is likely to occur in the relatively near future and whether this will be conducive to the creation or strengthening of a dominant position. According to P. Areeda and D. Turner, it is almost impossible to estimate effects of subtle tying in view of uncertainty as to whether this type of activity actually takes place; it is also impossible to establish the scope and effectiveness of such activities and there is no certainty as to how important any

²¹ P. AREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, pp. 206–208.

²² *Ibidem*, pp. 208–213.

group of customers may be for ultimate consumption levels. Thus, the authors postulate not to discuss the possible employment of such practices as a result of conglomerate mergers²³.

This postulate is also supported by H. Hovenkamp, but his argumentation differs a little from the above. He believes that subtle tying that might occur as a result of the merger and evade regulations prohibiting the abuse of a dominant position results from an imperfection of these regulations and not from the rules that apply to control of mergers between undertakings. Thus, it is difficult to justify the application of regulations prohibiting concentration (which could bring efficiency benefits) in view of possible tying that cannot be prohibited by regulations prohibiting the abuse of a dominant position²⁴.

Despite the postulates formulated in the literature of the subject and the provisions of Article 82 TEC, the European Commission has decided to control conglomerate mergers in order to establish whether a combination of products in related markets may confer on the merged entity the ability and incentive to leverage a strong market position from one market to another by means of tying or other practices that exclude rivals²⁵. The Commission-adopted analysis of such restrictions covers, in addition to the assessment of possibilities of and incentives to such conduct, establishing whether such foreclosure strategy will have a major impact on competition by causing a significant deterioration of the situation for consumers²⁶. According to the Commission, competitive restrictions by parties to conglomerate mergers are chiefly achieved through *bundling and tying*. *Bundling* refers to merging entities' pricing strategy and the method of offering products. Products manufactured by merging entities can be sold exc-

²³ *Ibidem*, pp. 211–213.

²⁴ H. HOVENKAMP, *op.cit.*, 1994, pp. 506–507.

²⁵ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraph 93.

²⁶ *Ibidem*, paragraph 94.

lusively jointly (*pure bundling*) or they can also be sold separately (*mixed bundling*), though in the latter case the prices of products sold separately should be higher than the price in the case of pure bundling. *Tying* takes place where the buyer of one product (*the tying good*) is forced to buy another product (*the tied good*) from the same manufacturer. Tying may involve *technical tying*, which occurs when the tying good is designed in such a way that it only works with the tied good. Another type of tying indicated by the Commission is *contractual tying*, where the customer, when purchasing the tying good, undertakes to only purchase the tied good²⁷.

According to the Commission, possibilities and incentives for using the above-mentioned practices restricting competition, depend on the following factors:

- merging parties must have market power in at least one market on which the merger has an impact;
- at least one product manufactured by merging parties must be seen by customers as being of particular importance with not many product equivalents, or rival companies have limited production capacities;
- there must be a sizeable common group of customers for individual products of merging parties (e.g. possible complementarity of products is of major importance);
- benefits of scale;
- merging parties are able to permanently tie or bundle products, e.g. through technical bundling or tying;
- possibility of employing an effective and swift counterstrategy by rivals of the merging parties;
- the level of profitability of such a strategy;
- factors limiting or even eliminating incentives for the adoption of such a strategy, without excluding possible illegal activities.

²⁷ *Ibidem*, paragraphs 96–97.

Factors that the Commission points out as favourable for the use of a tying strategy by the merging parties are to a large extent similar to conditions for *subtle tying* indicated by P. Areeda and D. Turner (see above). They are also partially consistent with other model assumptions of competitive restrictions that result from tying²⁸. However, consistency is only partial, while prohibition under Article 82 TEC raises the question of whether an analysis of conglomerate mergers is justified in view of expected post-merger tying. The possibility of giving convincing evidence for the future use of such a strategy by parties in conglomerate mergers is much less likely than the possibility to identify which factors would provide evidence of an intention to eliminate potential competition or to facilitate collective dominance in one of the markets on which the merger has an impact.

Competition-restricting *coordinating effect of conglomerate mergers* is analysed, similarly to the elimination of potential competition, in the context of horizontal restrictions. This is why, in this respect, *Non-horizontal guidelines* also refer to *Guidelines on horizontal mergers between enterprises* in which a market giving rise to coordination concerns is discussed in detail²⁹. These features have been grouped in accordance with the following three mechanisms of coordinating conduct in an oligopolistic market:

- conditions enabling coordination must be met,
- there must be mechanisms for the ongoing monitoring of coordination in order to detect any deviation from coordinating conduct,
- there must be a deterrent mechanism to be activated in case of deviation from coordinating conduct.

Conglomerate mergers can, first of all, facilitate the mechanism to discipline firms that coordinate their activities in an oligopolistic mar-

²⁸ See M.D. WHINSTON, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, American Economic Review 80,1990; D.W. CARLTON, M. WALDMAN, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, Rand Journal of Economics 33, 2002.

²⁹ See *Horizontal guidelines*, paragraphs 39–57.

ket. According to the literature of the subject and *Non-horizontal guidelines*, mergers of this type can increase the scope and importance of competition in many markets. The presence of participants in coordinative conduct in several markets can increase the scope and effectiveness of disciplinary mechanisms, thus contributing to the sustainability of such competition-restrictive activities. However, finding out that there is a substantial restriction of competition as a result of coordination following a conglomerate merger must be based on establishing whether all the three mechanisms conditioning coordinative conduct actually exist. Thus, in the context of such a concentration it needs to be stated that the merging parties and at least one of their rivals operate in two markets with an oligopolistic structure. Moreover, these entities must be of major importance in both markets and the markets must be relatively important for them. Deviation from coordination in one market must entail significant sanctions in another market. The meeting of each of these conditions certainly depends on several factors, i.e. the level of product substitution, the number of rivals in the markets concerned and the position of the merging parties in each market³⁰.

As mentioned above, no minimum conditions for coordination as a result of conglomerate mergers are laid down in *Non-horizontal guidelines*, which, in this respect, refer to *Guidelines on horizontal mergers between undertakings*³¹. The elaboration of this part of *Non-horizontal guidelines* and the adjustment of the method to assess coordinative conduct, as indicated in *Horizontal guidelines*, to the specificity of conglomerate mergers, would bring about a greater clarity and usefulness for firms planning such a merger.

The above discussion on the effects of conglomerate mergers which restrict competition allow us to postulate that both effects of conglomerate mergers restricting competition should be analysed under the

³⁰ For more on this subject see P. AREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, pp. 49–69.

³¹ See *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraph 119; *Horizontal guidelines*, paragraph 55.

preventive control of mergers between undertakings. An argument for the adoption of this approach, which precludes the analysis of possible tying, is based on the prohibition of such conduct under Article 82 TEC as well as on the minor importance of efficiency benefits in the overall assessment of mergers by the European Commission. If a possible prohibition of conglomerate mergers were to be referred to only the two above-mentioned effects, which are strongly present in the literature of the subject, the Commission's activities in this area would be able to focus on a relatively small portion of notified conglomerate mergers of the type that brings major efficiency benefits. Such an approach is justified, as only rarely are efficiency benefits from mergers taken into account under Community appraisals of such activities³². Pursuant to *Guidelines on horizontal mergers between undertakings*, for the Commission to take account of efficiency claims in its assessment of the merger and to be in a position to reach the conclusion that, as a consequence of efficiencies, there are no grounds for declaring the merger to be incompatible with the common market, the efficiencies have to benefit consumers, be merger-specific and verifiable³³. It is for the merging parties to demonstrate that there are no less anti-competitive, realistic and attainable alternatives to preserve the claimed efficiencies³⁴. Moreover, efficiency benefits indicated should occur shortly after the merger and be identifiable, while their impact on consumers should not be marginal³⁵. According to *Horizontal guidelines*, in order for the situation of customers not to deteriorate as a result of a merger, efficiency benefits connected with it should occur in due time and reduce the variable and marginal costs³⁶.

³² See European Commission, *The Efficiency Defence and the European System of Merger Control*, European Economy, Report and Studies, No. 5, 2001.

³³ *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under Council Regulation (OJ C 31, 05.02.2004)*, paragraph 78.

³⁴ *Ibidem*, paragraph 85.

³⁵ *Ibidem*, paragraphs 86–88.

³⁶ *Ibidem*, paragraphs 79–84.

Non-horizontal guidelines show the *economies of scope* as an example of efficiency benefits specific for conglomerate mergers. The benefits are generated due to the complementarity of products of merging firms or market segments to which their products are supplied³⁷. In such a situation, the merger creates an opportunity of offering a wider range of products, the total output of which generates greater benefits than the sum of benefits of individual products³⁸. Thus, the benefits of scale result from the complementarity of products associated with their manufacture as well as benefits obtained due to the marketing of two (or more) products jointly instead of separately. The benefits from a joint product offer are the focus of *Non-horizontal guidelines*, which can be explained by the fact that the guidelines consider tying and bundling as the main effects of conglomerate mergers, giving rise to concerns of restricting effective competition in the common market. However, it is unlikely that the Commission will consider benefits from a joint product offer to be sufficient to balance the possible competition-restrictive effects of such activities. This conclusion can be formulated on the basis of the Commission's statement that benefits from economies of scope can often be realised without any need for technical or contractual bundling or tying.³⁹ This means, that, according to the Commission, there are alternative measures, which are less anti-competitive, realistic and attainable alternatives, to preserve the efficiencies claimed by the merging parties.

Non-horizontal guidelines do not devote much attention to efficiency benefits as a consequence of conglomerate mergers. The Overview of the guidelines states that integration may also decrease transaction costs and allow for better co-ordination in terms of product design, the organisation of the production process, and the way in which products are sold. Simi-

³⁷ *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, ed. W. FRĄCKOWIAK, PWE, Warsaw 1998, p. 27.

³⁸ W. ŁYSZKIEWICZ, *Industrial Organization. Organizacja, rynki i konkurencja*, WSHiFM, Warsaw 2000, pp. 358–362.

³⁹ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraph 118.

larly, mergers which involve products belonging to a range or portfolio of products that are generally sold to the same set of customers may give rise to customer benefits such as *one-stop-shopping*⁴⁰. The elaboration of these provisions, indications and benefits, as well as the meeting of these conditions, might actually be taken into account in the course of the possible discussion of efficiencies resulting from conglomerate mergers, which would significantly enhance the informational role of the guidelines.

1.2. VERTICAL CONCENTRATIONS

To begin the analysis of a theoretical background of the method of assessment of vertical concentrations adopted in *Non-horizontal guidelines* it should be noted that a shared view in the literature of the subject is that many, or even the majority of vertical mergers have a positive or neutral impact on competition⁴¹. This view is formulated on the basis of efficiency benefits, which may result from the vertical integration of undertakings⁴². The main types of efficiency benefits achieved due to vertical mergers are as follows:

- the reduction of costs due to better coordination of product design and production processes between input suppliers and manufacturers of goods;
- the elimination of the problem of *free riding* through the internalisation of incentives of the merger partners, encouraging them to undertake activities aimed at bringing benefits to upstream or downstream firms;
- the rationalisation of the input usage in the production process;

⁴⁰ *Ibidem*, paragraph 14.

⁴¹ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, p. 519; H. HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, Hornbook Series, Minn. West Publishing Co, 1985, pp. 192–202.

⁴² Efficiency benefits connected with vertical mergers were particularly strongly articulated by representatives of the Chicago school of industrial economy, see M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, pp. 513–519.

- the elimination of *double markups* in imperfectly competitive markets of suppliers of inputs and ready products;
- forcing improved efficiency in the operations of rivals through the pressure of vertically integrated undertakings⁴³.

Non-horizontal guidelines list almost all efficiency benefits covered in the literature of the subject and connected with vertical mergers (as in the case of conglomerate mergers). It has also been stressed that non-horizontal mergers significantly contribute to increased efficiencies, therefore they create fewer competition-restrictive concerns than horizontal mergers⁴⁴. In addition to the above, *Non-horizontal guidelines* do not characterise individual potential sources of efficiencies which are specific for vertical mergers, and, as in the case of conglomerate mergers, refer to *Guidelines on horizontal mergers between undertakings* for information about the method of assessment of efficiency benefits under the Community control of concentrations between undertakings. Such an approach does not stress the fact that efficiencies, generated as a result of vertical integration of undertakings, significantly influence a general assessment of effects of such activities on competition in the markets on which they have an impact.

On the other hand, a considerable part of *Non-horizontal guidelines* is devoted to the anti-competitive effects of vertical integration between undertakings, i.e. the creation, strengthening or facilitation of the use of market power by merging parties. The literature of the subject provides three sources of competition restriction as a consequence of vertical mergers. The first one can be the conduct of the merging

⁴³ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op.cit.*, pp. 522–527; T.M. JORDE, D.J. TEECE, *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, The Journal of Economic Perspectives, vol. 4, No. 3, Summer 1990; M.A. SALINGER, *Vertical Mergers and Market Foreclosure*, The Quarterly Journal of Economics, vol. 103, No. 2, May 1988; F.M. WESTFIELD, *Vertical Integration: Does Product Price Rise or Fall?* The American Economic Review, vol. 71, No. 3, June 1981.

⁴⁴ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraphs 12–14.

parties, which leads to foreclosing rivals through increasing the costs of their operations. These costs may increase due to limiting rivals' access to an important input (*input foreclosure*) or to a major group of customers (*customer foreclosure*). Moreover, vertical mergers can facilitate collective dominance. The third source of anti-competitive effects of vertical mergers is the opportunity to evade regulation, as well as price discrimination⁴⁵.

Referring to the *collective dominance analysis* covered in the previous section, it should be noted that vertical mergers can influence all the three mechanisms that condition the firms' coordinative conduct in an oligopolistic market. Pursuant to *Non-horizontal guidelines*, vertical integration between undertakings can enable the coordination of their activities in one of the markets on which it has an impact by reducing the number of rivals, as well increasing symmetries between undertakings and eliminating firms which behave in an unpredictable manner (*maverick firms*) from the market. Moreover, vertical concentrations can facilitate the operation of a mechanism for monitoring coordination by increasing the level of market transparency through access to sensitive information on rivals or the possibility of monitoring prices. Vertical integration may also strengthen the mechanism that deters deviation from coordination through effective punishment of fraudulent firms when they are the sole customer or supplier to the merging parties. The coordination of the activities of undertakings, as a result of vertical mergers, may also be facilitated by raising barriers to entry and the elimination of an opposite force on the part of customers through participation in the merger of major customers of firms that coordinate their activities⁴⁶. Potential re-

⁴⁵ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, p. 519–520; H. HOVENKAMP, *op. cit.*, 1994, pp. 336–341.

⁴⁶ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraphs 79–90; more on the impact of vertical mergers on collective dominance, see V. NÖCKE, L. WHITE, *Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?*, Discussion Paper No. 4186, January 2004, Centre for Economic Policy Research, www.cepr.org

relationships between collective dominance and vertical concentrations, as indicated in *Non-horizontal guidelines*, are not discussed in detail. Firms wishing to familiarise themselves with the methodology to assess possibilities for coordination as a result of vertical mergers, which is used by the Commission, need to consult *Guidelines on horizontal mergers between undertakings*⁴⁷. This cannot be considered wrong. However, it seems right to postulate that all types of mergers between undertakings should be collected in a single, coherent document, considering, in particular, that often concentrations notified to the Commission are discussed in terms of both horizontal and non-horizontal effects.

As mentioned above, vertical mergers can serve to evade price regulation. Such a situation can occur when the price for products of one party of a vertical merger is regulated according to the cost-plus rule, taking into account the costs of operation and profit necessary for the long-term operation of the company. If another merging party is a supplier of inputs which are not covered by price regulation, integration of such firms can lead to an artificial increase in transfer prices for inputs as well as a rise of regulated prices and growth of profits of merged companies as they are shifted from the regulated to non-regulated market. In addition, vertical mergers can also serve to *evade the prohibition of price discrimination*⁴⁸. Such effects of vertical concentrations are not covered in *Non-horizontal guidelines*. Price discrimination occurs only in the context of integrated operations of firms, aimed at the input foreclosure of rivals⁴⁹. It is difficult to justify why the above-mentioned activities of vertically integrated firms are neglected in *Non-horizontal guidelines*, in particular considering that it is relatively easy to identify effects of evading regulated prices to restrict

⁴⁷ See *Commission Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraph 79; *Horizontal guidelines*, paragraph 48.

⁴⁸ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, pp. 561–564.

⁴⁹ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, a reference to paragraph 38.

competition⁵⁰. However, an ultimate assessment of the impact of activities aimed at evading price discrimination-prohibiting regulations on competition may be controversial. The controversy is connected with the potential efficiency benefits that may arise from price discrimination⁵¹. Thus, the effect of price discrimination by vertically integrated undertakings may be a higher output than the output of a non-integrated, monopolistic undertaking that does not employ price discrimination. On the other hand, however, imperfect price discrimination can contribute to reduced effectiveness in connection with the size of an output that is lower than it would be in a market that has a competitive structure, and in relation with operating costs generated by price discrimination⁵².

However, in the literature devoted to the analysis of anti-competitive effects of vertical mergers, most discussion is devoted to the opportunity to *increase the costs of rivals*, in order to *foreclose them from the market*. This is also reflected in *Non-horizontal guidelines*, which analyse possibilities to employ practices restricting access to an important input (*input foreclosure*) or to a significant group of customers (*customer foreclosure*) by parties of concentration.

In assessing the likelihood of an anti-competitive input foreclosure scenario, the Commission examines

- whether the merged entity would have, after the merger, the ability to substantially foreclose access to inputs,
- whether it would have the incentive to do so,
- whether a foreclosure strategy would have a significant effect on competition downstream⁵³.

⁵⁰ See M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, pp. 561–563; H. HOVENKAMP, *op. cit.*, 1994, pp. 339–340.

⁵¹ More on this subject see M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, pp. 563–564.

⁵² H. HOVENKAMP, *op. cit.*, 1994, pp. 338–339; the author shows the effects of price discrimination using a very informative case to illustrate the process.

⁵³ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraph 32.

According to *Non-horizontal mergers*, input foreclosure can take several forms, e.g. the firm deciding not to deal with its actual or potential competitors in the vertically related market, restricting supplies and/or raising the price it charges when supplying competitors, opting for a specific choice of technology within the new firm which is not compatible with the technologies chosen by rival firms or the degradation of the quality of input supplied.

As was already mentioned in the introduction to this paper, the effects of non-horizontal mergers that restrict competition can occur only if the merging parties have market power in one of the markets on which the merger has an impact, which in this case means that these parties need to have the same power in the input market. Moreover, the input must be of major importance for the product manufactured downstream in the production chain. A major input foreclosure by the merging parties depends also on the possibility of using counterstrategy by their rivals in the inputs market. Incentives to foreclose present or potential rivals depend chiefly on benefits that will be brought by increased prices in the market of ready products resulting from the strategy to increase the costs of rivals. However, the overall influence of vertical mergers on effective competition is assessed on the basis of the scope of impeding competition (the importance of a foreclosed rival to competition), raising barriers to the entry of potential rivals, as well as opposite factors, i.e. the customers' power or the possibility of entry of new entities into the inputs market. In addition, pursuant to *Non-horizontal guidelines*, a general impact of the merger on competition should be assessed in the context of efficiency benefits, which have been identified and proven by the merging parties.

The method of assessment of foreclosing effects of vertical mergers adopted in *Non-horizontal guidelines* is accordant with theoretical assumptions for the analysis of such effects⁵⁴. Many findings are needed

⁵⁴ See M. MOTTA, *op. cit.*, pp. 372–374; M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, pp. 527–557.

to establish whether a merger is likely to actually lead to the foreclosure of rivals. Firstly, it should be checked whether it would be more favourable for integrated firms to continue supplies of inputs to rivals in the downstream market or to raise prices for the inputs sold to them. The identification of incentives in favour of the latter strategy is based on an analysis similar to the assessment of horizontal mergers, i.e. establishing whether the merging parties are likely to be able to raise prices. Conclusions with regard to this issue are formulated on the basis of such data as the market share, flexibility of demand for a given input, surplus of production capacities of rivals in the product market, entry barriers to the input market etc. If the analysis shows the existence of incentives for the foreclosing of rivals through reducing the volume of sales by merging parties or increasing prices for inputs, it should be established whether the cost of purchasing inputs by rivals of merging parties actually increases. To this end, it needs to be checked whether rivals of the merging parties in the input market can actually increase the supply of the input concerned and whether the input they sell is a sufficiently close equivalent of the input provided by vertically merging parties. However, even if there are no rivals restricting the power of merging parties in the input market, foreclosing activities of merging parties in the input market are not equivalent with a possible price increase in the downstream market as this market can be competitive enough to make a transfer of market power from the input market impossible. All in all, the ultimate impact of a given merger on overall prosperity depends on the efficiency benefits, which may lead to a price decrease of the final product regardless of the increased prices of inputs for rivals of the merging parties⁵⁵.

A major role of efficiency benefits in the final assessment of effects of vertical mergers is highlighted in *Non-horizontal guidelines*. Some doubts arise, however, when trying to establish whether the benefits men-

⁵⁵ *Ibidem*.

tioned in the guidelines are actually taken into account in a comprehensive analysis. As was already mentioned above, the efficiency assessment is based on *Guidelines on horizontal mergers of undertakings*, while the burden of proof that efficiency has been created rests on the merging parties. In this situation it seems appropriate to explain the specificity of the Commission's preferred method of analysis of benefits that arise from vertical mergers. It should also be considered whether the burden of analysis in this respect should perhaps rest on the Commission. Thus, if an ultimate goal of Community control of concentrations were the protection of consumers not competitors, comparing efficiency benefits with losses resulting from restricted competition as a result of a vertical merger would provide information on how the final price for the final consumer is shaped.

When dealing with the method of analysis of vertical mergers adopted by the Commission, another practice employed by vertically integrated firms, which creates concerns about restricted competition, should also be noted. This is the restriction of rivals' access to important groups of customers (*customer foreclosure*). A scheme of assessment of such activities by the Commission is very much similar to the customer foreclosure analysis presented above⁵⁶. Differences appear as regards the direction of transfer of a market force, and, in this case, from the sale to the suppliers' market. In this situation, it seems unnecessary to replicate the issues discussed above. Therefore, it can generally be stated that the method of analysis adopted by the Commission in this respect is consistent with the theoretical assumptions. The only doubts raised are related to the method of analysing efficiency benefits. ■

⁵⁶ See: *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraphs 58–77.

2. NON-HORIZONTAL MERGERS IN THE DECISION- -MAKING PRACTICE OF THE EUROPEAN COMMISSION

The introduction to *Non-horizontal guidelines* states that the Commission's experience following the entry into force of the Council Regulation on the control of concentrations had a major influence on the method of analysing non-horizontal mergers. Hence the present paper provides an analysis of the Commission's decisions on horizontal aspects of mergers between undertakings in order to establish their actual contribution to the *Guidelines* in their present form. It should be noted that there were not too many decisions in which the Commission assessed in detail the competition-restricting effects of non-horizontal mergers (i.e. in the second phase of the procedure). Moreover, the mergers analysed in view of non-horizontal effects often involved horizontal effects.

2.1. VERTICAL MERGERS

Vertical mergers do bring about changes in concentration indicators in any market on which they have an impact; however, similarly to horizontal mergers, market shares of the merging parties are the point of departure for an analysis carried out by competition authorities. As was mentioned above, the effects of vertical mergers that restrict competition may occur only if there is a horizontal market force in one or several stages of the production chain (i.e. in the markets on which the merger has an impact). Therefore, the analysis of vertical mergers contains elements that are characteristic of the assessment of the effects of horizontal mergers. These elements, however, are adjusted to the context of specific restrictions of competition related to vertical mergers.

According to *Non-horizontal guidelines*, the European Commission can be suspicious of a merger in which the total shares of the merging parties exceed 30% of the markets on which the merger has an impact. An analysis of Commission decisions confirms that a merger in which total market shares of the merging parties do not exceed 30% does not raise concerns about restricting competition⁵⁷. Thus, the 30% market share threshold proposed by the Commission in *Non-horizontal guidelines* can be seen as an indicator of a competitive structure of the market, since, according to theoretical assumptions, the elimination of competitors as a result of vertical integration does not occur in competitive markets, so they are also unlikely in oligopolistic markets⁵⁸. If the market has been identified as oligopolistic, the analysis of the market position of all market entities is of extreme importance. Thus, the characteristics of positions of the merging parties vis à vis their rivals is an inherent element of the Commission's analysis, as shown in the case *GE/Instrumentarium* (M.3083), in which the market powers of *Instrumentarium* and its rivals in the market of anaesthesia equipment have been initially assessed on the basis of market shares. A suspicion that *Instrumentarium* may possess significant market power in Belgium, Ireland, Sweden and the United Kingdom has been formulated on the basis of the company's high market shares (more than 40–50%) and significantly lower shares of its rivals. Further, a strong position of *Instrumentarium* in the market of anaesthesia equipment is supported by elements of analysis which are characteristic of the assessment of probability that a single firm may have a dominant position, i.e. the creation of major barriers to entry of the market concerned (substantial sunk costs), strong consumer preferences in favour of manufacturers of

⁵⁷ See Decision of the European Commission on cases Siemens/VA Tech (M.3653); Sony/BMG (M.3333); KNP/Bormann -Tetterode and VRG (M.291); Prometach/Sulzer (M.2698); MMS/DASA/ASTRIUM (M.1636); Cargill/Degussa Ford Ingredients (M.3975).

⁵⁸ P. ADREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, p. 221.

distinctly recognizable products of tested reputation (a low price flexibility on the demand side) as well as a distinctly recognizable brand and the quality of equipment manufactured by *Instrumentarium*. The case of *GE/Instrumentarium* (M.3083) referred to above, as well as discussion in earlier sections of this paper show that significant market shares of the merging parties are necessary but not sufficient to establish that they have market power. Barriers to entry are of major importance in this respect; the absence of such barriers can suggest the absence of a market power, even if the company has a monopolistic position. However, such a situation is difficult to find among the Commission decisions analysed for the purposes of the present paper.

There are, however, examples showing that a near-monopolistic position of the merging parties in one of the markets on which the merger has an impact may indicate that there is a possibility of also transferring a dominant position in upstream or downstream markets integrated as a consequence of the merger. This was the situation of the *E.ON/MOL* (M.3696) merger, in which the Commission established that *MOL WMT* had a dominant position in the gas market, on the grounds that the company controlled two existing competitive sources of gas, i.e. national output and imports. Control of access to existing gas resources in Hungary along with possibilities and incentives for influencing competition in the retail market for gas (through an *E.ON*-controlled regional distribution company), which came as a consequence of the merger, were important factors for the Commission to establish that there was a threat of employing an input foreclosure strategy by the integrated enterprise. According to the Commission, this strategy may have consisted of increasing costs of access to wholesale trade in gas for rivals of the merging parties in the market of retail trade in gas. Increased costs of operation of rivals could result from increased wholesale prices of gas and/or from non-price discrimination (e.g. delays in supply, lower quality of services, inflexibility, reluctance to renegotiate terms of supply). Such adverse changes in

non-price competition parameters would enable the merging parties to restrict competition in the market on which the security of supplies, flexibility and guaranteed services are of major importance for the choice of suppliers by small industrial customers (end customers). According to the Commission, incentives for the realisation of such a strategy by the merging parties would have been significant in view of a major share of *E.ON* (ca. 35-45%) in the Hungarian retail gas market.

In its analysis of the case *E.ON/MOL* (M.3696), the Commission also examined the possibility of using vertical integration to *evade price regulation*⁵⁹. The possibility that the merging parties might resort to such a conduct was connected with a transition period in the process of liberalisation of the gas market in Hungary; at that stage there were two segments of the retail gas trade market, i.e. the free market and a regulated market. Due to legally regulated prices in the latter, the merging parties would have been able to employ only a non-price discrimination of rivals, which would have led to rising operating costs. Considering the setting of a regulated gas price according to the cost-plus rule (taking into account operating costs and the profit needed for the long-term operations of a company), the increase in prices offered by competitors of the merging parties could have been a basis for renegotiating and increasing the regulated price. This situation could, in turn, distort the liberalisation process of the market concerned, so customers would be inclined to move from the regulated segment of the market to operators in the open segment of the market (probably to *E.ON*, assuming that its competitors from that segment would pay a higher price for gas purchased from *MOL WMT*).

On the basis of a brief description of an analysis carried out by the Commission in its decision regarding *E.ON/MOL* (M.3696), one can identify two most important elements in assessment of a potential three-

⁵⁹ More on evading price regulation through vertical integration, see: M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, pp. 561-562.

at of input foreclosure as a result of a vertical merger, i.e. possibilities of and incentives for such activities to restrict the existing and potential competition. The third element of the assessment in the above-mentioned decision was, according to *Non-horizontal guidelines* – the analysis of total impact on effective competition, i.e. the assessment of possibilities to balance forecasted competitive restrictions and efficiency benefits connected with vertical integration.

According to *Non-horizontal guidelines*, the same three elements should also characterise the Commission's assessment of vertical mergers involving customer foreclosure. Such concerns can arise when a supplier of inputs merges with a major customer, i.e. a customer who possesses market power. The Commission has identified such a concern in the case of the planned *Newscorp/Telepiù* merger (M.2876). The merger would lead to the creation of a monopoly in the Italian satellite pay-TV market, being a market for Newscorp offering technologies for receiving digital transmission signals. On the grounds of the monopoly of the merging parties in the market and the ownership title to technology access, which is decisive for market entry, the Commission decided that the planned merger would strengthen the dominant position of the merging parties in the Italian pay-TV market on a lasting basis. In this case, the possibility of or incentive for foreclosure was, according to the Commission, the control over access to the only technology enabling entry to the Italian pay-TV market, which threatened raising further barriers to entry. The Commission saw that such a strategy, in connection with the monopolistic position in the Italian pay-TV market as a consequence of the merger, might be realised. This example shows that, in the course of the Commission's analysis, it is not always possible and necessary to stick to the system of analysis of potential competitive restrictions resulting from vertical mergers, as indicated in *Non-horizontal guidelines*. Characteristic elements of each phase of assessment are often analysed simultaneously, as they are closely related.

The above-mentioned planned mergers, which, according to the Commission, raised concerns of competitive restrictions as a consequence of vertical effects, were finally approved, conditionally⁶⁰. No commitments to prevent such competitive restrictions could, however, be shown in the case of the *ENI/EDP/GDP* merger (M.3440), which was prohibited by the Commission. The competition-restricting effects of the planned merger included vertical effects on the wholesale electricity market, resulting from the privileged access of the merging parties to gas infrastructure, as well as effects connected with the possibility to increase rivals' costs and access of the merging parties to confidential information (i.e. gas prices and competitors' daily demand for gas). Due to the structure of the gas market and the wholesale electricity market, *EDP* (a company with a dominant position in the electricity generation and distribution market in Portugal – a 70% market share) would have privileged access to Portuguese natural gas resources that would be exclusively controlled by *GDP*. According to the Commission, *EDP*'s privileged access to the strategic input for electricity generation would have created possibilities of and incentives for increasing the costs of *EDP* competitors. Access to information about the levels of prices and methods to set gas prices by present and potential rivals in the electricity market -- which *EDP* would have had as a result of the merger – as well as the daily demand for this input, would have led to increased gas prices and/or lower quality of supplies to *EDP* competitors. Such activities would have enabled *EDP* to strengthen its dominant position in the Portuguese wholesale electricity market.

A common feature of all Commission decisions discussed above is that the analysis of structural features of vertically integrated markets is focused on finding out about the possibilities and incentives for the merging parties to realise strategies to eliminate present or potential rivals

⁶⁰ Having made some disinvestments or adopted relevant commitments concerning further activities.

from the market by increasing their costs of operation and /or raising barriers to entry. Another common feature is the absence of a comparative analysis of the effects of expected competitive restrictions with efficiency benefits, which would have been achieved as a consequence of vertical integration of the undertakings. The need for taking account of efficiency benefits resulting from vertical integration in the assessment of final effects of such concentrations, as pointed out in the literature of the subject⁶¹, has been covered in *Non-horizontal guidelines*, however the efficiency benefits characteristic of vertical integration have not been described in detail⁶². This situation may be explained by the difficulty in finding convincing evidence that there actually are substantial efficiency benefits as a consequence of vertical mergers. Moreover, theoretically a possibility that such benefits occur is more likely than in the case of monopolistic market structures, which undermines the basis for the identification of competitive restrictions in consequence of vertical mergers⁶³.

2.2. CONGLOMERATE MERGERS

Pursuant to the Regulation on the control of concentrations, in order to provide an undistorted competition system in the common market, the Commission undertakes effective controls of all concentrations from the point of view of their effect on competition in the Community⁶⁴. Thus, the main task for the Commission is to establish if the concentration concerned, be it horizontal, vertical or conglomerate, significantly impedes effective competition in the common market or part thereof. While effects of horizontal and vertical mergers which

⁶¹ M.H. RIORDAN, S.C. SALOP, *op. cit.*, pp. 522–527.

⁶² *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers between undertakings*, paragraphs 52–55.

⁶³ More on this subject, see: P. ADREEDA, D. TURNER, *op. cit.*, pp. 254–260.

⁶⁴ Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (OJ C 31, 05.02.2004) Preamble, point 24.

restrict competition arise from typical features of such concentrations (i.e. an increase in market shares by the merging parties and upstream and downstream integration of the production chain), in the case of conglomerate mergers, different types of conduct of the merging parties which may restrict competition are analysed, though they might not be directly related to the specific features of this type of concentration.

A serious problem is how to find convincing evidence that such conduct of the parties of conglomerate mergers can actually be seen. Two judgments of the Court of First Instance (the Court) concerning, *inter alia*, the Commission analysis of conglomerate effects of concentration in cases *TetraLaval/Sidel* (M.2416) and *General Electric/Honeywell* (M.2220), confirm that such difficulties may indeed appear,

Errors in the Commission analysis were pointed out by the Court, and on these grounds the prohibition of concentration by the Commission in the case *TetraLaval/Sidel* (M.2416) was annulled⁶⁵. The Commission decision declaring the concentration incompatible with the common market was adopted, first of all, in view of the concern that the merging parties had a strong position in two neighbouring markets, i.e. the dominant position of *Tetra* in the aseptic carton packaging market and *Sidel's* leading position in the PET plastic packaging system market. According to the Commission, by taking over *Sidel* (thus eliminating a potential rival), *Tetra* would maintain and strengthen its dominant position in the aseptic carton packaging market. In addition, the merger would make possible the transfer of a dominant position in the aseptic carton packaging market to the PET market (i.e. leverage effect). The Commission drew these conclusions on the basis of the following factors:

⁶⁵ Judgments of the Court of First Instance of 25.10.2002 in Case T-5/02 *Tetra Laval BV v. the Commission of European Communities*; the Court did not annul the Commission's prohibition of the merger between GE/Honeywell on the grounds of the horizontal effects restricting competition, but in its judgment pointed out the Commission's errors in the analysis of conglomerate effects of the merger – see judgment of the Court of First Instance of 14.12.2005 in Case T-210/01 *General Electric Company v. the Commission of European Communities*.

- the existence of a common group of customers of both carton packaging and PET packaging systems,
- the strong dominant position of *Tetra* in the aseptic carton packaging market (80-90% market share),
- the strong leading position of *Tetra* and *Sidel* after the merger in the PET packaging systems market, and in particular of SBM equipment (60-70% market share),
- the market structure favourable for price discrimination by the merging parties,
- the strong economic incentives for the merging parties to engage in practices aimed at transferring market power from the carton packaging market to the PET packaging systems market,
- rivals of the merging parties in both markets are much smaller – the market share of the largest competitor does not exceed 10-20%.

Thus, it has been found that, first of all, on the grounds of the dominant position of *Tetra* in the aseptic carton packaging market, the possibility of transferring this position to the PET packaging systems market would manifest itself, according to the Commission, in the following competition-restricting practices: the tying of equipment for the production of carton packaging and PET packaging; setting abnormally low prices; price wars; granting loyalty rebates. Such practices would guarantee to the merging parties that customers in the carton packaging market would rather buy equipment for the manufacture of plastic packaging PET from *Sidel*.

In the context of the above Commission findings, the Court of First Instance upholds that the practices indicated by the Commission are incompatible with Community competition law (Article 82 TEC), which significantly reduces the likelihood that the merging parties might resort to them. According to the Court, the Commission, when analysing the possibility of abuse of a dominant position by the merging parties, must examine whether, despite such conduct being prohibited, the merging

parties might still resort to such practices or whether the illegality of such activities and/or risk of them being detected makes the use of such a strategy unlikely. According to the Court, the Commission's analysis of the likelihood of leveraging and of consequences of such conduct should be supported by convincing evidence and should take account only of the conduct which would, most probably, not be illegal⁶⁶. Thus, the Commission should only examine the strategies of tied or bundled sales which are not in themselves forced⁶⁷ and involve offers for present customers of *Tetra* in the carton packaging markets that are not obligatory or forced. The Court also found that the Commission had committed errors in its analysis of the strategy of a tied sale i.e. when establishing whether, through leveraging the merging parties targeted the present customers of *Tetra* in the carton packaging market or would be able to attract an adequate number of additional customers in the PET packaging market, sufficient to achieve a dominant position in the market for equipment used in manufacturing of PET packaging, which would significantly weaken competition. To this end, the Commission re-estimated the forecasted advantage of the merging parties (*first-mover advantage*), considering that the expected increase in the use of PET packaging by present customers for *Tetra* aseptic carton packaging would be insignificant. The Commission did not provide any convincing evidence that interest in PET packaging would grow. Moreover, in its decision the Commission did not take account of the restrictive leverage effect of *Tetra's* commitments (to cease offering carton products tied with equipment for the manufacture of PET packaging). In its analysis, the Commission also neglected one of the two competitors of the merging parties which could offer both the equipment for the manufacture of carton packaging and PET packaging and did not examine the possibilities of gaining *first-mover advantage* by these competitors. The Court indicated several

⁶⁶ Paragraph 162 of the Court judgment.

⁶⁷ Paragraphs 219–222 of the Court judgment.

other errors in the Commission's analysis (concerning the specificity of beverages packed in packages of both types). The Court upheld that the Commission did not prove in its decision that the merging parties would, in the future, be able to achieve a dominant position in the market of equipment for manufacturing of PET packaging.

Also in its decision in the case *General Electric/Honeywell* (M.2220), the Commission was wrong in its analysis of effects of conglomerate mergers. Hearing the appeal by the merging parties⁶⁸, the Court stated that the Commission's theories on conglomerate effects had not been sufficiently grounded and proven.

The first theory concerned conglomerate effects connected with *GE's* financial power and vertical integration resulting from the joint operation of *GE's* financial company (*GE Capital*) and *GE* companies dealing with the purchase and leasing of aircraft (*GECAS* and *GEC-CAG*). Among the factors favourable for *GE's* dominant position, the Commission considered *GE's* financial power in the aviation sector in which financing capacity is decisive for competitiveness because of the size of investment and time needed to invest in this sector. The Commission stated that, post-merger, *GE* would have expanded its dominant position in the market of large jet aircraft engines into the *Honeywell* market through the leverage effect resulting from the strong position of *GECAS* and *GE Capital*. However, according to the Court, the Commission did not prove that practices *GE* used in the past in the market for large commercial jet aircraft engines would be employed post-merger to create or strengthen the dominant position of the merging parties in different markets for avionics and non-avionic equipment⁶⁹.

Referring to the Court judgment in the case *Tetra Laval*, the Court upheld that it was for the Commission to establish not only that the merged party had the ability to transfer those practices to the avionic and

⁶⁸ Judgment of the Court of First Instance of 14.12.2005 in Case T-210/01 *General Electric Company v. the Commission of Economic Communities*.

⁶⁹ Paragraph 326 of the judgment.

non-avionic product markets, but also, on the basis of convincing evidence, that it was likely that the merged entity would engage in such conduct. Furthermore, the Commission was required to establish that those practices would have created, in the relatively near future, a dominant position, at the very least in some of the avionic and non-avionic product markets⁷⁰. The Court upheld that the likelihood of post-merger restrictive practices must be established on the basis of convincing evidence. The said evidence could not consist exclusively of evidence of past conduct of the merging parties. According to the Court, convincing evidence could consist of documents attesting the settled intention of *GE* and/or *Honeywell* to exploit the strength of *GECAS* and *GE Capital* post-merger in the avionic and non-avionic markets. Such conduct might also be confirmed by an economic assessment showing that such practices would have been in the interest of the merging parties⁷¹. These findings should be supported by comparing the revenues of the merging parties, generated from such practices with the costs incurred in relation to such operations. The Court of First Instance upheld in this respect that, in the absence of relevant information in the Commission's decision, it was impossible to determine whether the merging parties would have chosen to extend the practices concerned to the avionic and non-avionic product markets⁷². Thus, the Commission did not establish with sufficient degree of probability that the merger would lead to the extension in the market for avionic and non-avionic products of the practice employed by *GE* in the large commercial aircraft engine market, consisting of the use of the financial power of *GE* (*GE Capital*) and leveraging in the form of the purchase of aircraft by *GECAS* in order to promote sales of its products.

When analysing conglomerate effects of the *GE/Honeywell* merger, the Commission also considered the possible realisation of a tied sale strategy of

⁷⁰ Paragraph 327 of the judgment.

⁷¹ Point 332–333 of the judgment.

⁷² Point 339 of the judgment.

GE jet aircraft engines with avionic and non-avionic products of *Honeywell*. According to the Commission, the opportunity and intention to undertake such a foreclosing strategy was created for the parties by the main features of the relevant market, market shares of the merging parties, the complementarity of jet aircraft engines with avionic and non-avionic products, the high barriers of entry to the markets concerned, the high R&D costs, the long period needed to achieve profitability and the lack of opposite power on the part of customers and the high pressure from competitors.

The Commission considered that a wide range of available complementary products would make it possible for the merging parties to offer discriminatory rebates through cross-subsidising those customers who preferred the purchase of an entire product range, which in the medium or longer term would lead to the elimination of rivals. However, the Commission made errors in its decision, which were pointed out in the Court judgment. Similarly to the part devoted to financial power and leveraging, the Court indicated that, in order to find competition restricted as a result of tied sales, the Commission had to establish that the merging parties would have had the capability to engage in bundling, and also find convincing evidence for the use of this strategy post-merger and, as a consequence, that a dominant position of the merging parties would have been created or strengthened in one or more relevant markets in the relatively near future⁷³. The Court proceeding has shown that evidence submitted by the Commission could not provide a sufficient degree of probability that any type of tied sale had actually occurred (pure, technical or mixed bundling).

The Court of First Instance stressed that a pre-condition for pure bundling⁷⁴ is that there is the same customer for the bundled

⁷³ Paragraph 405 of the judgment.

⁷⁴ Paragraph 417, a possibility that an engine or one of the avionic or non-avionic products could be the tying product, i.e. the vital component, or component of choice, which the merging parties would refuse to sell independently of its other products (pure bundling – for purely commercial reasons the customer is obliged to buy two or more bundled products).

products. Different standards of avionic products manufactured by *Honeywell* accounted for the diversification of customers and the limited possibilities of the tied sale of *GE* engines and *Honeywell* products to only one standard of avionic products. The Commission did not identify or examine customers against whom such practices could have been effective. Moreover, the Commission did not analyse any possible reaction of the said customers to the tied sale, neither did it show any specific example illustrating the method of functioning of the envisaged tying strategy. In its analysis, the Commission did not take account of the potential impact of the prohibition of the abuse of a dominant position laid down in Article 82 TEC on merging parties being inclined to the employment of a tying strategy.

In the case of technical tying⁷⁵, the Commission based its assumptions on the integration between different avionic products and the further development of the project *More Electric Engine*, and thus on the technical integration of products which has not taken place yet and it remains unknown when it takes place, if at all. The Commission's assumptions on this subject have never been supported by any details of the project to substantiate their likelihood. Therefore, the Court decided that the Commission had not submitted convincing evidence that any conduct foreseen by it would take place in the relatively near future and that this would result in the creation or strengthening of a dominant position in the relatively near future⁷⁶.

According to the Court, the effects of mixed bundling that restricts competition⁷⁷ occur only to the extent in which customers accept it, in particular if they do not request the separation of products. Moreover, there must be a likelihood that the merging parties would have used the possibility of mixed bundling in this respect. A piece of

⁷⁵ Tied sale because of the technical integration of products.

⁷⁶ Paragraph 429 of the judgment.

⁷⁷ Bundling of several products takes place on better terms than those proposed when each product is bought individually.

evidence that such practices are likely to occur which the Commission has provided is that in the past *Honeywell* used bundled offers. Further, the Commission considered, on the basis of the *Cournot effect*⁷⁸, that the merging parties would have been encouraged by economic reasons to employ mixed tying. The Commission also stated that the strengthening of the power in different markets on which the merging parties are present may be considered the primary goal of the merger which makes bundling reasonable from an economic point of view and because of this makes it likely. Addressing the Commission's arguments, the Court upheld that bundling practices with regard to *Honeywell's* avionic and non-avionic products did not prove that mixed bundling covering *GE* engines as well would have been viable and commercially advantageous for the merging parties⁷⁹. The Court further upheld that, in the absence of a detailed economic analysis, applying the *Cournot effect* theory to the circumstance of the merger planned, it could not be concluded that the merging parties would have been likely to engage in mixed bundling⁸⁰. According to the Court, the Commission also did not establish, by reference to the objective commercial and economic circumstances of the case, that it would have been in the interests of the merging parties to engage in mixed bundling following the merger⁸¹.

Finally, the Court concluded that, in the absence of bundling, the mere fact that the merging parties would have had a wider range of products than its competitors is not sufficient to justify the conclusion that the dominant positions would have been created or strengthened in

⁷⁸ The "Cournot effect" is an economic theory describing benefits drawn by a firm which sells a wide product range, as opposed to its rivals whose product ranges are more limited; offering discounts for all products from a given range and lowering the profit margin on each individual product, the firm generally benefits from this practice as it sells more products from its production range.

⁷⁹ Paragraph 439 of the judgment.

⁸⁰ Paragraph 462 of the judgment.

⁸¹ Paragraph 465 of the judgment.

the different relevant markets⁸². In its final conclusions, the Court stated that the Commission had not established, on the basis of sufficiently detailed economic evidence or on the basis of internal documentation of companies, that the merging parties had the motivation to employ bundled offers of product sales.

Both judgments of the Court of First Instance presented above, show that the establishment of conduct of conglomerate merger parties which restrict competition must be made with the utmost care and should refer only to such conduct which is not restricted by the prohibition to abuse a dominant position laid down in Article 82 TEC. ■

⁸² Paragraph 470 of the judgment.

CONCLUSIONS

The aim of this work is to establish whether *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers* prepared by the European Commission are consistent with economic theories and to find out whether a coherent framework for the assessment of non-horizontal mergers can be built on the basis of existing economic theories.

Generally, conclusions from the analysis of both issues seem to be rather ambiguous. The main problem with the economic assessment of results of planned non-horizontal mergers is the absence of consistent methods of analysis of opposite effects to this type of concentration – i.e. efficiency benefits and potential restriction of competition. Although these two opposite effects are typical of the non-competitive structure of the market, model approaches present in the literature of the subject focus primarily on only one effect of the integration of undertakings that operate in different relevant markets.

Therefore, it can be concluded that the existing state of research on industrial economics is one of the reasons behind the Commission's primary focus on potential restrictions of competition as a result of non-horizontal mergers of undertakings. A minor significance of efficiency benefits in the general assessment of concentration is testified not only by a small part of *Non-horizontal guidelines* devoted to this issue but also the absence of such analyses in Commission decisions that are subject to assessment.

Such an assessment is inconsistent with a statement in *Non-horizontal guidelines*, which says that non-horizontal mergers may cause major efficiency benefits. However, in control of concentrations, efficiency benefits can be taken into account indirectly, by restricting control to a small number of mergers that are of significance from the point of view of market changes.

The Commission's activities focused only on restrictions related to non-horizontal mergers, which are relevant from the point of view of competition should also involve the supplementation of *Non-horizontal guidelines* with other restrictions connected with vertical mergers, as indicated in the literature of the subject and in the Commission's decision-making practices, i.e. the evasion of price regulation and the prohibition of price discrimination.

In addition, the prohibition of abuse of a dominant position laid down in Article 82 TEC and analyses of tied sale by parties to conglomerate mergers that have been deemed erroneous by the Court of First Instance, bring about a postulate to abandon the assessment of such effects under Community control of concentrations.

On the basis of the analysis that has been carried out, the complementarity of *Non-horizontal guidelines* to *Guidelines on the assessment of horizontal mergers*, has also been noted. Numerous references to *Horizontal guidelines* contained in *Non-horizontal guidelines* distort the clarity of the latter. Such references are justified by the intention to avoid duplication of issues, which have already been analysed in *Horizontal guidelines*. However, this situation suggests that it would be advisable to combine both documents in single guidelines, particularly because a substantial proportion of mergers discussed by the Commission involve both horizontal and non-horizontal effects. ■

BIBLIOGRAPHY

BOOKS AND ARTICLES

- P. Areeda, H. Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, vol. I, Aspen Law & Business, New York 2002
- P. Areeda, D. Turner, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. IV, Little, Brown and Company, Boston-Toronto 1980
- P. Dasgupta, J. Stiglitz, *Industrial structure and the nature of innovative activity*, *Economic Journal* No. 90, 1980
- European Commission, *The Efficiency Defence and the European System of Merger Control*, *European Economy, Report and Studies*, No. 5, 2001
- J. Fairburn, P. Geroski, *The Empirical Analysis of Market Structure and Performance*, [in:] *European Mergers and Merger Policy*, M. Bishop and J. Kay (eds.), Oxford University Press 1993
- J.R. Felton, *Conglomerate Mergers, Concentration and Competition*, *American Journal of Economics and Sociology* Vol. 30, No. 3, July 1971
- F.M. Fisher, *Horizontal Mergers: Triage and Treatment*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 1, No. 2, Fall 1987
- Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, ed. W. Frąckowiak, PWE, Warsaw 1998
- H. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, Hornbook Series, Minn. West Publishing Co, 1985
- H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994
- T.M. Jorde, D.J. Teece, *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, No. 3, Summer 1990

- W. Łyszkiewicz, *Industrial Organization. Organizacja rynki i konkurencja*, WSHiFM, Warsaw 2000
- M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004
- V. Nocke, L. White, *Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?*, Discussion Paper No. 4186, January 2004, Centre for Economic Policy Research, www.cepr.org
- M.H. Riordan, S.C. Salop, *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach* „Antitrust Law Journal”, No. 63, 1994-1995
- M.A. Salinger, *Vertical Mergers and Market Foreclosure*, The Quarterly Journal of Economics vol. 103, No. 2, May 1988
- O. Shy, *Industrial Organization. Theory and Application*, Cambridge, 1995
- D.W. Carlton, M. Waldman, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, Rand Journal of Economics 33, 2002
- F.M. Westfield, *Vertical Integration: Does Product Price Rise or Fall?* The American Economic Review vol. 71, No. 3, June 1981
- M.D. Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, American Economic Review 80, 1990

COMMUNITY REGULATIONS

- Draft Commission Notice. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_nonhorizontal_mergers.pdf (13.02.2007)
- Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372/03, 1997)
- Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (OJ L 133, 30.04.2004)

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (OJ C 31, 05.02.2004)

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (OJ C 265/6, 2007)

DECISIONS OF THE EUROPEAN COMMISSION

MMS/DASA/ASTRIUM (*M.1636*)

General Electric/Honeywell (*M.2220*)

TetraLaval/Sidel (*M.2416*)

Prometach/Sulzer (*M.2698*)

Newscorp/Telepiu' (*M.2876*)

KNP/Bormann-Tetterode and VRG (*M.291*)

GE/Instrumentarium (*M.3083*)

Sony/BMG (*M.3333*)

ENI/EDP/GDP (*M.3440*)

Siemens/VA Tech (*M.3653*)

E.ON/MOL (*M.3696*)

Cargill/Degussa Ford Ingredients (*M.3975*)

JUDGMENTS OF THE COURT OF FIRST INSTANCE

Judgment of the Court of First Instance of 25.10.2002 in Case T-5/02
Tetra Laval BV v the Commission of the European Communities

Judgment of the Court of First Instance of 14.12.2005 in Case T-210/01
General Electric Company v the Commission of the European Communities

On the Author

PhD in economics; an assistant professor in the European Integration Research Centre of the University of Gdańsk. Graduated from the Economic Faculty of the University of Gdańsk. As a grantee of TEMPUS, she studied at the University of Saarbrücken. She participated in the training events and seminars organized abroad by the National Council on Economic Education (USA), Polish Economic Society and *Ludwig Erhard Stiftung* (Germany). As a researcher she is involved in the European integration and EU competition policy topics. She was an intern in the consulting company “COMPER, Fornalczyk and Co”. She is the author and a co-author of articles published in Polish nationwide periodicals and of papers for conferences in Poland and abroad. She cooperates with the Anti-Trust and Regulatory Studies Centre of the Warsaw University and with the Competition Law Association.