

Między Chicago i post-Chicago. Czy należy zmienić wytyczne UE w sprawie kontroli niehoryzontalnych koncentracji?

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Koncentracje niehoryzontalne, szkoła chicagowska i jej krytyka
 1. Koncentracje pionowe a ograniczanie dostępu do rynku
 2. Koncepcja pojedynczego zysku monopolisty
 3. Integracja pionowa a eliminacja podwójnej marży.
 4. Kwestia pozostałych efektywności gospodarczych wynikających z koncentracji pionowych
 5. Badania empiryczne dotyczące skutków koncentracji pionowych
- III. Teorie szkody i efektywności w wytycznych Komisji
- IV. Ocena wytycznych Komisji
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Ocena dopuszczalności koncentracji pionowych w znacznym stopniu opiera się na paradygmatach szkoły chicagowskiej prawa i ekonomii. Jej zwolennicy podkreślają pozytywne skutki, jakie tego rodzaju koncentracje wywierają na konkurencję, deprecjonując jednocześnie znaczenie ich ewentualnych antykonkurencyjnych następstw. Uważali oni, że koncentracje pionowe nieuchronnie prowadzą do efektywności gospodarczych, w tym do eliminacji podwójnej marży. Aktualne podejście organów konkurencji do oceny dopuszczalności koncentracji wertykalnych jest obecnie krytkowane po obu stronach Atlantyku jako zbyt łagodne i niespójne ze współczesnym dorobkiem nauk ekonomicznych. W Stanach Zjednoczonych krytyka ta zaowocowała przyjęciem w 2020 r. nowych wytycznych Federalnej Komisji Handlu i Departamentu Sprawiedliwości w sprawie koncentracji pionowych. Mimo że przyjęły one znacznie surowsze reguły oceny, oba organy konkurencji USA zdecydowały o podjęciu prac nad kolejnymi, idącymi dalej w tym kierunku wytycznymi. Unijne wytyczne Komisji dotyczące połączeń niehoryzontalnych są w większym stopniu, niż ich amerykański odpowiednik, spójne ze współczesnymi poglądami nauk ekonomicznych i rezultatami badań empirycznych. Nadal jednak niezbędna jest ich korekta.

* Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz Ronan Harty Newman Fellow w Sutherland School of Law, University College Dublin. ORCID: 0000-0003-0249-7500; e-mail: Lgrzejdziak@wpia.uni.lodz.pl.

Artykuł powstał w ramach projektu badawczego „Stosowanie prawa konkurencji do niehoryzontalnych koncentracji przedsiębiorców w epoce cyfrowej. Analiza porównawcza” prowadzonego w ramach programu im. M. Bekkera finansowanego przez Narodową Agencję Wymiany Akademickiej.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji UE; amerykańskie prawo antytrustowe; koncentracje nie-horyzontalne; szkoła chicagowska prawa i ekonomii; szkoła postchicagowska.

JEL: B25, D20, D23, D41, D42, D43, K21, L11, L12, L13, L14, L49

I. Wprowadzenie

W czerwcu 2020 r. amerykańskie organy ochrony konkurencji przyjęły nowe wytyczne w sprawie koncentracji pionowych¹. W części dotyczącej tego rodzaju koncentracji zastąpiły one wydane w 1984 r. ogólne wytyczne Federalnej Komisji Handlu (dalej: FTC) i Departamentu Sprawiedliwości (dalej: DOJ) w sprawie kontroli koncentracji². Był to długo oczekiwany krok. W przeciwieństwie do części horyzontalnej wytycznych z 1984 r., która zmieniana była dwukrotnie – w 1992 i 1997 r., a następnie w 2010 r. zastąpiona nowymi wytycznymi, ich niehoryzontalna część pozostawała w mocy i nie podlegała zmianom od 40 lat. W związku z tym była powszechnie uważana za przestarzałą. Panowało przekonanie, że reguły oceny dopuszczalności niehoryzontalnych koncentracji, zawarte w tych ostatnich, w niedostateczny sposób chroniły konkurencję, umożliwiając tworzenie potężnych, zintegrowanych pionowo lub konglomeratowo organizmów gospodarczych.

Paradygmaty szkoły chicagowskiej, na których amerykańskie wytyczne z 1984 r. zostały oparte, skupione na skutkach, jakie tego rodzaju koncentracje wywierają na ceny i wielkość sprzedaży, bywają coraz częściej krytykowane jako abstrahujące od współczesnych osiągnięć nauk ekonomicznych i nieprzystające do wyzwań współczesnej cyfrowej gospodarki (Baker, 2019, s. 2; Stucke i Grunes, 2016, s. 4–5; Salop, 2018, s. 1966; Riordan i Salop, 1995, s. 517; Landau, 2020, s. 43–44; Miller, 2019, s. 318–320; Khan, 2017, s. 731; Khan i Vaheesan, 2017, s. 271). Krytyka ta znajduje odzwierciedlenie w obserwacjach rzeczywistości gospodarczej. W ostatnich kilkudziesięciu latach, wraz ze wzrostem wpływów szkoły chicagowskiej, zainteresowanie organów ochrony konkurencji niehoryzontalnymi koncentracjami się zmniejszyło (Baker, 2019, s. 44) a jednocześnie zwiększył się stopień koncentracji wielu rynków (Koltay i Lorincz, 2021)³.

Wytyczne z 2020 r. przyjęły znacznie bardziej restrykcyjne reguły dopuszczalności wertykalnych koncentracji. Nie spełniły one jednak oczekiwań tych, którzy proponowali całkowite odejście od paradygmatów chicagowskich i znaczne zaostrzenie polityki w zakresie połączeń pionowych. Nowe kierownictwo amerykańskich organów konkurencji, powołane już za czasów administracji

¹ Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych i Federalna Komisja Handlu. Wytyczne w sprawie koncentracji pionowych z 30 czerwca 2020 r. Pozyskano z: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf.

² Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych i Federalna Komisja Handlu. Wytyczne w sprawie koncentracji z 1984 r. Pozyskano z: <https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>.

³ Badania Koltaya i Lorincza potwierdzają wzrost średniego poziomu koncentracji w przemyśle oraz rosnącego udziału branż o wysokiej koncentracji w czterech największych krajach UE i Wielkiej Brytanii w latach 1999–2019. Badania te potwierdzają także rosnący zagregowany zysk przedsiębiorstw w tych państwach, co w szczególności dotyczy sektorów komunikacji, finansowego i transportu, a także branż intensywnie wykorzystujących technologie cyfrowe. Podobne problemy dotyczą w co najmniej takim samym stopniu Stany Zjednoczone. Badania T. Philippona ujawniły, że udziały rynkowe dominujących przedsiębiorstw rosną w większości amerykańskich branż (Philippon, 2019, s. 29–30). Doprowadziło to do zmniejszenia zagregowanych dochodów z pracy w Stanach Zjednoczonych o ponad 1 bilion dolarów w latach 2000–2019. (zob. także: Moss, 2018, s. 69–69; Baker, 2019, s. 20–22; Sullivan, 2020, s. 1137). Do problemu nadmiernej koncentracji rynków odniósł się także prezydent USA Joe Biden w rozporządzeniu wykonawczym: „W ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat, gdy branże uległy konsolidacji, konkurencja osłabiła się na zbyt wielu rynkach, odmawiając Amerykanom korzyści płynących z otwartej gospodarki i pogłębiając nierówność rasową, dochodową i majątkową. (...) Konsolidacja zwiększyła siłę korporacyjnych pracodawców, utrudniając pracownikom negocjowanie wyższych płac i lepszych warunków pracy. Potężne przedsiębiorstwa wymagają od pracowników podpisania umów o zakazie konkurencji, które ograniczają ich zdolność do zmiany pracy. (...) Konsolidacja w rolnictwie sprawia, że małym gospodarstwom rodzinnym zbyt trudno jest przetrwać. Zob. Prezydenckie rozporządzenie wykonawcze w sprawie promowania konkurencji w gospodarce amerykańskiej z 9 lipca 2021 r. Pozyskano z: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

Joe Bidena, uznało je za krok w dobrym kierunku – jednak niewystarczający. Komisarze FTC na czele z Liną Khan podkreślili, że wytyczne z 2020 r. cechuje nadmierna wiara w prokonkurencyjne skutki koncentracji pionowych i niedostrzeganie pełnego spektrum ich możliwych konsekwencji⁴. FTC podjęła w związku z tym decyzję o jednostronnym wycofaniu się z ich stosowania⁵. Departament Sprawiedliwości USA nie podjął tak zdecydowanych kroków, pozostając przy stosowaniu wytycznych z 2020 r., ogłaszając jednak zamiar rozpoczęcia prac nad nowymi wytycznymi wspólnie z FTC⁶.

Zmiana nastawienia amerykańskich organów konkurencji do niehoryzontalnych koncentracji przedsiębiorstw i planowane przyjęcie nowych wytycznych dotyczących ich oceny w USA, skłaniają do pytań o aktualność ich unijnego odpowiednika, tj. wydanych w 2008 r. wytycznych Komisji w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej: wytyczne Komisji lub wytyczne unijne)⁷. Dotyczą one w szczególności zgodności wyrażonych w nich teorii szkody i teorii efektywności z aktualnym dorobkiem nauk ekonomicznych? Celem tego artykułu jest próba odpowiedzi na te pytania, w tym rozstrzygnięcia czy w związku z planowanymi zmianami w USA, unijne reguły oceny niehoryzontalnych koncentracji powinny zostać uaktualnione, tak aby osiągnięty został stan transatlantyckiej konwergencji?

W tym celu zbadalem poglądy szkoły chicagowskiej na temat wpływu integracji wertykalnej na konkurencję. Następnie skonfrontowałem je ze współczesnym dorobkiem teoretycznym nauk ekonomicznych, przede wszystkim związanym ze szkołą postchicagowską, a także z rezultatami badań empirycznych dotyczących skutków koncentracji pionowych. Wnioski pozwoliły mi na krytyczną ocenę treści wytycznych Komisji oraz na sformułowanie propozycji ich zmian.

II. Koncentracje niehoryzontalne, szkoła chicagowska i jej krytyka

1. Koncentracje pionowe a ograniczanie dostępu do rynku

Szkoła chicagowska poświęciła wiele uwagi skutkom, jakie dla konkurencji wynikają z wertykalnych koncentracji przedsiębiorstw. Jej przedstawiciele zwykle podkreślali pozytywne następstwa koncentracji pionowych i konglomeratowych, najczęściej bagatelizując ich negatywny wpływ na konkurencję. Do skutków niehoryzontalnych koncentracji szeroko odniósł się R. Bork w książce „Antitrust Paradox”, która wkrótce po wydaniu stała się biblią szkoły chicagowskiej (Bork, 1978, s. 225–245; Bork, 1969, s. 139–149). Zaatakował on dominujące wówczas poglądy na temat skutków i sposobu oceny koncentracji pionowych i konglomeratowych, uznając integrację pionową za jeden ze sposobów organizowania „współpracy dwóch lub więcej osób zaangażowanych w działalność produkcyjną lub dystrybucyjną” (Bork, 1978, s. 227; McGee i Bassett, 1976, s. 17–18)⁸.

⁴ Oświadczenie przewodniczącej FTC Liny M. Khan, Komisarza Rohita Chopry i Komisarz Rebecce Kelly Slaughter „Withdrawal of the Vertical Merger Guidelines” z 15 września 2021 r. (Commission File No. P810034), s. 2. Pozyskano z: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596396/statement_of_chair_lina_m_khan_commissioner_rohit_chopra_and_commissioner_rebecca_kelly_slaughter_on.pdf. (zob. także Keyte, 2020, s. 6–7).

⁵ Id. oraz oświadczenie przewodniczącej FTC Liny M. Khan i pełniącego obowiązki zastępcy prokuratora generalnego ds. wydziału antytrustowego Richarda A. Powersa w sprawie „Competition Executive Order’s Call to Consider Revisions to Merger Guidelines” z 9 lipca 2021 r. Pozyskano z: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/07/statement-ftc-chair-lina-khan-antitrust-division-actingassistant>.

⁶ Zob. oświadczenie DOJ z 15 września 2021 r. „Justice Department Issues Statement on the Vertical Merger Guidelines”. Pozyskano z: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-issues-statement-vertical-merger-guidelines>.

⁷ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6).

⁸ Jak podkreślił Bork, to przedsiębiorstwo jest w stanie najlepiej ocenić optymalny sposób organizacji takiej współpracy.

Zdaniem Borka teoria ograniczania dostępu do rynku (*foreclosure theory*) zastosowana przez Sąd Najwyższy USA w sprawie *Brown Shoe*⁹ była „całkowicie niewłaściwa” (Bork, 1978, s. 227). W sprawie, która ustanowiła na długie lata standard oceny koncentracji pionowych w Stanach Zjednoczonych, Sąd Najwyższy uznał, że przejęcie przez czwartego co do wielkości producenta obuwia (Brown Shoe) największej w USA sieci rodzinnych sklepów obuwniczych (G.R. Kinney Co.) mogło znacząco zmniejszyć konkurencję. Pomimo faktu że udział Brown Shoe w produkcji obuwia w USA wyniósł jedynie 4%, a udział G.R. Kenney w sprzedaży detalicznej obuwia w USA wyniósł 1,2%, koncentracja ta została uznana za antykonkurencyjną głównie ze względu na potencjalny efekt w postaci utrudniania dostępu do czynników produkcji i rynków zbytu, pozbawiający „rywali uczciwej możliwości konkurowania”¹⁰.

Według Borka przejęcie kontroli nad sprzedawcą detalicznym i zmuszenie go do sprzedaży wyłącznie towarów dostarczonych przez przejmującego kontrolę nie może być opłacalne. Jak argumentował Bork, w takiej sytuacji, nawet gdyby dostawca podwoił swój udział w rynku, nie osiągnąłby zysku, ponieważ w warunkach konkurencji nie byłby w stanie podnieść ceny powyżej poziomu jego kosztów krańcowych. Jednocześnie przejęty detalista poniósłby straty z powodu rezygnacji z najbardziej efektywnego wzorca dystrybucji, który był stosowany przed koncentracją (Bork, 1978, s. 227; Posner, 1976, s. 196). Realizacja tego „imperialistycznego marzenia” mogłaby również pociągnąć za sobą wzrost kosztów zarządzania (Bork, 1978, s. 227).

R. Posner także stanął na stanowisku o zasadniczo pozytywnych skutkach integracji pionowej. Odwołał się on do argumentów dotyczących konieczności podwójnego wejścia na rynek, stosownie do których, jeżeli koncentracja spowoduje poważne utrudnienie dostępu do rynku wyższego lub niższego szczebla, nowi gracze mogą być zmuszeni do wejścia jednocześnie na oba te rynki. Wyrażając swój zwykły sceptycyzm co do znaczenia barier wejścia na rynek, stwierdził on, że integracja pionowa może opóźnić wejście na rynek, ale nie jest w stanie mu zapobiegać (Posner, 1976, s. 199). Jednocześnie opóźnienie wejścia na rynek może uczynić je bardziej atrakcyjnym dla nowych graczy, „ponieważ mogą oni wówczas przewidzieć dłuższy okres, zanim jakiegokolwiek zyski, które uzyskają na rynku, zostaną wyeliminowane przez konkurencję jeszcze nowszych uczestników” (Posner, 2001, s. 226).

Według Posnera skutkiem przejęcia kontroli nad punktami sprzedaży dystrybutorów, przez producenta będącego monopolistą, rzeczywiście może być wzrost cen oraz kosztów wejścia na rynek. Jednocześnie jednak takie przejęcie generuje znaczne koszty wynikające z: (1) rezygnacji z korzyści płynących z oddania określonej nadmiernej zdolności dystrybucyjnej konkurentowi; (2) możliwych dyzekonomii integracji pionowej oraz¹¹ (3) tworzenia zachęt do uruchamiania punktów dystrybucji przez osoby trzecie (Posner, 1976, s. 199). Koszty te mogą skutecznie zniechęcić monopolistę do zmonopolizowania dystrybucji (Posner, 1979, s. 936). Podobnie przejęcie wszystkich punktów dystrybucji nie byłoby opłacalne dla producenta działającego na rynku oligopolistycznym. Spowodowałyby to bowiem uzyskanie kontroli nad nadmiernym potencjałem dystrybucyjnym i znaczny wzrost kosztów dystrybucji takiego producenta. Ponadto wówczas

⁹ Wyr. SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

¹⁰ Ibidem, s. 324.

¹¹ Jak twierdził Posner, „Integracja w celu wykluczenia oznacza, że nie istnieje ekonomia integracji (gdyby taka ekonomia istniała, stanowiłaby niezależny i społecznie akceptowalny powód integracji). A jeśli nie ma ekonomii integracji, to prawdopodobnie istnieją jej dyzekonomie”.

konkurent byłby skłonny zainwestować we własną sieć dystrybucji lub zawrzeć umowę z nowym graczem na poziomie dystrybucji (Posner, 1976, s. 199).

Jak twierdził Posner, nawet koncentracja dwóch przedsiębiorstw zajmujących monopolistyczną pozycję na kolejnych szczeblach sprzedaży towaru nie powinna być zakazana. Takie koncentracje, poprzez obniżenie kosztów dystrybucji, mogą bowiem powodować spadek ceny produktu końcowego, a tym samym wzrost jego sprzedaży (Posner, 2001, s. 226).

Jedynym rodzajem koncentracji pionowych, uznawanym przez Posnera za potencjalnie szkodliwy, było przejęcie kontroli nad producentem towaru końcowego przez monopolistę na rynku surowców wykorzystywanych do produkcji tego towaru, w zmiennych proporcjach z innymi nakładami. Takie koncentracje powinny być, zdaniem Posnera, traktowane tak samo jak horyzontalne. Jednak nawet w tym przypadku ocena koncentracji powinna zależeć od konkretnych okoliczności sprawy i nie powinna prowadzić do jej automatycznego zakazu (Posner, 1976, s. 200–201).

Poglądy szkoły chicagowskiej na skutki, jakie na konkurencję mogą wywierać niehoryzontalne koncentracje są od dawna krytykowane głównie przez ekonomistów związanych ze szkołą postchicagowską (Baker, 2013; Ordoover, Saloner i Salop, 1990; Rey i Tirole, 2007; Riordan, 2008; Riordan i Salop, 1995; Salinger, 1988; Scheffman i Higgins, 2004). Ich badania stanęły u podstaw poglądów reprezentantów nurtu neobrandeisjańskiego (Gilbert i Melamed, 2022), jakoby nadmiernie łagodne podejście prawa konkurencji względem niehoryzontalnych koncentracji, inspirowane prądami myślowymi szkoły chicagowskiej, było jednym z czynników, które doprowadziły do niekontrolowanego wzrostu potęgi przedsiębiorstw cyfrowych (Khan, 2017, s. 731–736; Wu, 2011, s. 307).

Zdaniem S. Salopa poglądy szkoły chicagowskiej na skutki niehoryzontalnych koncentracji oparte są na uproszczonych modelach ekonomicznych nieuwzględniających wielu istotnych okoliczności rynkowych (Salop, 2018, s. 1962; Riordan i Salop, 1995, s. 517). O ile prawdą jest, że niektóre spośród pionowych koncentracji mogą nie mieć antykonkurencyjnych skutków, o tyle nie dotyczy to koncentracji mających miejsce na rynkach, na których panują warunki niedoskonałej konkurencji (Salop, 2018, s. 1966). Zdaniem Salopa, wbrew twierdzeniom m.in. R. Borka, ograniczanie dostępu do rynku (*foreclosure*) stanowi realne, a nie jedynie iluzoryczne zagrożenie wynikające z takich koncentracji (Salop, 2018, s. 1967–1968). Według Salopa ugruntowana teoria, zgodnie z którą koncentracje poziome między przedsiębiorstwami oferującymi zróżnicowane (na przykład wysokiej i niskiej klasy) towary mogą negatywnie wpływać na konkurencję, umożliwiając połączonemu przedsiębiorstwu osiągnięcie wyższych zysków poprzez jednostronne podnoszenie cen, ma również zastosowanie do koncentracji pionowych na rynkach o podobnej strukturze¹². W odniesieniu do koncentracji poziomych część strat wynikających z takiego podwyższenia cen może być bowiem kompensowana przez przekierowanie sprzedaży na produkty oferowane przez drugą stronę koncentracji. Ta sama zależność ma miejsce w przypadku koncentracji pionowych na rynkach zróżnicowanych towarów. Podobna presja cenowa jest bowiem ich nieodłączną konsekwencją. W tym przypadku strona koncentracji prowadząca działalność na wyższym szczeblu

¹² Teoria ta została opisana w sekcji 6.1 wytycznych DOJ i FTC w sprawie koncentracji horyzontalnych: „Zakres bezpośredniej konkurencji między produktami sprzedawanymi przez łączące się strony ma kluczowe znaczenie dla oceny jednostronnych efektów cenowych. Jednostronne efekty cenowe są tym większe, im bardziej nabywcy produktów sprzedawanych przez jedno łączące się przedsiębiorstwo uważają produkty sprzedawane przez drugie łączące się przedsiębiorstwo za swój kolejny wybór”. Zob. DOJ/FTC, Horizontal Merger Guidelines z 2010 r., s. 20. Pozyskano z: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

ma analogiczną motywację do ograniczania dostępu do czynników produkcji poprzez podniesienie ich cen. Motywacja ta może oczywiście zostać osłabiona przez konkurencję na rynku wyższego lub niższego szczebla, przez oczekiwane wejście na rynek lub przez wzrost efektywności, w tym eliminację podwójnej marży (Salop, 2018, s. 1973; Moresi i Salop, 2013).

Według Salopa, po przejściu kontroli nad dużym dystrybutorem, oligopolista działający na rynku wyższego szczebla i oferujący zróżnicowane towary jest raczej skłonny ograniczać swoją sprzedaż konkurentom strony koncentracji działającej na rynku niższego szczebla, podnosząc cenę lub odmawiając sprzedaży. To z kolei może skłonić rywali przedsiębiorstwa działającego na rynku wyższego szczebla do podobnego podniesienia cen swoich produktów, w wyniku jednostronnych lub skoordynowanych działań. Rezultatem tego jest wzrost siły rynkowej połączonego przedsiębiorstwa na jednym lub obu rynkach (Salop, 2018, s. 1973).

Zdaniem Salopa koncentracje pionowe nie prowadzą do antykonkurencyjnego ograniczenia dostępu do rynku, gdy mają miejsce na rynkach nieskoncentrowanych. Nie oznacza to jednak, że ograniczenie dostępu do rynku nigdy nie może nastąpić w następstwie koncentracji przeprowadzonej na takich rynkach. Może to mieć miejsce w przypadku, gdyby koncentracja taka doprowadziła do wyeliminowania przedsiębiorstwa niezależnego, posiadającego stosunkowo niewielki udział w rynku, ale wywierającego przed koncentracją presję konkurencyjną na rywali działających na rynku niższego szczebla (ograniczenie dostępu do czynników produkcji) lub wyższego szczebla (utrudnienie dostępu do rynku zbytu) (Salop, 2018, s. 1989–1990; Salop i Culley, 2017).

Dynamiczna analiza ograniczenia dostępu do rynku, przeprowadzona przez Ch. Fumagalli i M. Motte, prowadzi z kolei do zakwestionowania poglądów szkoły chicagowskiej na temat częstotliwości i motywacji, stojących u jego podstaw (Fumagalli i Motta, 2020). Ich zdaniem w przypadku gdy istnieje potencjalna konkurencja na rynku niższego szczebla i przyszła konkurencja na rynku wyższego szczebla, a warunki te pozostają niezmiennie, przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo rzeczywiście, tak jak twierdziła szkoła chicagowska, nie ma motywacji do ograniczania dostępu do rynku. Jednak analiza przeprowadzona z wykorzystaniem perspektywy dynamicznej prowadzi do wniosku, że ograniczenie dostępu do czynników produkcji jest logiczną strategią pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw w dwóch przypadkach. Po pierwsze, jeżeli nie jest możliwe zapobieżenie wejściu na rynek wyższego szczebla w przyszłości. Wówczas pionowo zintegrowany dominant będzie zainteresowany ochroną swojej pozycji na rynku niższego szczebla i pobieraniem renty monopolistycznej od bardziej efektywnego konkurenta działającego na rynku szczebla wyższego. Po drugie, jeżeli sukces konkurenta działającego na rynku niższego szczebla jest wstępnym warunkiem wejścia rywala na rynek wyższego szczebla. Wówczas przedsiębiorstwo wertykalnie zintegrowane może być zainteresowane ograniczeniem dostępu do rynku czynników produkcji, poświęcając swoje bezpośrednie zyski, by zapobiec wejściu na rynek na wyższym poziomie (Fumagalli i Motta, 2020).

Negatywne skutki ograniczenia dostępu do rynku mogą także nasilić się w wyniku szczególnej pozycji pozostałego konkurenta, określonej obrazowo przez T.G. Krattenmakera i S.C. Salopa mianem „potwór Frankensteinia” (Krattenmaker i Salop, 1986, s. 240). Pojęcie to odnosi się do ostatniego niezależnego dostawcy, który po koncentracji pionowej pozostał na rynku. Taki „potwór” może zmonopolizować rynek wyższego szczebla, podnosząc tym samym koszty ponoszone przez konkurentów przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo działających na szczeblu niżej. Podobnie,

poprzez zmniejszenie liczby niezależnych dostawców połączenie pionowe może ułatwić znowę pomiędzy tymi, którzy pozostaną na rynku, prowadząc w ten sposób do efektów skoordynowanych (Krattenmaker i Salop, 1986, s. 240).

Jak twierdzą postchicagowcy, pod względem rodzaju i natężenia możliwych skutków koncentracje wertykalne nie różnią się istotnie od horyzontalnych. Zarówno jedne, jak i drugie, w zależności od okoliczności rynkowych, mogą być szkodliwe dla konkurencji, jak również prowadzić do zwiększenia efektywności (Salop, 2018, s. 1973). Tak więc chicagowski pogląd, że integracja pionowa jest z zasady prokonkurencyjna, idzie zdecydowanie za daleko. Wbrew poglądom liderów szkoły chicagowskiej, ryzyko ograniczenia dostępu do rynku nie jest iluzoryczne, lecz rzeczywiste i występuje znacznie częściej, niż zdawali sobie oni z tego sprawę.

Choć twierdzenie ojca ekonomii industrialnej, Joe Baina, jakoby integracja pionowa nieuchronnie wiodła do skutków wykluczających (Bain i Quails, 1987, s. 168) idzie zbyt daleko, badania reprezentantów szkoły postchicagowskiej nie pozostawiają wątpliwości, że w wielu przypadkach wywołuje ona takie następstwa. W określonych warunkach rynkowych, zwłaszcza gdy przynajmniej jeden z rynków właściwych jest skoncentrowany, ale także gdy na rynku oferowane są zróżnicowane produkty, ryzyko antykonkurencyjnych skutków koncentracji wertykalnych znacznie rośnie. Nie są to przy tym okoliczności hipotetyczne ani nawet rzadkie. Przeciwnie, branże, w których przedmiotem obrotu są zróżnicowane produkty oraz rynki skoncentrowane są w gospodarce powszechne.

2. Koncepcja pojedynczego zysku monopolisty

Inny z argumentów R. Borka na poparcie tezy o zasadniczo pozytywnych skutkach koncentracji wertykalnych opierał się na teorii „pojedynczego zysku monopolisty” (Bork, 1978, s. 229; Bork, 1954, s. 195–197; Posner, 1976, s. 197). Bork przekonywał, że pionowo zintegrowane przedsiębiorstwo nie sprzedawałoby towaru kontrolowanemu sprzedawcy detalicznemu za cenę niższą niż ta, którą obciąża ono innych odbiorców. W przeciwnym przypadku poniosłoby koszty utraconych korzyści, które nie mogłyby zostać zrekompensowane wyższymi cenami detalicznymi, z wyjątkiem sytuacji, w której przedsiębiorstwo to byłoby naturalnym monopolistą. W konsekwencji spowodowałoby to zwiększenie produkcji przy wyższych kosztach (Posner, 1979, s. 927; Weston i Peltzman, 1969, s. 169).

Ekonomiści postchicagowscy zakwestionowali tę teorię. Według J.B. Bakera koncepcja ta sprawdza się tylko „w jednym skrajnym przypadku”, tj. gdy monopolista nie napotyka ani rzeczywistej, ani potencjalnej konkurencji, a nabywcy nie mają alternatywnego źródła zaopatrzenia (Baker, 2015, s. 16–17; Church, 2008, s. 1469–1470). To może mieć miejsce, gdy:

- 1) uczestnik koncentracji działający na rynku wyższego szczebla jest monopolistą nieobjętym regulacją sektorową, lecz chronionym przez absolutne bariery wejścia;
- 2) jego towar jest wykorzystywany przez przedsiębiorstwa działające na rynku niższego szczebla w stałych proporcjach względem pozostałych używanych do produkcji towarów oraz
- 3) rynek niższego szczebla jest doskonale konkurencyjny (Baker, 2015, s. 16–17; Elhauge, 2009, s. 43).

Jako przykład antykonkurencyjnych skutków koncentracji pionowej dokonanej przez monopolistę, Salop wymienił sytuację, w której zarówno przedsiębiorstwa działające na rynku wyższego, jak i niższego szczebla są monopolistami i każdy z nich jest potencjalnym konkurentem

drugiego. Każde z przedsiębiorstw miałoby normalnie motywację do wejścia na rynek drugiego. Ich koncentracja pogłębiłaby niekorzystne skutki istniejącej sytuacji charakteryzującej się obecnością dwóch monopolistów – jednego na rynku wyższego i drugiego na rynku niższego szczebla. Jednocześnie potencjalni nowi uczestnicy rynku musieliby wejść na oba rynki jednocześnie, co mogłoby skutkować zwiększonym ryzykiem i kosztami wejścia (Salop, 2018, s. 1969).

3. Integracja pionowa a eliminacja podwójnej marży

Główny argument szkoły chicagowskiej na poparcie tezy o efektywności koncentracji pionowych odnosił się do tzw. eliminacji podwójnej marży (dalej: EDM), która uznawana była za nieuchronną ich konsekwencję (Posner, 2001, s. 200–201 i 228; Gaudet i Van Long, 1996, s. 409). Zgodnie z tym poglądem wertykalnie zintegrowany producent sprzedaje towary swojemu przedsiębiorstwu zależnemu działającemu na rynku niższego szczebla po cenie równej kosztom krańcowym. Prowadzi to do obniżenia przez to przedsiębiorstwo ceny produktu sprzedawanego odbiorcom ostatecznym. W ten sposób nabywcy korzystają z niższych cen i wyższych poziomów produkcji. Koncepcja ta została po raz pierwszy rozwinięta przez J.J. Spenglera w 1950 r., który uznał integrację pionową za remedium na „podobne do renty „monopolistyczne” dopłaty nakładane przez sprzedawców usytuowanych na wcześniejszych etapach produkcji” (Spengler, 1950, s. 351).

Szkoła postchicagowska postawiła pod znakiem zapytania zasadność teorii eliminacji podwójnej marży, podkreślając, że sprawdza się ona tylko w specyficznych warunkach rynkowych. Jak zauważyli J. Kwoka i M. Slade, może to mieć miejsce, gdy przedsiębiorstwo działające na rynku niższego szczebla wykorzystuje towary zakupione od przedsiębiorstwa działającego na rynku wyższego szczebla w stałych proporcjach z innymi czynnikami produkcji (Kwoka i Slade, 2020, s. 52). W przeciwnym wypadku niezintegrowane przedsiębiorstwo działające na rynku niższego szczebla może zastąpić towary dostarczane mu po cenach suprakonkurencyjnych innymi tańszymi materiałami, zmniejszając w ten sposób karę za bycie niezintegrowanym (Kwoka i Slade, 2020, s. 52; Westfield, 1981, s. 334–346). Nawet jeśli dany towar jest wykorzystywany w stałych proporcjach z innymi czynnikami produkcji, EDM nie może być postrzegany jako nieunikniona lub nieuchronna konsekwencja integracji pionowej. Salop wskazał kilka takich sytuacji, w których EDM może nie wystąpić:

- 1) gdy przedsiębiorstwo działające na rynku wyższego szczebla sprzedaje swoje towary po obniżonej cenie swojej pionowo zintegrowanej spółce zależnej, powstaje „koszt alternatywny”; to z kolei zmniejsza lub eliminuje zachętę do obniżenia ceny na rynku niższego szczebla;
- 2) jeżeli przedsiębiorstwo działające na rynku niższego szczebla zaoferowałoby obniżki cen dużej liczbie dotychczasowych klientów w stosunku do liczby nowych klientów pozyskanych od konkurentów działających na rynku niższego szczebla, którzy nie kupili czynników produkcji od przedsiębiorstwa działającego na rynku wyższego szczebla;
- 3) kiedy technologia przedsiębiorstwa działającego na rynku niższego szczebla nie jest kompatybilna z czynnikami produkcji dostarczonymi przez stronę uczestniczącą w połączeniu na rynku wyższego szczebla (Salop, 2018, s. 1971).

Szkoła postchicagowska zakwestionowała także związek przyczynowy pomiędzy EDM a koncentracjami pionowymi. Podobne efekty mogą być bowiem osiągnięte bez konieczności przeprowadzenia koncentracji – w drodze umów o nieliniowych cenach lub umów nakładających

obowiązek dostaw określonych wolumenów towarów (Kwoka i Slade, 2020, s. 53). W zależności od sytuacji rynkowej takie umowy nie muszą w pełni eliminować problemu podwójnej marży, choć ich istnienie (a nawet sama możliwość zawarcia) powinno być brane pod uwagę przy ocenie efektywności wynikających z koncentracji pionowych (Kwoka i Slade, 2020, s. 53). Ponadto, efektywność wynikająca z EDM nie może powstać, jeżeli bardziej opłacalnym rozwiązaniem byłoby ograniczenie dostępu do rynku lub koordynacja zachowań konkurentów (Salop, 2018, s. 1971). Z kolei J. Kwoka i M. Slade słusznie zauważyli, że EDM może przynieść jedynie pieniężne (a nie rzeczywiste) korzyści, tj. takie, które wynikają z nowej wyceny oferowanych towarów, a nie z większej efektywności procesów gospodarczych, a szczególnie z redukcji nakładów wykorzystywanych w procesie produkcji (Kwoka i Slade, 2020, s. 53).

4. Kwestia pozostałych efektywności gospodarczych wynikających z koncentracji pionowych

Szkoła chicagowska uwypuklała także doniosłość pozostałych efektywności gospodarczych wynikających z koncentracji pionowych. R. Bork twierdził, że prowadzą one do obniżenia kosztów sprzedaży i dystrybucji, ułatwiając w ten sposób przepływ informacji i tworząc korzyści skali w zarządzaniu. Jego zdaniem koncentracje pionowe zasadniczo nie różnią się w skutkach od wzrostu wewnętrznego. Jedyna różnica polega na tym, że w określonej sytuacji rynkowej koncentracja pionowa lub wzrost wewnętrzny okazuje się być opcją bardziej efektywną (Bork, 1978, s. 225–245). Podobnie twierdził R. Posner, który podkreślał, że taki sam skutek, jak koncentracja pionowa, może mieć otwarcie nowych placówek handlowych lub pozyskanie nowych źródeł zaopatrzenia, a następnie skoncentrowanie odpowiednio sprzedaży w tych placówkach lub zakupów u nowych dostawców (Posner, 1976, s. 196).

Integracja pionowa rzeczywiście może prowadzić do różnorodnych efektywności gospodarczych. Jednakże, jak dowodzą badania S.J. Grossmana i O.D. Harta (1986) oraz A.A. Berle'a i G.C. Meansa (1968), należy podchodzić do nich z pewną dozą sceptycyzmu, albowiem koncentracje wertykalne mogą jednocześnie prowadzić do organizacyjnych i menedżerskich zniekształceń i nieefektywności (Hart i Tirole, 1990, s. 206; Bolton i Scharfstein, 1998, s. 112; Salop, 2018, s. 1973).

Przedstawiciele ekonomii instytucjonalnej, Berle i Means, odnosili się do integracji pionowej w kontekście relacji między własnością a zarządzaniem w przedsiębiorstwie. Twierdzili oni, że może być ona motywowana przez skłonność menedżerów do zwiększania zysków i poszerzania zakresu władzy (Berle i Means, 1968). Z tej perspektywy integracja pionowa jest rozumiana zarówno jako niepożądana, pośrednia konsekwencja rozdziału własności i kontroli w przedsiębiorstwie, jak i czynnik sprzyjający intensyfikacji procesu tego rozdziału. Uznawali oni, że jeśli w wyniku koncentracji kierownictwo właścicielskie zastępowane jest przez profesjonalny zespół, prowadzi to zwykle do wzrostu kosztów agencyjnych. Koncentracje zatem mogły przyczyniać się do niepożądanego rozdziału własności i kontroli, będąc źródłem nieefektywności.

Z kolei przedstawiciele ekonomii praw własności S.J. Grossman i O.D. Hart postrzegali integrację pionową jako prowadzącą do przyjęcia określonego modelu alokacji praw

rezydualnych między jej stronami. Alokacja ta nie jest jednak w stanie wyeliminować bodźców do zachowań oportunistycznych i zniekształcających, a jedynie przenosi prawa między stronami. W wyniku integracji pionowej zakup praw rezydualnych przez jedną stronę i późniejsza utrata tych praw przez drugą nieuchronnie powodują zakłócenia, stając się przyczyną nieefektywności (Grossman i Hart, 1986, s. 716).

5. Badania empiryczne dotyczące skutków koncentracji pionowych

Współczesna badania empiryczne podważają stanowisko szkoły chicagowskiej o zasadniczo prokonkurencyjnych skutkach koncentracji pionowych. Badania M. Beck i F.M. Scott Morton (2021) zawierają analizę kilkudziesięciu wcześniejszych badań empirycznych dotyczących skutków integracji pionowej. Badania te wskazują, że starsze raporty z badań nad skutkami integracji pionowej nie są zazwyczaj jednoznaczne, a wyniki niektórych z nich nie mają bezpośredniego zastosowania do oceny wpływu koncentracji wertykalnych na konkurencję (Beck i Scott Morton, 2021, s. 276). Choć część z nich wskazuje na korzyści z integracji pionowej, a rzadziej na jej negatywne skutki, to zdaniem Beck i Scott Morton (2021, s. 279) te „wnioski nie są wystarczająco mocne, aby uzasadnić przyjęcie domniemania jej prokonkurencyjnego (lub antykonkurencyjnego) charakteru na potrzeby (ustalenia) celów polityki”.

Spośród rezultatów 29 nowych badań opublikowanych w latach 2009–2020 analizowanych przez Beck i Scott Morton, 14 zawiera dowody na szkodliwe skutki koncentracji pionowych i tyle samo dowodzi ich korzystnych konsekwencji. W 5 przypadkach negatywne i pozytywne skutki integracji pionowej występowały jednocześnie. Żadne z badań nie zawierało jednak pełnego bilansu skutków dla konkurencji, trudno więc powiedzieć, jaki typ efektu przeważał. (Beck i Scott Morton, 2021, s. 289). Niemniej analiza tych nowszych badań pokazuje, że koncentracji pionowych nie można uznać za jednoznacznie prokonkurencyjne lub odwrotnie. Ich ogólne skutki zależą od konkretnych okoliczności rynkowych, takich jak koncentracja rynku, struktura i bodźce, którym podlegają przedsiębiorstwa (Beck i Scott Morton, 2021, s. 289).

III. Teorie szkody i efektywności w wytycznych Komisji

Wytyczne Komisji są znacznie obszerniejsze niż ich amerykański odpowiednik. Odnoszą się one odrębnie do koncentracji wertykalnych i konglomeratowych, a możliwe skutki takich koncentracji i sposoby ich oceny opisane są w nich znacznie obszerniej i dokładniej. Wytyczne unijne wyraźnie stwierdzają, że „prawdopodobieństwo znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji jest zasadniczo mniejsze w przypadku połączeń niehoryzontalnych niż w przypadku połączeń horyzontalnych”¹³. Wynika to z faktu, że koncentracje niehoryzontalne „nie pociągają za sobą eliminacji bezpośredniej konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami na tym samym właściwym rynku”¹⁴.

Wytyczne Komisji wprowadzają zasadę bezpiecznej przystani dla koncentracji przedsiębiorstw nieposiadających znaczącej siły rynkowej co najmniej na jednym rynku właściwym¹⁵. W związku

¹³ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6), pkt 11.

¹⁴ Ibidem, pkt 12.

¹⁵ Ibidem, pkt 23.

z tym koncentracje, które prowadzą do uzyskania udziału w rynku poniżej 30% i wskaźnika HHI poniżej 2000, nie budzą, co do zasady obaw Komisji¹⁶. Nie dotyczy to jednak połączeń, w przypadku których występuje jedna lub więcej szczególnych okoliczności, w tym na przykład, gdy:

- 1) połączenie obejmuje przedsiębiorstwo, które prawdopodobnie w najbliższej przyszłości będzie się szybko rozwijać, np. ze względu na niedawną innowację;
- 2) między uczestnikami rynku istnieją znaczące wzajemne powiązania co do udziałów lub kierownictwa;
- 3) w przypadku jednego z łączących się przedsiębiorstw istnieje duże prawdopodobieństwo, że zakłóci ono skoordynowane działanie;
- 4) istnieją oznaki dawnej lub trwającej koordynacji lub praktyk ułatwiających działanie¹⁷.

Wytyczne unijne postrzegają ograniczenie dostępu do rynku jako główne potencjalne zagrożenie dla konkurencji wynikające z koncentracji wertykalnych. Schemat oceny możliwości utrudnienia dostępu do rynku obejmuje analizę zdolności i motywacji do takich działań, jak również znaczącego szkodliwego wpływu na konkurencję na rynku niższego lub, odpowiednio, wyższego szczebla. Skutki, jakie ograniczenie dostępu do rynku może mieć dla konkurencji, są w wytycznych Komisji analizowane w szerokim zakresie i oddzielnie dla zamknięcia dostępu do czynników produkcji i rynków zbytu¹⁸.

Ocena prawdopodobieństwa ograniczenia dostępu do rynku skupia się na możliwych alternatywach dla nabywców (utrudnienie dostępu do rynku) lub istnieniu dostatecznych alternatywnych możliwości sprzedaży na rynku niższego szczebla towarów oferowanych przez podmioty konkurujące ze stronami koncentracji na rynku szczebla wyższego (utrudnienie dostępu do klientów). W ramach oceny zdolności do utrudniania dostępu do rynku Komisja analizuje siłę rynkową i strukturę odnośnych rynków, a także ewentualne reakcje konkurentów na podwyżkę cen i możliwość stosowania przez nich strategii przeciwdziałania¹⁹.

W ramach oceny motywacji do ograniczenia dostępu do rynku Komisja bierze pod uwagę stopień, w jakim byłoby to opłacalne. Oznacza to konieczność dokonania bilansu pomiędzy zyskiem utraconym w wyniku ograniczenia sprzedaży czynników produkcji (faktycznym lub potencjalnym) konkurentom a zwiększeniem zysków, w krótkiej lub dłuższej perspektywie, w wyniku zwiększenia sprzedaży przedsiębiorstwom działającym na rynku niższego szczebla bądź, zależnie od sytuacji, podniesienia cen dla konsumentów²⁰.

Wreszcie Komisja ocenia prawdopodobny ogólny wpływ koncentracji na skuteczną konkurencję, tj. czy może ona doprowadzić do wzrostu cen lub zmniejszenia produkcji na rynku niższego szczebla poprzez zwiększenie presji na ceny sprzedaży (utrudnienie dostępu do czynników produkcji) lub poprzez ograniczenie zdolności konkurentów działających na rynku wyższego szczebla do konkurowania (utrudnienie dostępu do klientów). Komisja koncentruje się na proporcji konkurentów, którym koncentracja może ograniczyć dostęp do rynku, ich roli na rynku właściwym oraz udziale w nakładach lub produkcji, na które koncentracja ma wpływ. Komisja skupia się również na prawdopodobieństwie zwiększenia barier wejścia na rynek. Wreszcie ocenia się ewentualne

¹⁶ Ibidem, pkt 25.

¹⁷ Ibidem, pkt 26.

¹⁸ Ibidem, pkt 29–77.

¹⁹ Ibidem, pkt 39 i 67.

²⁰ Ibidem, pkt 40.

czynniki wyrównawcze, w tym prawdopodobieństwo wejścia na rynek i ewentualne zwiększenie efektywności wynikające z koncentracji²¹.

Wytyczne Komisji wymieniają uzyskanie dostępu do wrażliwych informacji handlowych dotyczących działalności konkurentów na rynku wyższego lub niższego szczebla jako kolejny możliwy jednostronny (nieskoordynowany) skutek antykonkurencyjny połączeń wertykalnych²².

Wytyczne unijne odnoszą się do możliwych skoordynowanych efektów koncentracji pionowych i kładą nacisk na cechy rynku właściwego, bodźce i zdolność do współpracy. Podkreśla się w nich, że osiągnięcie warunków koordynacji po połączeniu może *eo ipso* wynikać ze zmniejszenia liczby efektywnych konkurentów, zwiększenia stopnia symetrii lub przejrzystości między uczestnikami rynku lub wyeliminowania niezależnych graczy. Ponadto, wytyczne Komisji wymieniają trzy warunki trwałej koordynacji, tj.:

- 1) przedsiębiorstwa koordynujące swoje zachowania muszą być w stanie w wystarczającym stopniu monitorować przestrzeganie warunków koordynacji;
- 2) dyscyplina wymaga jakiejś formy mechanizmu odstraszania, który może zostać uaktywniony, jeśli stwierdzi się odstępstwo od zasad;
- 3) reakcje z zewnątrz, np. obecnych i przyszłych konkurentów nieuczestniczących w koordynacji, jak również klientów, nie powinny być w stanie zagrozić oczekiwanym wynikom koordynacji²³;

Wytyczne Komisji opierają się na założeniu, zgodnie z którymi antykonkurencyjne skutki koncentracji mogą być równoważone przez wzrost wydajności. Jednakże Komisja analizuje czy wzrost efektywności: (1) jest korzystny dla konsumentów; (2) jest związany z połączeniem oraz (3) jest sprawdzalny²⁴. Wytyczne odnoszą się do komplementarnych cech łączących się przedsiębiorstw²⁵.

Wytyczne unijne wymieniają EDM na pierwszym miejscu wśród innych możliwych korzyści wynikających z koncentracji wertykalnych, takich jak: lepsza koordynacja procesu produkcji i dystrybucji oraz harmonizacja motywacji „stron w odniesieniu do inwestycji w nowe produkty, nowe procesy produkcyjne oraz wprowadzanie produktów na rynek”²⁶. Wytyczne unijne zdają się uznawać EDM za wysoce prawdopodobny efekt koncentracji pionowych²⁷. Nadal jednak, aby EDM mogła być uznana za efektywność, musi spełniać trzejelementowy test wskazany w wytycznych Komisji w sprawie horyzontalnych połączeń przedsiębiorstw²⁸, tj. musi przynosić korzyści konsumentom, być specyficzna dla połączenia i możliwa do zweryfikowania. Stąd też, jak stwierdzono w wytycznych UE:

„(...) problem podwójnych marż nie zawsze jest obecny lub znaczący przed połączeniem, np. ponieważ łączące się strony zawarły już umowę na dostawy obejmującą mechanizm cenowy, który przewiduje rabaty ilościowe eliminujące marżę. Zwiększenie wydajności związane z eliminacją

²¹ Ibidem, pkt 47–57 i 72–77.

²² Ibidem, pkt 78.

²³ Ibidem, pkt 81.

²⁴ Ibidem, pkt 53.

²⁵ Ibidem, pkt 13.

²⁶ Ibidem, pkt 57.

²⁷ Jak wskazała Komisja w pkt. 13 wytycznych, „W przypadku np. relacji wertykalnych wynikające z komplementarności obniżenie marż przedsiębiorstwa działającego na rynku niższego szczebla **doprowadzi** do większego popytu także na rynku wyższego szczebla. Część korzyści z tego wzrostu popytu **przypadnie** dostawcom działającym na rynku wyższego szczebla. Skonsolidowane przedsiębiorstwo **weźmie** pod uwagę taką korzyść. Konsolidacja wertykalna może zatem zapewnić większą zachętę do dążenia do obniżki cen i zwiększenia produkcji, gdyż skonsolidowane przedsiębiorstwo może przechwycić większy odsetek korzyści” [podkreślenie autora].

²⁸ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 31 z 5.02.2004, s. 5).

podwójnych marż może zatem nie zawsze być związane z połączeniem, gdyż współpraca wertykalna lub porozumienia wertykalne nawet bez połączenia mogą przynieść podobne korzyści przy mniejszych efektach antykonkurencyjnych. Ponadto połączenie może nie w pełni wyeliminować podwójną marżę, jeżeli dostawy czynników produkcji są ograniczone ze względu na ograniczone moce produkcyjne i kiedy istnieje możliwość równie opłacalnego alternatywnego wykorzystania tych czynników produkcji. W takich okolicznościach wewnętrzne wykorzystanie czynników produkcji pociąga za sobą koszty alternatywne dla skonsolidowanego wertykalnie przedsiębiorstwa: wykorzystanie większej części czynników produkcji wewnątrz w celu zwiększenia produkcji na rynku niższego szczebla oznacza mniejszą sprzedaż na rynku alternatywnym. W rezultacie motywacja do wewnętrznego użycia materiałów wyjściowych i zwiększenia produkcji na rynku niższego szczebla jest mniejsza niż w sytuacji, kiedy nie ma kosztów alternatywnych²⁹.

Wytyczne UE wymagają zatem analizy prospektywnej skupiającej się na wpływie koncentracji na EDM.

IV. Ocena wytycznych Komisji

Wytyczne Komisji z pewnością bardziej niż ich amerykański odpowiednik uwzględniają to, co o możliwych skutkach koncentracji pionowych mówią wyniki badań empirycznych i współczesne teorie ekonomiczne. Po pierwsze, wytyczne te inaczej postrzegają rolę EDM. W amerykańskich wytycznych z 2020 r. wskazano wprost, że eliminacja podwójnej marży „nie jest efektywnością produkcji, badań i rozwoju ani zamówień; wynika ona bezpośrednio z dostosowania bodźców ekonomicznych między łączącymi się przedsiębiorstwami”³⁰. EDM zajmuje zatem nie tylko pierwszoplanowe, lecz także szczególne miejsce pośród potencjalnych pozytywnych skutków koncentracji pionowych. Przyjęto bowiem założenie, że towarzyszy ona zasadniczo każdej koncentracji pionowej.

Na gruncie wytycznych unijnych EDM nie jest rozumiana jako nieuchronna konsekwencja koncentracji pionowych, ale jako jedna z wielu potencjalnych efektywności, które mogą z nich wynikać. Związek EDM z koncentracją (jej specyficzność) słusznie oceniana jest prospektywnie, z uwzględnieniem możliwych alternatyw, w tym wynikających z kontraktów długoterminowych. Chociaż nadal wydaje się, że wytyczne unijne przeceniają częstotliwość, z jaką EDM towarzyszy koncentracjom wertykalnym, oraz jego rolę w równoważeniu ich negatywnych skutków, to jednak wymagają one, aby EDM spełniał te same kryteria, co pozostałe efektywności.

O ile zgodnie z amerykańskimi wytycznymi EDM odgrywa dla stron koncentracji rolę podobną do karty „wychodzisz wolny z więzienia” znanej z popularnej gry Monopoly, o tyle wytyczne unijne dostarczają Komisji niezbędnych narzędzi do jej weryfikacji, w tym oceny czy stanowi ona konsekwencję koncentracji oraz skutków, jakie EDM może mieć dla konkurencji. Mimo to niewielkie zmiany w retoryce użytej w wytycznych Komisji mogą być potrzebne. Powinny one pomóc rozwiązać wątpliwości odnośnie do równego statusu EDM i pozostałych możliwych efektywności wynikających z koncentracji wertykalnych, w tym korzyści organizacyjnych, produkcyjnych, zarządczych i dystrybucyjnych, a także związanych z unikaniem kosztów transakcyjnych.

²⁹ Przepis 57 w pkt 55 wytycznych w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6).

³⁰ Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych i Federalna Komisja Handlu. Wytyczne w sprawie koncentracji pionowych z 30 czerwca 2020 r., s. 11.

Jednocześnie znaczenie tak EDM, jak i pozostałych efektywności nie powinno być przeceniane. Należy bowiem pamiętać, że, jak wykazali Grossman i Hart (1986, s. 716), integracja pionowa nie eliminuje bodźców do oportunistycznych i zakłócających zachowań i sama w sobie może przyczyniać się do zakłócających skutków. Dlatego organizacyjne i zarządcze efektywności wynikające z koncentracji pionowych dalekie są od oczywistości i powinny być oceniane z ostrożnością.

Teorie szkody zawarte w wytycznych Komisji nie są wystarczająco rozwinięte i nie odzwierciedlają całej złożoności czynników, które mogą wpływać na antykonkurencyjny charakter koncentracji. Dotyczy to przede wszystkim wpływu, jaki na ocenę wpływu koncentracji wertykalnych na konkurencję może mieć okoliczność prowadzenia działalności na rynku, na którym oferowane są zróżnicowane towary. W związku z tym konieczne jest wprowadzenie odpowiednich korekt do wytycznych unijnych. Przede wszystkim powinny one obejmować zmiany w obrębie sposobu oceny skutków wykluczających poprzez uzupełnienie jej o kryterium zróżnicowanego charakteru towarów oferowanych na rynkach właściwych. Wykazanie tego faktu powinno być traktowane jako jeden z czynników istotnie zwiększających ryzyko antykonkurencyjnego utrudnienia dostępu do rynku.

Wydaje się w związku z tym, że wytyczne unijne przeceniają prokonkurencyjny charakter koncentracji wertykalnych i niedostatecznie biorą pod uwagę ich potencjalne negatywne skutki. Teza, że prawdopodobieństwo znaczącego zakłócenia efektywnej konkurencji w wyniku niehoryzontalnych koncentracji jest generalnie mniejsze niż w przypadku koncentracji horyzontalnych, idzie zbyt daleko i nie znajduje potwierdzenia w badaniach empirycznych i teoriach ekonomicznych. Co prawda, jak podkreślono w wytycznych Komisji, koncentracje te nie pociągają za sobą eliminacji bezpośredniej konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami na tym samym właściwym rynku. Jednak o ich antykonkurencyjnym charakterze mogą przesądzić inne niekorzystne skutki. Badania ekonomiczne wskazują, że antykonkurencyjne koncentracje wertykalne nie są generalnie mniej szkodliwe niż koncentracje horyzontalne.

Istnieje zatem potrzeba przeformułowania ogólnej retoryki wytycznych unijnych w zakresie możliwych skutków koncentracji niehoryzontalnych tak, aby zatrzeć wrażenie, jakie można odnieść po ich lekturze, że koncentracje te są zasadniczo mniej szkodliwe niż ich horyzontalne odpowiedniki oraz że zazwyczaj prowadzą one do znacznego zwiększenia efektywności ekonomicznej.

Ponieważ struktura rynków, na których działają strony koncentracji, poziom koncentracji tych rynków oraz udziały rynkowe stron wydają się być kluczowymi elementami oceny ewentualnych negatywnych skutków połączeń wertykalnych, wytyczne unijne słusznie przywiązują do nich dużą wagę. Odstępstwa od domniemania zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym w oparciu o udział w rynku i progi HHI sformułowane zostały w taki sposób, aby zapewnić elastyczność niezbędną do sprawowania kontroli nad wszystkimi rodzajami potencjalnie antykonkurencyjnych koncentracji niehoryzontalnych zgłaszanych Komisji, tym bardziej że katalog tych odstępstw nie jest wyczerpujący.

W świetle rozważań dotyczących znaczenia struktury rynku jako jednego z kryteriów oceny skutków koncentracji wertykalnych dla konkurencji, można natomiast rozważyć wprowadzenie progów udziałów w rynku i koncentracji rynku jako podstawy do wzruszalnego domniemania antykonkurencyjnych skutków połączeń. Ustanowienie takich progów mogłoby stanowić wyraźny sygnał o zaostrzeniu kontroli koncentracji wertykalnych³¹.

³¹ Wytyczne unijne wymagają także odpowiednich zmian dotyczących sposobu oceny koncentracji na tzw. rynkach uwagi, tj. rynkach, na których za usługę nie płaci się ceny wyrażonej w pieniądzu. To zagadnienie wykracza jednak poza zakres tego artykułu.

V. Podsumowanie

Amerykańskie prawo antymonopolowe stoi u progu zmian, których wspólnym mianownikiem jest odejście od jego dotychczasowych paradygmatów zakorzenionych w szkole chicagowskiej na rzecz podejścia surowszego, w większym stopniu ograniczającego swobodę przedsiębiorstw na rynku. Zmiany te, już uwidoczniły się w obrębie kontroli koncentracji, czego dowodem było wprowadzenie, wraz z wytycznymi FTC i DOJ z 2020 r., bardziej surowych reguł oceny dopuszczalności niehoryzontalnych łączeń przedsiębiorstw. W niedalekiej przyszłości należy spodziewać się kolejnego kroku w tym kierunku w postaci przyjęcia przez oba amerykańskie organy konkurencji nowych wytycznych poświęconych temu zagadnieniu. Biorąc pod uwagę krytyczne głosy FTC i DOJ względem amerykańskich wytycznych z 2020 r., z dużą dozą prawdopodobieństwa należy założyć, że nowe wytyczne będą w znacznym zakresie spójne ze współczesnymi paradygmatami szkoły postchicagowskiej. Choć reguły oceny dopuszczalności koncentracji horyzontalnych zawarte w wytycznych unijnych w większym stopniu odpowiadają tym paradygmatom niż ich amerykański odpowiednik, wymagają uzupełnień i korekty, aby nie pozostać w tyle za ojczyzną prawa ochrony konkurencji.

Bibliografia

- Bain, J.S. i Quails, P.D. (1987). *Industrial Organization: A Treatise*. Vol. 6 (Part A). Greenwich: JAI Press.
- Baker, J.B. (2013). Exclusion as a Core Competition Concern. *Antitrust Law Journal*, 78, 527.
- Baker, J.B. (2015). Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right. *Antitrust Law Journal*, 80, 1.
- Baker, J.B. (2019). *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Beck, M. i Scott Morton, F.M. (2021). Evaluating the Evidence on Vertical Mergers. *Review of Industrial Organization*, 59, 273.
- Berle, A.A. i Means, G.C. (1968). *The Modern Corporation And Private Property*. New York: Harcourt, Brace and World.
- Bolton, P. i Scharfstein, D.S. (1998). Corporate Finance, the Theory of the Firm, and Organizations. *Journal of Economic Perspectives*, 12(4), 95.
- Bork, R.H. (1954). Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception. *University of Chicago Law Review*, 22(1), 157.
- Bork, R.H. (1969). *Vertical Integration and Competitive Processes*. W: J.F. Weston, S. Peltzman (red.), *Public Policy Toward Mergers*. Pacific Palisades, CA: Goodyear Pub. Co.
- Bork, R.H. (1978). *Antitrust Paradox. A Policy at War With Itself*. New York: Basic Books.
- Church, J. (2008). Vertical Mergers. *Issues In Competition Law And Policy*, 2, 1455.
- Elhauge, E. (2009). Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory. *Harvard Law Review*, 123, 397.
- Fumagalli, C. i Motta, M. (2020). Dynamic Vertical Foreclosure. *Journal of Law & Economics*, 63, 763.
- Gaudet, G. i Van Long, N. (1996). Vertical Integration, Foreclosure, and profits in the Presence of Double Marginalization. *Journal of Economics & Management Strategy*, 5, 409.

- Gilbert, R.J. i Melamed, A.D. (2022, February). Innovation: A Bridge to the New Brandeisians? *Competition Policy International*, 21. Pozyskano z: https://www.competitionpolicyinternational.com/innovation-a-bridge-to-the-new-brandeisians/#_ftnref6.
- Grossman, S.J. i Hart, O.D. (1986). The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, 94(4), 691.
- Hart, O. i Tirole, J. (1990). Vertical Integration and Market Foreclosure. *Brookings Papers on Economic Activity*, 21, 205.
- Keyte, J. (2020). The Draft Vertical Merger Guidelines: A Modern Approach, but Gaps and Questions Remain. *Antitrust*, 34, 5.
- Khan, L.M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 126, 710.
- Khan, L.M. i Vaheesan, S. (2017). Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *Harvard Law & Policy Review*, 11, 235.
- Koltay, G. i Lorincz, S. (2021, November). Industry concentration and competition policy. *Competition Policy Brief*, 2. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-12/Competition%20Policy%20Brief%202021-2021_Industry%20concentration%20and%20competition%20policy.pdf.
- Krattenmaker, T.G. i Salop, S.C. (1986). Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. *Yale Law Journal*, 96, 209.
- Kwoka, J. i Slade, M. (2020). Second Thoughts on Double Marginalization. *Antitrust*, 34, 51.
- Landau, M.B. (2020). The Astounding Growth of "Big Tech" and the Lack of Enforcement of the Intellectual Property, Antitrust, and Contract Laws. *Albany Law Journal of Science & Technology*, 30, 1.
- McGee, J.S. i Bassett, L.R. (1976). *Vertical Integration Revisited*. *Journal of Law & Economics*, 19, 17.
- Miller, C.A. (2019). Big Data and the Non-Horizontal Merger Guidelines. *California Law Review*, 107, 309.
- Moresi, S. i Salop, S.C. (2013). vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers. *Antitrust Law Journal*, 79, 185.
- Moss, D.L. (2018). Merger Policy and Rising Concentration: An Active Agenda for Antitrust Enforcement. *Antitrust*, 33, 68.
- Ordover, J.A., Saloner, G. i Salop, S.C. (1990). Equilibrium Vertical Foreclosure. *American Economic Review*, 80, 127.
- Philippon, T. (2019). *Causes, Consequences, and Policy Responses to Market Concentration*. W: M.S. Kearney, A. Ganz (red.), *Maintaining the Strength of American Capitalism*. (The Aspen Institute. Economic Strategy Group 2019). Pozyskano z: <https://live-aspen-economic-strategy-group.pantheonsite.io/wp-content/uploads/2019/12/Maintaining-the-Strength-of-American-Capialism.pdf>.
- Posner, R.A. (1976). *Antitrust Law: an Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- Posner, R.A. (1979). The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 925.
- Posner, R.A. (2001). *Antitrust Law: an Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rey, P. i Tirole, J. (2007). *A Primer on Foreclosure*. W: M. Armstrong i R.H. Porter (red.), *Handbook of Industrial Organization*, 3.
- Riordan, M.H. (2008). Competitive Effects of Vertical Integration. W: P. Buccirossi (red.), *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge MA: MIT Press.
- Riordan, M.H. i Salop, S.C. (1995). Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach. *Antitrust Law Journal*, 63, 513.
- Salinger, M. (1988). Vertical Mergers and Market Foreclosure. *Quarterly Journal of Economics*, 103, 345.
- Salop, S.C. (2018). Invigorating Vertical Merger Enforcement. *Yale Law Journal*, 127, 1962.

- Salop, S.C. i Culley, D.P. (2017). *Vertical Mergers Enforcement Actions: 1994–2016*. Georgetown University Law Center. Pozyskano z: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2541&context=facpub>.
- Scheffman, D.T. i Higgins, R.S. (2004). Vertical Mergers: Theory and Policy. *George Mason Law Review*, 12, 967.
- Spengler, J.J. (1950). Vertical Integration and Antitrust Policy. *Journal of Political Economy*, 58(4), 347.
- Stucke, M. i Grunes, A. (2016). *Big Data And Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press.
- Sullivan, S.P. (2020). Anticompetitive Entrenchment. *University of Kansas Law Review*, 68, 1133.
- Westfield, F.M. (1981). Does Product Price Rise or Fall? *American Economic Review*, 71(3), 334.
- Weston, J.F., Peltzman S. (eds.) (1969). *Public Policy Toward Mergers*, Goodyear Pub. Co.
- Wu, T. (2011). *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. New York: Alfred A. Knopf.