

Wyzwania stosowania prawa kontroli koncentracji UE do kolejowego transportu towarowego w obliczu liberalizacji sektora

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Problem wyznaczania rynku właściwego – ryzyko „pułapki celofanowej”
- III. Koncepcja istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji
- IV. Eliminacja potencjalnej konkurencji
- V. Eliminacja istniejącej konkurencji
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Sytuacja konkurencyjna w sektorze towarowego transportu towarowego jest szczególna, gdyż rozpoczęty proces liberalizacji nie został jeszcze zakończony. W związku z tym istnieje duża dysproporcja skali aktywnych uczestników rynku, gdzie dominacja publicznych operatorów stanowi pozostałość ich statusu monopolisty sprzed liberalizacji. Wyzwanie, przed jakim stoi Komisja Europejska, nie polega więc na ochronie procesu konkurencji, a na zapewnieniu, by w przyszłości rynek osiągnął pożądany poziom konkurencyjności, realizując tym samym cele liberalizacji. Niniejszy artykuł przedstawia w tym kontekście szczegółowe uwarunkowania stosowania przepisów kontroli koncentracji w prawie Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: transport kolejowy; kontrola koncentracji; prawo UE; pozycja dominująca; liberalizacja.

JEL: K21, L12, L13, L92, G34

I. Wprowadzenie

Przez wiele lat towarowy transport kolejowy w Europie funkcjonował jako indywidualnie regulowane rynki krajowe z dominującą lub nawet monopolistyczną pozycją publicznego operatora (Finger i Messulam, 2015, s. 2 i n.). W przeciwieństwie do transportu drogowego, który w Unii Europejskiej (dalej: UE) od dawna funkcjonuje jako w pełni zliberalizowany, wysoko konkurencyjny sektor, z dużą ilością aktywnych przedsiębiorstw różnej wielkości, rozpoczęta w 2006 r. liberalizacja transgranicznego kolejowego transportu towarowego, a rok później krajowego, nie doprowadziła

* Doktor nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytetu Wrocławskiego; e-mail: jakub.kociubinski@uwr.edu.pl.

początkowo do znaczącego wzrostu liczby konkurentów. Powodów takiego stanu rzeczy można się dopatrywać w, z jednej strony, relatywnie wyższych barierach wejścia w stosunku do transportu drogowego, wyższych kosztów operacji i obecności dużych i silnych operatorów (na ogół publicznych), których status stanowi pozostałość preliberalizacyjnej sytuacji (Finger i Messulam, 2015, s. 2 i n.).

Jak każdym sektorze sieciowym, także w transporcie kolejowym występuje zauważalny efekt ekonomii skali, dający naturalną przewagę (kosztową i sprawności operacyjnej) większym podmiotom (Begg, Fisher i Dornbush, 2003, s. 45–47). Posiadają one przez to większe możliwości ekspansji i powiększania udziałów w rynku. Można więc zaobserwować mechanizm, w którym im silniejsze i bardziej dominujące będzie jedno z aktywnych na rynku przedsiębiorstw, tym istnieje mniejsze prawdopodobieństwo pojawienia się nowego konkurenta, gdyż maleć będą szanse skutecznego wejścia i nawiązania konkurencji (Christiansen, 2007, s. 233; Finger i Künnecke, 2011, s. 11–26). Innymi słowy, rynek wykazuje tendencję do tworzenia struktur oligopolistycznych. Funkcjonowanie mechanizmu stopniowej konsolidacji, mogącej bez stosownej regulacji prowadzić do obniżenia konkurencji, a w skrajnych przypadkach do monopolizacji, zostało zaobserwowane i potwierdzone w przypadku wielu zliberalizowanych sektorów sieciowych (Christiansen, 2007, s. 233; Finger i Künnecke, 2011, s. 11–26).

Analogiczne prawidłowości występują również w tytułowej branży, co sprawia, że kontrola dokonywanych na nim koncentracji stanowi szczególne wyzwanie. Z jednej strony ogólny mechanizm dynamiki zmian na rynku, w tym motywacja aktywnych przedsiębiorstw są znane poprzez ekstrapolację z innych branż, z drugiej zaś – dochodzi konieczność uwzględnienia *differentia specifica* sektora i odpowiedzi na pytanie o pożądaną – z perspektywy UE – strukturę rynku i konkurencji na nim.

II. Problem wyznaczania rynku właściwego – ryzyko „pułapki celofanowej”

Wyznaczając rynek właściwy na potrzeby prowadzonych postępowań dotyczących szeroko pojętego transportu Komisja Europejska (dalej: KE) staje przed koniecznością uwzględnienia multimodalności branży. O ile w przypadku transportu lotniczego, inne gałęzie transportu nie stanowią w większości realnej alternatywy, o tyle przewóz osób i towarów drogą lądową może odbyć się w porównywalny sposób przy użyciu dróg, kolei czy szlaków wodnych (de Broca, Mielecka Riga i Subočs, 2014, s. 1840–1841)¹. Wzajemna substytucyjność poszczególnych gałęzi transportu jest zauważalna zwłaszcza przy przewozie towarów, gdzie czas nie ma z reguły aż tak pierwszorzędного znaczenia, jak w sytuacji gdy chodzi o przewóz osób (de Broca, Mielecka Riga i Subočs, 2014, 1841–1843)². Istnienie realnej presji konkurencyjnej ze strony innych gałęzi transportu jest okolicznością, którą biorą pod uwagę same przedsiębiorstwa branży, konstruując plany taryfowe

¹ Należy odnotować, że w praktyce decyzyjnej KE wzajemna substytucyjność poszczególnych rodzajów transportu lądowego (oraz wodnego śródlądowego) nie ma charakteru założenia *a priori* i może być stwierdzona dopiero po zbadaniu okoliczności danej sprawy (zob. dec. KE z 29.03.1994 r. w sprawie IV/33.941 – *Havenondernemersvereniging SVZ (HOV SVZ)/ Maritime Container Network (MCN)* (Dz. Urz. UE 1994 L 104/34)). Jednocześnie daje się zauważyć coraz wyraźniejsze traktowanie transportu kolejowego jako rynku odrębnego, chyba że okoliczności sprawy wyraźnie temu przeczą: Zob. dec. KE z 06.11.2007 r. w sprawie M.4746 – *Deutsche Bahn (DB) / English Welsh & Scottish Railways Holdings (EWS)* (Dz. Urz. UE 2008 C 125/6); z 25.11.2008 r. w sprawie M.5096 – *RCA/MAV Cargo* (Dz. Urz. UE 2009 C 29/4); z 20.06.2009 r. w sprawie M.5480 – *Deutsche Bahn (DB)/ PCC Logistics* (Dz. Urz. UE 2009 C 185/3).

² Orzeczenie Sądu z 17.10.1997 r. w sprawie T-229/94 *Deutsche Bahn AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1997, s. II-1689), pkt. 37.

i pamiętając o stawkach przewoźników innych branż czy wystosowując zapytania ofertowe równocześnie do operatorów kolejowych i drogowych (Stehmann i Zenger, 2011, s. 460–461).

Ponadto przedsiębiorstwa organizujące logistykę produkowanych lub zamówionych towarów nie postrzegają poszczególnych gałęzi transportu w izolacji od siebie, a jako ogniwa jednego łańcucha (Christopher, 2016, s. 4–13)³. Przewożony towar często pokonuje drogę do lokacji docelowej za pomocą więcej niż jednego środka transportu (Christopher, 2016, s. 173–181). Między przedsiębiorstwami oferującymi różnego rodzaju usługi transportowe zachodzą więc równocześnie relacje konkurencji i kooperacji, co wymaga uwzględnienia przez regulatora i organy odpowiedzialne za ochronę konkurencji.

Substytucyjność i komplementarność poszczególnych środków transportu komplikuje zadanie wyznaczenia rynku właściwego poprzez powstanie ryzyka wpadnięcia w tzw. pułapkę celofanową (*Cellofane Trap*)⁴. Zjawisko to wzięło swą nazwę od sprawy *DuPont* toczącej przed Sądem Najwyższym w Stanach Zjednoczonych, która dotyczyła producentów opakowań celofanowych⁵. Analizując stan faktyczny sąd stwierdził, że istnieje bardzo duża substytucyjność produktu oferowanego przez stronę z innymi rodzajami opakowań będących w asortymencie konkurentów (Motta, 2004, s. 105). W związku z tym skonkludował, że *DuPont* – producent wspomnianych, opatentowanych opakowań celofanowych – posiada niewielką siłę rynkową i przez to jego działania nie mają charakterystyki monopolisty. Ocena Sądu Najwyższego początkowo była jednak błędna, bo w rzeczywistości poszczególne typy opakowań nie były wobec siebie substytucyjne (Motta, 2004, s. 105)⁶. Określenie „pułapka celofanowa” przeszło do literatury fachowej jako określenie sytuacji, gdzie błędnie (zbyt szeroko) wyznaczony rynek właściwy wypacza obraz realnej siły rynkowej badanych przedsiębiorstw i przez to niewykrywalne pozostają antykonkurencyjne skutki ich działań (Motta, 2004, s. 105; Posner 1976, s. 128).

Zjawisko konkurencji międzygałęziowej jest co do zasady uwzględniane przez KE w postępowaniach dotyczących tytułowej branży. Jako referencyjny przykład można przywołać sprawy *Deutsche Bahn/EWS* i *RCA/MAV Cargo*, gdzie przeprowadzone na ich potrzeby badania rynku wykazały, że przedsiębiorstwa organizujące dostawy swoich towarów, przy obecnym stabilnym poziomie cen, są generalnie skłonne rozważyć inne opcje transportowe⁷. Odsetek był najwyższy w przypadku podmiotów wykorzystujących zestandaryzowane kontenery, które na ogół mogą być przewiezione zarówno koleją, jak i samochodami w sposób niewymagający zaangażowania wysoce specjalistycznego sprzętu (Notteboom, 2009, s. 3–9). Każde postępowanie wymaga jednak oceny *ad casum* uwzględniającej między innymi uwarunkowania geograficzne, istniejąca infrastrukturę drogowo-kolejową, rodzaj przewożonych towarów⁸.

Ocena czy rzeczywiście inne rodzaje transportu stanowią realną alternatywę opiera się na tzw. teście hipotetycznego monopolisty, określanym również akronimem SSNIP (*Small but*

³ Zwłaszcza że wiele przedsiębiorstw zajmujących się organizacją łańcuchów logistycznych i działających w ramach multimodalnego transportu kurierskiego (*rapid-delivery systems*) posiada w swojej strukturze spółki-córki działające w różnych gałęziach transportu.

⁴ Stosowana jest także nazwa „błąd celofanowy”. W języku angielskim stosuje się zamiennie określenia *Cellophane Fallacy* i *Cellophane Trap* i, nieco rzadziej, *Cellophane Paradox*.

⁵ Wyr. SN USA z 11.11.1955 r. w sprawie *U.S. v. E. I. du Pont* 351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994, 100 L.Ed.1264.

⁶ Analizując rozumowanie SN. Richard Posner zauważył, że stwierdzenie substytucyjności produktów przy określonym (abstrakcyjnym) poziomie cen nie jest tożsame ze stwierdzeniem takiej substytucyjności przy konkurencyjnym poziomie cen. W ten sposób nie tylko nie można dokonać istnienia monopolu, a wręcz przeciwnie, taka substytucyjność przy przyjęciu nierynkowych cen może być właśnie symptomem istnienia monopolu. Autor skonkludował, że istnienie powyższych zależności zostało całkowicie pominięte przez SN w sprawie *du Pont* (zob. Posner, 1976).

⁷ Dec. KE M.4746 – *DB/EWS*, pkt. 14-15 i M.5096 – *RCA/MAV Cargo*, pkt. 28.

⁸ Zob. analiza w dec. KE M.5480 – *DB/PCC Logistics*, pkt. 21.

Significant and Non-transitory Increase in Price)⁹, czyli badaniu czy konsumenci – w opisywanym przypadku, przedsiębiorstwa korzystające z usług firm transportowych – będą skłonne do zmiany kontrahenta w sytuacji, gdyby jego usługi podrożały (o ok. 5–10%) (Lewis, Gore, Detmers i Lofaro, 2013, s. 33–34; Peeperkorn i Verouden, 2014, s. 45–46)¹⁰. Jeżeli taka podwyżka doprowadziłaby „istotną” liczbę podmiotów do zmiany dostawcy usług – do skorzystania z innej gałęzi transportu – wówczas te rodzaje transportu są wzajemnie substytucyjne i stanowią elementy jednego (relevantnego) rynku produktowego (Lewis, Gore, Detmers i Lofaro, 2013, s. 35–35; Peeperkorn i Verouden, 2014, s. 45–46)¹¹.

Wspomniany test ma swoje ograniczenia. Dokładność rezultatów zależy w dużym stopniu od tego czy na rynku badanym na potrzeby kontroli koncentracji ceny utrzymywały się na poziomie konkurencyjnym (Stehmann, Zenger, 2011, s. 461–462). Jest to okoliczność stanowiąca komplikację dla organów dokonujących analizy rynku w zasadzie w każdym sektorze, gdyż, sygnalizując późniejszą, bardziej szczegółową analizę, dopuszczalność koncentracji uzależniona jest od tego czy dana operacja nie prowadzi do „istotnego zaburzenia skutecznej konkurencji”¹². Ocena *implicit*, dosyć wyraźnie bazuje na w praktyce często kontrfaktycznym założeniu, że rynek przed koncentracją jest w pełni konkurencyjny lub przynajmniej, że istniejący poziom konkurencji powinien być utrzymany (jako poziom pożądany)¹³. Tymczasem w relatywnie niedawno zliberalizowanych sektorach sieciowych owe założenie jest problematyczne, gdyż, jak zostało wspomniane w słowie wstępnym, z reguły istnieje dominujące przedsiębiorstwo, którego silna pozycja stanowi pozostałość przedliberalizacyjnego statusu monopolisty (Stehmann i Zenger, 2011, s. 461)¹⁴.

Wówczas dominujący publiczny operator kolejowy boryka się z bardzo niewielką presją konkurencyjną ze strony nowych uczestników rynku i odpowiedzi na pytanie: czy byłyby skłonne zmienić dostawcę usług logistycznych, udzielane przez przedsiębiorstwa podczas badań rynku prowadzonych przez KE, są niczym więcej niż rozważeniem czysto teoretycznego scenariusza „co by było gdyby”¹⁵. O ile bowiem wola skorzystania z usług hipotetycznego, konkurencyjnego przedsiębiorstwa z innej gałęzi transportu (drogowego) istnieje, o tyle szansa, że taki podmiot rzeczywiście pojawi się na rynku z wystarczająco konkurencyjną ofertą i porównywalną skalą

⁹ Test stosowany jest we wszystkich sferach, gdzie zastosowanie znajduje prawo konkurencji, nie tylko w transporcie kolejowym. Zob. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. UE 1997 C 372/5).

¹⁰ To czy dana podwyżka jest „istotna”, czy też nie zależy od konkretnego sektora. Dlatego wskazany przedział procentowy należy traktować jako orientacyjny.

¹¹ Należy odnotować, że choć metoda SSNIP jest szeroko stosowana przez Komisję i generalnie uznawana za odpowiednie narzędzie analityczne, bywa krytykowana jako mogąca dać błędne rezultaty zwłaszcza w kontekście praktycznych trudności z wyznaczeniem poziomu cen uznawalnego za istotny na potrzeby testu (zob. Bishop i Walker, 2002, s. 98; Farrell i Shapiro, 2010).

¹² Zob. paragraf III niniejszego opracowania.

¹³ W sytuacji, gdy poziom konkurencji na rynku jest suboptymalny z perspektywy władz publicznych, teoretycznie regulator akceptując tylko te relacje między przedsiębiorstwami, które zwiększają ogólną konkurencyjność branży, może wpływać na rynek, stopniowo poprawiając jego ogólną konkurencyjność. Można się dopatrywać pewnej logicznej poprawności w takim stwierdzeniu, natomiast w obszarze kontroli koncentracji jest ono zupełnie nierealne. Łączenie się konkurujących wcześniej przedsiębiorstw praktycznie zawsze nieść będzie ze sobą obniżenie konkurencji. W takim wypadku, zakładając, że początkowy poziom konkurencji na rynku jest niepożądany, poprzez uzależnienie zgody na operację koncentracyjną od wdrożenia przez strony zobowiązań (zastosowania remediów) regulator może próbować kształtować pożądany poziom konkurencyjności i optymalną strukturę rynku, co jest ryzykowne, gdyż dokonuje się to arbitralnie, przy zastosowaniu mechanizmów nakazowych. Ocena zatem wpływu na konkurencję badanej operacji w sytuacji, gdy *a priori* konkurencja w sektorze nie jest optymalna, zawsze będzie kontrowersyjna, tak samo jak reakcja regulatora na dane działanie, które to podlegać będzie w pierwszym rzędzie ocenie w kategoriach politycznych, a w drugim – w kontekście relacji zastosowanych środków prawnych do zamierzonych (politycznych) celów.

¹⁴ W większości krajów europejskich siła rynkowa dominującego operatora kolejowego (będącego wcześniej państwowym monopolistą) oscyluje w okolicach 90%.

¹⁵ W kwestionariuszu wykorzystywanym przez KE, podczas badania rynku na potrzeby prowadzonych postępowań, przedsiębiorstwa są pytane czy rozważyłyby zmianę dostawcy usług transportowych, gdyby usługi obecnie wykorzystywanego przedsiębiorstwa podrożały.

oferowanych usług, praktycznie nie ma¹⁶. Potencjalnie konkurencyjny sektor transportu drogowego jest bardziej rozdrobniony, przez to działające na nim przedsiębiorstwa nie posiadają analogicznego potencjału przewozowego, jak publiczny przewoźnik kolejowy¹⁷. Stanowi to modelowy wręcz przykład wspomianej „pułapki celofanowej”, gdzie scenariusz oparty na logicznie poprawnym, ale zupełnie teoretycznym wywodzie, prowadzi do fałszywego wniosku istnienia realnej konkurencji międzygałęziowej¹⁸. Konsekwencją przyjęcia na potrzeby kontroli koncentracji powyższego błędnego założenia będzie bardziej permissywne podejście do łączenia się i przejmowania kontroli nad przedsiębiorstwami kolejowymi¹⁹.

Mimo pewnych wątpliwości odnośnie do stopnia konkurencji międzygałęziowej i generalnie spadającego odsetka towarów przewożonych koleją (w stosunku do innych rodzajów transportu, zwłaszcza drogowego), dane pokazują, że wzrost konkurencji wewnątrzgałęziowej w wyniku liberalizacji prowadzi do zauważalnej poprawy jakości usług i obniżki ich ceny (Nash, 2007, s. 25)²⁰. Nawet jeśli, jak w opisywanej sytuacji, jedno z aktywnych na rynku przedsiębiorstw jest zdecydowanie większe od pozostałych. Mimo dysproporcji siły rynkowej, działalność mniejszych przedsiębiorstw jest wystarczająca dla wywarcia presji konkurencyjnej na dominanta, sprawiając, że rynek pozostaje sporny (Wiegmans i Donders, 2007, s. 19 i 30; Nash, 2007, s. 46).

Podsumowując, powyższe zjawisko ma dwa aspekty: Z jednej strony wyraźnie wskazuje, że w relatywnie niedawno zliberalizowanym sektorze pojawienie się nawet niewielkich nowych uczestników jest w stanie spowodować presję konkurencyjną wystarczającą dla zauważalnej obniżki cen i poprawy warunków oferowania. Z drugiej zaś – obserwowalna wola przedsiębiorstw korzystających z transportu kolejowego do rozważenia alternatywnej oferty z innych gałęzi transportu utrudnia precyzyjne wyznaczenie rynku relewantnego. „Pułapką celofanową” jest w tym wypadku nadreprezentowanie wpływu konkurencji międzygałęziowej jako oferty w pełni substytucyjnej (Stehmann i Zenger, 2011, s. 463).

III. Koncepcja istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji

Ocena koncentracji na podstawie rozporządzenia 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstwa bazuje na normatywnym standardzie „skutecznej konkurencji”²¹. Test czy nie doszło do „znaczącej przeszkody skutecznej konkurencji” (określany akronimem SIEC – *Significant Impediment of Effective Competition*) składa się z trzech elementów: 1) oceny zmiany konkurencyjności na rynku/rynkach relewantnych dla danego postępowania; 2) oceny zmiany konkurencyjności na rynkach równoległych i 3) oceny wpływu zmian na sytuację konsumentów – odbiorców końcowych (Dudzik, 2010, s. 31). Znacząca przeszkoda często utożsamiana jest z powstaniem lub umocnieniem pozycji dominującej (indywidualnej lub kolektywnej), natomiast art. 2 rozporządzenia

¹⁶ Dotyczy to zwłaszcza dużych potrzebujących dużego potencjału przewozowego i/lub zintegrowanego łańcucha logistycznego. W takiej sytuacji nawet gdyby na rynku była obecna większa liczba relatywnie niewielkich przedsiębiorstw transportowych, to żadne z nich nie byłoby technicznie sprostac oczekiwaniami kontrahenta w zakresie usług przewozowych.

¹⁷ Dotyczy to szczególnie tych przedsiębiorstw, które chcą przetransportować ładunki wymagające specjalnie dostosowanego taboru i/lub infrastruktury załadunkowo-rozładunkowej.

¹⁸ Istnienie ryzyka zostało dostrzeżone przez KE w dec. M.5096 - *RCA/MAV Cargo*, pkt. 22. Komisja bazowała w znacznym stopniu na doświadczeniach liberalizacji transport kolejowego w Stanach Zjednoczonych szczegółowo opisanych w: Winston, 2005.

¹⁹ Zastosowanie testu SIEC wykazałoby wtedy, że presja konkurencyjna wywierana na przedsiębiorstwa branży kolejowej przez przewoźników drogowych będzie wystarczająca dla utrzymania konkurencyjnego poziomu cen, przez co koncentracja wewnątrz tytułowego sektora nie doprowadzi do „istotnego zaburzenia skutecznej konkurencji”. Zob. pkt. III niniejszego opracowania.

²⁰ Zjawisko szczególnie zauważalne w Niemczech, Szwecji i Wielkiej Brytanii.

²¹ Por. w związku z tym Motyw 25 rozporządzenia 139/2004. oraz dec, KE z 26.04.2006 r. w sprawie M.3916 – *T-Mobile Austria/Tele.ring* (Dz. Urz. UE 2007 L 88/44).

139/2004 mówi, iż taka sytuacja stanowi jedynie szczególny przykład i istotny wskaźnik istnienia zakłócenia, nie zaś przesłankę samoistną. Wypełnienie negatywnej przesłanki nastąpić więc może również bez powstania pozycji dominującej (Dudzik, 2010, s. 31; Bishop i Walker, 2010, s. 32 i n.). Rozporządzenie 139/2004 nie definiuje dominacji, ale na potrzeby oceny operacji koncentracyjnych inkorporuje się dorobek dotyczący interpretacji tego pojęcia wypracowany na gruncie stosowania art. 102 TFUE (Kokkoris i Shelanski, 2014, s. 265; Rosenthal i Thomas, 2010, s. 133).

W opisywanym sektorze dominacja głównego krajowego przedsiębiorstwa kolejowego (byłego monopolisty) istniała już w momencie rozpoczęcia liberalizacji sektora, ocena musi się zatem skupiać na tym czy badana operacja koncentracyjna nie doprowadzi do umocnienia tej pozycji i nie będzie przeciwdziałać wejściu na rynek nowych uczestników.

Ogólne zasady badania koncentracji zawarte w rozporządzeniu 139/2004 zostały dodatkowo skonkretyzowane w *Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*²². Oceniając prognozowane efekty badanej koncentracji, KE analizuje z jednej strony skutki działań nowopowstałego podmiotu (lub grupy zachowującej się jak jeden organizm gospodarczy) – tzw. skutków nieskoordynowanych oraz możliwość przyszłego współdziałania aktywnych na rynku przedsiębiorstw w skutek sfinalizowania koncentracji – tzw. skutków skoordynowanych (Szczodrowski, 2015, s. 176 i 187). Można, z uwzględnieniem sformułowanego zastrzeżenia przyjąć, że pierwsza z kategorii będzie najczęściej określała powstanie indywidualnej dominacji, podczas gdy druga – dominacji kolektywnej (Kokkoris, Shelanski, 2014, s. 263)²³.

Komentarza wymaga mechanizm występowania skutków skoordynowanych. Gdy na rynku aktywna jest relatywnie niewielka liczba podmiotów, zwłaszcza gdy ów rynek ma strukturę oligopolistyczną, przedsiębiorstwa mogą dojść do wniosku, że działania agresywne czy dążące do przejścia kontrahentów konsumenta są bezcelowe (brakuje bowiem gwarancji sukcesu), dlatego korzystniejszym jest faktyczne zaprzestanie konkurowania (Lewis, Gore, Detmers i Lofaro, 2013, s. 318–321; Kokkoris i Shelanski, 2014, s. 265–272; Rosenthal i Thomas, 2010, s. 194–197)²⁴. Mechanizm niesformalizowanej koordynacji prowadzący do paralelizmu polityk cenowych może być trwały w sytuacji współzależności uczestników rynku, gdy dla przedsiębiorstw krótkoterminowa korzyść uzyskana w wyniku przerwania koordynacji będzie mniejsza niż długoterminowa strata powstała na skutek takiego działania (Lewis, Gore, Detmers i Lofaro, 2013, s. 321–326; Kokkoris i Shelanski, 2014, s. 262; Szczodrowski, 2015, s. 55–57)²⁵. Czynnikiem sprzyjającym trwałości mechanizmu koordynacji jest istnienie mechanizmu „odwetu” pozostałych uczestników zmowy w momencie zmiany zachowania jednego przedsiębiorstwa. W sektorze transportu kolejowego, gdzie najczęściej istnieje dominujące przedsiębiorstwo, wspomniany mechanizm występuje, ponieważ z jednej strony pozostali operatorzy mogą nie być zainteresowani konkurowaniem ze znacznie większym przedsiębiorstwem, z drugiej zaś – reakcja dominanta może być dotkliwa. Dla

²² Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE z 05.02.2004 r., C 31/5.

²³ Por. Wytyczne w sprawie horyzontalnej koncentracji, pkt. 39. Należy odnotować, że stosując art. 102 TFUE do dominacji kolektywnej konieczne jest wykazanie, że zaangażowane przedsiębiorstwa aktywnie kooperują, podczas gdy skoordynowane skutki koncentracji mogą wystąpić, gdy przedsiębiorstwa, bez łączności ze sobą, indywidualnie zrezygnują z podejmowania agresywnych działań konkurencyjnych.

²⁴ Wytyczne w sprawie horyzontalnej koncentracji, pkt. 30 i 43; Zob także orzeczenie T-342/99 DEP, *Airtours*, pkt. 61 i wykładnia zastosowana w decyzji KE COMP/M.3333 — *Sony/BMG*, Dz. Urz. UE z 16.04.2008 r., C 94/19 zwłaszcza pkt. 19 i 534.

²⁵ Według modelu Cournota przedsiębiorstwa działające na rynkach oligopolistycznych ustalają wysokość swojej produkcji, bazując na poziomie produkcji pozostałych uczestników rynku, co stanowi czynnik sprzyjający faktycznej koordynacji bez konieczności porozumienia między uczestnikami.

istnienia mechanizmu koordynacji konieczne jest dodatkowo, by na rynku istniała pewna przejrzystość pozwalająca uczestniczącym w zmowie przedsiębiorstwom zorientować się czy koordynacja jest zachowywana (Lewis, Gore, Detmers i Lofaro, 2013, s. 321–326).

IV. Eliminacja potencjalnej konkurencji

Zasygnalizowaną we wstępie okolicznością stanowiącą główny wyznacznik podejścia do kontroli koncentracji w nowo zliberalizowanych sektorach jest konieczność ochrony rynku przed działaniami istniejącego dominanta dążącego do utrzymania swojej pozycji. Istnienie pożądanej, z punktu widzenia regulatora, presji konkurencyjnej na rynku o naszkicowanej charakterystyce wynika z dużej mierze z samej możliwości pojawienia się nowego operatora. Zgodnie z dobrze zbadanym mechanizmem teorii rynków spornych, działające przedsiębiorstwo, licząc się z możliwością wejścia nowego konkurenta, utrzymuje swoje ceny na konkurencyjnym poziomie (Baumol, Panzar i Willig, 1982, s. 290–293; Lewis, Gore, Detmers i Lofaro, 2013, s. 372–374).

Przyjęcie samej możliwości wejścia na rynek jako stanu podlegającego ochronie przez organy ochrony konkurencji było do pewnego stopnia „wymuszone” przez sytuację, gdzie stosunkowo niedawno przeprowadzona liberalizacja nie doprowadziła jeszcze do wejścia nowych, silnych konkurentów. Podejście było zauważalne w szeregu postępowań przed Komisją Europejską zwłaszcza *Deutsche Bahn/EWS*, *Deutsche Bahn/Transfesa*, *RCA/MAV Cargo* i *Deutsche Bahn/PCC*²⁶. Mimo wyraźnego ukierunkowania podejścia w stronę ochrony konkurencyjności, w rzeczywistości prezentowana interpretacja obarczona jest błędem metodologicznym, który wypacza oryginalną intencję Komisji. Wiąże się bowiem z faktycznym przyznaniem niemal *carte blanche* dominantowi, gdyż ten może utrzymywać, że działa w stale konkurencyjnym środowisku, ponieważ wyznacznikiem tej konkurencyjności jest sama możliwość pojawienia się nowego operatora. Tymczasem prawdopodobieństwo skutecznego wejścia może faktycznie być znikome. Problem został dostrzeżony przez Sąd Unii Europejskiej (dalej: Sąd) w rozstrzygnięciu *European Night Services* (dotyczącym kolejowego transportu pasażerskiego), który zdecydowanie skrytykował interpretację KE jako „niepopartą żadnymi dowodami”²⁷. Sąd stwierdził, że sama teoretyczna możliwość, iż nowy uczestnik może wejść na rynek nie jest wystarczająca bez przedstawienia konkretnych dowodów na prawdopodobieństwo tego scenariusza²⁸. Dodatkowo Sąd zwrócił uwagę, że nawet jeśli pojawi się nowy uczestnik rynku, wcale nie musi być konkurentem dla obecnych już wcześniej podmiotów²⁹.

²⁶ Dec. KE y 18.03.2008 r. w sprawie COMP/M.4786 — *Deutsche Bahn/Transfesa* (Dz. Urz. UE 2008 C 137/6); M.5096 — *RCA/MAV Cargo*; M.5480 — *DB/PCC Logistics*; M.4746 — *DB/EWS*.

²⁷ Linia interpretacji konsekwentnie stosowana w orzecznictwie Trybunału i Sądu, które podkreślały, że konieczne jest bazowanie na ocenie konkretnej sytuacji rynkowej i okoliczności specyficznych danej sprawy, krytykując tym samym podejście Komisji, gdzie ocena dokonywana jest w oparciu o pewien abstrakcyjny mechanizm. Zob. orzeczenia TS z 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* (Zb. Orz. 1991 r., s. I-935); z 12.09.1995 r. w sprawie C-399/93 *H. G. Oude Luttikhuis i inni v. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA* (Zb. Orz. 1995 r., s. I-4515), pkt. 10 i Sądu z 16.04.1995 r. w sprawie T-148/89 *Tréfilunion SA v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1995 r., s. II-1063); z 14.05.1997 r. w sprawie T-77/94 *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV and M. Verhaar BV v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1997 r., s. II-759), pkt. 140.

²⁸ Orzeczenie Sądu z 15.09.1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1998 r., s. II-3141), pkt. 136.

²⁹ Zwraca uwagę, że sama wielkość przedsiębiorstwa długo obecnego na rynku może stanowić czynnik odstraszcający potencjalnych nowych uczestników rynku. Przedsiębiorstwa rozważające wejście mogą racjonalnie zakładać, że nie będą w stanie wytrzymać konkurencji ze strony obecnego na rynku przedsiębiorstwa, jeśli to zdecyduje się na zaostrzenie rywalizacji zwłaszcza cenowej. Mechanizm odstraszenia działa nawet jeśli przedsiębiorstwo długo obecne na rynku nie podejmowało w przeszłości działań wymierzonych w konkurentów.

Zdaniem Sądu, modelowe podejście do badania rynku na potrzeby kontroli koncentracji w tytułowym sektorze powinno uwzględnić: ocenę istnienia prawdopodobieństwa czy możliwość rozpoczęcia konkurencji przez istniejący podmiot wywiera wystarczającą presję konkurencyjną na uczestnika koncentracji, a w sytuacji gdy to przedsiębiorstwo ma uczestniczyć w operacji koncentracyjnej, czy gdyby ta nie doszła do skutku, to stałoby się realnym konkurentem na danym rynku³⁰.

Jednym z głównych zagrożeń dla rynku są koncentracje z udziałem głównych konkurentów (Lewis, Gore, Detmers i Lofaro, 2013, s. 370–371)³¹. W opisywanym sektorze, gdzie ów „główny konkurent” jest na ogół znacznie mniejszy niż dominujący publiczny operator kolejowy, ocena wpływu operacji koncentracyjnej na rynek musi w znacznym stopniu bazować na ocenie presji konkurencyjnej wywieranej przez samą możliwość rozpoczęcia konkurencji, nie zaś realną, obecną skalę konkurencji.

W sytuacji gdy główny, realny lub potencjalny, konkurent najsilniejszego przedsiębiorstwa ma uczestniczyć w koncentracji, ocena obejmuje sprawdzenie czy po sfinalizowaniu operacji na jego miejscu może pojawić się nowy operator, który pozwoli na utrzymanie presji konkurencyjnej na rynku³². Samo istnienie dużego prawdopodobieństwa wejścia na rynek nowego przedsiębiorstwa nie jest tożsame z założeniem, że rozpocznie ono efektywne konkurencje z aktywnymi wcześniej podmiotami³³.

Ocena możliwości zaistnienia przedstawionej sytuacji wejścia nowego konkurenta zależy od istniejących barier wejścia. W tytułowym sektorze obecni na rynku przedsiębiorcy mają „naturalną” przewagę wynikającą z następujących czynników:

- 1) na ich korzyść działa dobra znajomość rynku lokalnego oraz doświadczenie i know-how gromadzone przez wiele lat działalności;
- 2) publicznoprawny przewoźnik kolejowy oferuje (bądź oferował) przewozy międzynarodowe i posiada doświadczenie oraz znajomość także rynków zagranicznych bez fizycznej na nich obecności, dzięki datowanej sprzed liberalizacji współpracy z „narodowymi” operatorami z innych krajów; dysponuje znacznymi zasobami materialnymi, zwłaszcza taboru, którego nabycie stanowi główny wydatek w przypadku wejścia na rynek, i koszty utopione, gdyby to wejście okazało się nieudane³⁴; rozbudowany park maszynowy pozwala ponadto na realizację szerszej palety zamówień, w szczególności zleceń wymagających specyficznego typu taboru³⁵;
- 3) wspomniane przedsiębiorstwo posiada już rozbudowaną sieć kontrahentów i stanowi rozpoznawalną markę (Stehmann i Zenger, 2011, s. 471)³⁶;

³⁰ Orzeczenie Sądu w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 *European Night Services*, pkt. 137.

³¹ Analogiczne stanowisko znajduje się w Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2004 C 31/5), pkt. 28–30.

³² Zob. dec. KE z 13.10.1999 r. w sprawie IV/M.1439 – *Telia-Telenor* (Dz. Urz. UE 2001 L 40/1), pkt. 330–331; z 22.11.1999 r. w sprawie IV/M.1681 – *Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet* (Dz. Urz. UE 2000 C 11/5), pkt. 64; z 18.01.2000 r. w sprawie IV/M.1630 – *Air Liquide/BOC* (Dz. Urz. UE 2004 L 92/1), pkt. 219; z 07.02.2001 r. w sprawie M.1853 – *EDF/EnBW* (Dz. Urz. UE 2002 L 59/1) pkt. 54–64.

³³ Orzeczenie Sądu w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 *European Night Services*, 136–137.

³⁴ Należy odnotować, że zwłaszcza zakupiony tabor traktowany jest zasadniczo w kategorii kosztów utopionych. W sytuacji gdy dominujący przewoźnik państwowy posiada niewykorzystany potencjał przewozowy, czyli duże rezerwy niewykorzystanego taboru, wówczas działa to jako mechanizm odstraszania wobec nowego uczestnika, który chcąc wejść, zmuszony byłby dokonać inwestycji w tabor.

³⁵ Do tego dzięki kooperacji czy horyzontalnej integracji może zaoferować bardziej zaawansowane rozwiązanie logistyczne obejmujące cały łańcuch dostaw obejmujących usługi w różnych gałęziach transportu.

³⁶ Powyższa okoliczność może działać na niekorzyść, jeśli przedsiębiorstwo ma złą reputację, co ma miejsce zwłaszcza w przypadku przedsiębiorstw z krajów postkomunistycznych lub postsowieckich.

- 4) dominujący operator, dzięki synergetycznemu efektowi ekonomii skali, będzie w stanie zaoferować korzystniejsze warunki taryfowe niż mniejszy operator (Begg, Fisher i Dornbush, 2003, s. 45–47).

Ponadto w każdym sektorze sieciowym poza stricte ekonomicznymi i prawnymi barierami dochodzi czynnik techniczny wynikający z parametrów technicznych infrastruktury niezbędnej dla prowadzenia danej działalności, a przede wszystkim z kwestii dostępu do niej (Finger i Messulam, 2015, s. 275–301). Mimo stałego postępu dokonującego się w tej dziedzinie, sieci kolejowe w Unii Europejskiej nie osiągnęły jeszcze pełnego poziomu interoperacyjności (Finger i Messulam, 2015, s. 275–301)³⁷. Możliwość zastosowania taboru będącego w dyspozycji przedsiębiorstw jest więc ograniczona i wyklucza ekspansję na niektóre rynki bez konieczności poniesienia znacznych inwestycji początkowych.

V. Eliminacja istniejącej konkurencji

Wspomniany fakt, że „narodowi” operatorzy kolejowi posiadali początkowo monopol na operacje na terenie macierzystego kraju, sprawił, że operacje transgraniczne wiązały się z koniecznością nawiązania współpracy z przewoźnikiem z krajów trzecich – również monopolistami na swoich macierzystych rynkach. Tworzyło to symbiotyczny system współzależności (Finger i Messulam, 2015, s. 138 i n.; Stehmann i Zenger, 2011, s. 466). Więzy współpracy generalnie przetrwały liberalizację, dlatego ocena wpływu proponowanej operacji koncentracyjnej na istniejącą konkurencję jest stosunkowo mniej istotna niż badanie wpływu na potencjalną, przyszłą konkurencję. Na obecnym etapie konkurencyjność rynku nie jest na poziomie pożądanym z punktu widzenia przeprowadzanej liberalizacji, dlatego ochronie podlega przede wszystkim pewna ekspektatywa konkurencji³⁸. Innymi słowy, chroni się przesłanki procesu konkutowania, które umożliwią w przyszłości realizację celów deregulacji (Stehmann i Zenger, 2011, s. 466–467).

Powyższe okoliczności sprawiają, że przy ocenie skutków planowanej koncentracji może się okazać, iż konkurencja między przewoźnikami występuje, nawet jeśli ich siatki się nie pokrywają (Stehmann i Zenger, 2011, s. 467–468). Może to wystąpić w dwóch sytuacjach. w pierwszym scenariuszu, gdy przedsiębiorstwa kontrolują paralelne, ale rozdzielne sieci (tory) mające te same punkty terminalne (np. port czy duży zakład produkcyjny lub wydobywczy). O ile tego typu sytuacja występuje na obu kontynentach amerykańskich, gdzie przewoźnik (właściciel taboru) jest jednocześnie właścicielem torów, o tyle w Unii Europejskiej zasadniczo infrastruktura kolejowa należy do publicznego operatora obciążonego obowiązkiem udostępnienia tzw. infrastruktury kluczowej, dlatego konkurencja międzysieciowa (*inter-network*) generalnie nie występuje (de Broca, Mielecka Riga i Subočs, 2014, s. 1835–1837; Winston 2005). Realnym scenariuszem w warunkach europejskich jest konkurencja na trasach mających te same punkty początkowe i końcowe, ale do których można (w podobnym czasie) dotrzeć w różny sposób (*intra-network*) (Notteboom,

³⁷ Wymogi interoperacyjności zostały sformułowane w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie (Dz. Urz. UE 2008 L 191/1). Najnowsza zmiana aktu została dokonana przez Dyrektywę Komisji 2014/106/UE z dnia 5 grudnia 2014 r. zmieniająca załączniki V i VI do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie (Dz. Urz. UE 2014 L 355/42).

³⁸ Nie znaczy to, że w sektorze w ogóle nie występują „proste” zagrożenia konkurencji, gdzie uczestnicy planowanej operacji koncentracyjnej posiadają pokrywające się siatki i oferują porównywalny katalog usług. Referencyjny przykład stanowi stan faktyczny sprawy *TLP/Ermewa*. Decyzje KE z 22.01.2010 r. w sprawie M.5579 – *TLP/Ermewa* (Dz. Urz. UE 2010 C 60/1).

2009, s. 10–16). W Europie infrastruktura kolejowa jest na tyle gęsta, że wystąpienie drugiego z opisywanych scenariuszy jest bardzo prawdopodobne³⁹.

Dodatkowo konieczne staje się uwzględnienie dystynkcji między rynkiem *downstream*, który w tym przypadku obejmuje działalność polegającą na organizacji zintegrowanej usługi transportowej (*freight forwarding*), a rynkiem *upstream*, który obejmuje sam przewóz towarów drogą kolejową⁴⁰. Istota rozróżnienia wynika z multimodalności transportu, gdzie konkurencyjne oferty rozwiązań logistycznych mogą składać się z różnych konfiguracji poszczególnych usług transportowych. Innymi słowy, gdyby przyjąć perspektywę strony popytowej, czyli spojrzeć na kwestię z perspektywy podmiotu chcącego przetransportować towary z punktu A do punktu B, wówczas, gdy staje on przed wyborem ofert porównywalnych pod względem ceny, czasu i innych parametrów, jest dla niego irrelewantne jaką dokładnie trasą czy z ilu, jakich i w jakiej sekwencji usług transportowych zlecona usługa została wykonana (Notteboom, 2009, s. 10–16)⁴¹.

Nie można jednak naszkicowanej powyżej prawidłowości interpretować jako pełnego rozgraniczenia rynków *upstream* i *downstream*. Należy bowiem zauważyć, że w przypadku przewozu niektórych towarów (zwłaszcza masowych) kolej jest optymalnym środkiem (Finger i Messulam, 2015, s. 4 i n.). Dlatego, szczególnie w przypadku operacji o dużym wolumenie, proces przewozowy właściwie nieuchronnie będzie obejmował szerokie wykorzystanie transportu szynowego⁴². W związku z tym podaż na rynku *upstream* w bezpośredni sposób determinuje pozycję konkurencyjną (a więc także potencjał przewozowy i warunki oferowania) przedsiębiorstw sektora *downstream* (Stehmann i Zenger, 2011, s. 467). W kontekście stosowania przepisów kontroli koncentracji potwierdza to prawidłowość, że konkurencja między przewoźnikami (a więc w sektorze *upstream*) może występować bez pokrywających się siatek połączeń jak również, że rzeczywisty wpływ operacji może manifestować się na rynkach powiązanych (Stehmann i Zenger, 2011, s. 468).

Oceniając skutki koncentracji w tytułowej branży, należy ponadto uwzględnić okoliczność, że istotna część operacji ma charakter usług świadczonych na rzecz przemysłu. Wykonywane przewozy cechują się więc dużym wolumenem, regularnością i stałością tras, stanowią bowiem ogniwa łańcucha dostaw/dystrybucji dla działających zakładów produkcyjnych (Dennis i Talley, 2007, s. 183). Taki „produkt” logistyczny specyficznie dostosowany do potrzeb przedsiębiorstwa może w ogóle nie być konkurencyjny sam w sobie, gdyż przedsiębiorstwa mogą być współzależne, co z kolei może wynikać z wysoce specjalistycznego charakteru działalności, niedostępnego komercyjnie na rynku u konkurencji. Innymi słowy, przedsiębiorstwo kolejowe może być jedynym, które jest w stanie technicznie i operacyjnie spełnić oczekiwania danego producenta (Stehmann i Zenger, 2011, s. 468).

W takiej sytuacji można argumentować, że koncentracja z udziałem przedsiębiorstwa kolejowego „mocno związanego” z konkretnym producentem/dystrybutorem innego sektora nie powoduje żadnego zaburzenia konkurencji na rynku, gdyż rynki relewantne, na których aktywni są uczestnicy

³⁹ Referencyjny przykład stanowią okoliczności sprawy T-229/94 *Deutsche Bahn*, która dotyczyła transportu kolejną kontenerów przetransportowanych drogą morską do portów w Rotterdamie i Antwerpii, gdzie za w pełni substytucyjne i przez to stanowiące część jednego rynku zostały uznane transport drogowy i wodny, śródlądowy.

⁴⁰ Przykładowo w decyzji M.5096 – *RCA/MAV Cargo* Komisja uznała, że wszystkie usługi, które nie są samym fizycznym przewozem towarów stanowią rynki odrębne. Z kolei w decyzji M.5480 – *DB/PCC Logistics* za odrębny rynek zostały uznane usługi magazynowe świadczone przez przewoźnika na potrzeby klientów korzystających z usług transportowych.

⁴¹ Jest to konkluzja, która *implicite* została sformułowana w cytowanym orzeczeniu T-229/94 *Deutsche Bahn*.

⁴² To nie jest kwestia technicznej możliwości tylko parametrów cenowych transportu, gdzie w przypadku kolei stosunek wolumenu do ceny jest najkorzystniejszy. To czy transport wodny, śródlądowy stanowi realną alternatywę determinowane jest czynnikami geograficznymi. Zob. dec. KE z 29.04.1994 r. w sprawie IV/33.941 – *HOV SVZ/MCN* (Dz. Urz. UE 1994 L 104/34).

planowanej koncentracji nie pokrywają się (Dennis i Talley, 2007, s. 183–185). Twierdzenie pozostaje prawdziwe jednak tylko wtedy, kiedy nie istnieją alternatywne źródła dostaw surowców dla producenta korzystającego z usług danego przewoźnika kolejowego⁴³. W sytuacji gdy producent jest w stanie nabyć na analogicznych warunkach surowce z innych źródeł, nie ma znaczenia, że w obecnej konfiguracji łańcucha dostaw tylko jeden dostawca jest w stanie je dostarczyć. Oczywiście do oceny pozostaje czy racjonalną ekonomicznie opcją jest zmiana źródeł surowców. Choć zaprezentowany powyżej mechanizm został dobrze zbadany w naukach ekonomicznych i jego teoretyczna słuszność nie budzi wątpliwości, rzeczywiste prawdopodobieństwo dokonania wspomnianej reorganizacji jest dyskusyjne. Jednakże potwierdza to znaczenie oceny wpływu na konkurencyjność na rynkach powiązanych w sytuacji niepokrywających się siatek uczestników przyszłej koncentracji.

VI. Podsumowanie

Zasadnicze wyzwanie, przed jakim stoi Komisja Europejska, oceniając koncentracje w obszarze kolejowego transportu towarowego, polega na tym, że mimo wprowadzanej liberalizacji, poziom konkurencji w tytułowej branży nie jest wysoki. W szczególności występuje znaczna dysproporcja wielkości aktywnych na rynku podmiotów, gdzie dominacja „narodowych” przewoźników stanowi pozostałość struktury rynku sprzed liberalizacji. Zatem punkt ciężkości oceny skupia się na umożliwieniu rozwoju przyszłej konkurencji.

Z perspektywy stosowania testu SIEC można próbować argumentować, że operacja koncentracyjna z udziałem dominującego (z reguły publicznoprawnego) przedsiębiorstwa nie doprowadzi do „istotnego zaburzenia skutecznej konkurencji”, gdyż stan rynku (z istniejącym dominującym przedsiębiorstwem) poprzedzający koncentrację już wykazywał zakłócenia konkurencji. Kontynuując zatem tę linię rozumowania, koncentracja nie powoduje żadnego „dodatkowego” zaburzenia. Powyższemu twierdzeniu nie można odmówić pewnej powierzchownej logicznej poprawności, jednak dokładniejsza analiza sytuacji rynkowej każe skłonić do wniosku, że jest błędne. Po pierwsze, choć rzeczywiście ocena zakłócenia konkurencji będzie zawsze do pewnego stopnia relatywna i oceniana w oparciu o sytuację sprzed koncentracji, to rozporządzenie 139/2004 jednoznacznie wskazuje, że przykładem owego zaburzenia jest także umocnienie pozycji dominującej.

Tworzenie równych dla wszystkich parametrów procesu konkurowania w sektorach sieciowych, gdzie występuje synergetyczny efekt skali i ekonomiczne oraz infrastrukturalne bariery wejścia są dosyć wysokie, jest trudne, gdyż nieuchronnie wiąże się z szerokim stosowaniem instrumentów nakazowych. Jest to pozornie paradoksalna konkluzja, ale w sytuacji, gdy istnieje duża dysproporcja skali profesjonalnych uczestników rynku konieczne staje się ograniczenie „swobody manewru” dominujących przedsiębiorstw, żeby z jednej strony zapobiegać wykorzystaniu przewagi (będącej w znacznej mierze pozostałością preliberalizacyjnego statusu) wobec innych uczestników rynku, z drugiej zaś – zapewnić warunki wejścia dla nowych podmiotów. Sektorowi towarowego transportu kolejowego daleko jeszcze do pełnej liberalizacji, natomiast pozytywne efekty procesu w postaci poprawy jakości usług i obniży cen są zauważalne. Wydaje się, że dosyć permissywne stanowisko Komisji wobec koncentracji w sektorze *per saldo* zdaje egzamin na tym

⁴³ Analogiczna prawidłowość występuje w przypadku dystrybucji nie tylko dostaw do zakładów produkcyjnych. Referencyjny przykład identyfikacji tego mechanizmu stanowi interpretacja dokonana na podczas badania okoliczności sprawy M.5579 – *TLP/Ermewa*, pkt 180.

etapie (mimo sygnalizowanych pewnych kontrowersji), choć proces konsolidacji wpisany w każdą branżę oligopolistyczną musi być stale monitorowany i może wymagać relatywnie szybkiej zmiany polityki regulatora.

Bibliografia

- Baumol, W.J., Panzar, J.C. i Willig, R.D. (1982). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich.
- Begg, D., Fisher, S. i Dornbush, R. (2003). *Mikroekonomia, tom 1*. Warszawa: PWE.
- Bishop, S. i Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London: Sweet & Maxwell.
- Christiansen, A. (2007). Regulation and EU Merger Control in the Liberalised Electricity Sector. W: F. Feichert, J. Haucap, K. Rommel (red.), *Competition Policy in Network Industries*. Münster: LIT Verlag.
- Christopher, M. (2016). *Logistics & Supply Chain Management (5th Edition)*. Edinburgh: Pearsons.
- de Broca, H., Mielecka Riga, M. i Subočs A. (2014). Transport. W: J. Faull, A. Nikpay (red.), *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Dennis, S. i Talley, W.K. (red.). (2007). *Railroad Economics*. Oxford, Amsterdam: Elsevier.
- Dudzik, S. (2010). *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Warszawa: Wolters Kluwer business.
- Farrel, J. i Shapiro, C. (2010). Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, 10(1).
- Finger, M. i Künnecke, R.W. (red.). (2011). *International Handbook of Network Industries: The Liberalization of Infrastructure*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Finger, M. i Messulam, P. (red.). (2015). *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Kokkoris, I. i Shelanski, H. (2014). *EU Merger Control. A Legal and Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press.
- Nash, C. (2007). Europe: Alternative Models for Restructuring. W: J. Gomez-Ibañez (red.), *Competition in the Railway Industry: An International Analysis*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Notteboom, T.E. (2009). Complementarity and Substitutability among Adjacent Gateway Ports, *Environment and Planning A*, 41(3).
- Peeperkorn, L. i Verouden, V. (2014). The Economics of Competition. W: J. Faull, A. Nikpay (red.), *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Posner, R. (1976). *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rosenthal, M. i Thomas, S. (2010). *European Merger Control*. München: C.H. Beck.
- Szczodrowski, J. (2015). *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*. Warszawa: LEX Wolters Kluwer business.
- Wiegmans, B.W. i Donders, A.R.T. (2007). Benchmarking European Rail Freight Transport Companies. *Transportation Journal*, Spring.
- Winston, C. (2005). The Success of the Staggers Rail Act of 1980. *Brookings Institution Working Paper*, 11.