

Biznes w czasie pandemii

WYTYCZNE KOMISJI EUROPEJSKIEJ

Kiedy wymiana informacji między konkurentami jest niedopuszczalna



Michał Fatek

radca prawny w Kancelarii Jacek Kosiński Adwokaci Radcowie Prawni w Warszawie



dla krajowych organów regulacyjnych, w tym polskiego Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Porozumienia i praktyki uzgodnione

Jedną z cech teoretycznego modelu idealnego rynku jest panująca na nim transparentność. Swobodny i równy dostęp do informacji gospodarczych stanowi o prawidłowości działania mechanizmów rynkowych. Z tego punktu widzenia zdawać by się mogło, że wymiana informacji gospodarczych ma pozytywny skutek konkurencyjny i nie powinna być przedmiotem zainteresowania organów antymonopolowych. W praktyce życia gospodarczego zazwyczaj jest jednak tak, że wymiana informacji, w szczególności tych dotyczących cen, planów sprzedażowych, czy zakupowych, w istotny sposób wpływa na konkurencję. Stąd jest ona często podstawą do interwencji tak krajowych, jak i europejskich organów regulacyjnych.

Stanowisko Komisji Europejskiej

Podstawowym dokumentem w zakresie oceny antymonopolowej wymiany informacji między konkurentami są opracowane przez Komisję Europejską wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych („Wytyczne”). Opracowanie to w sposób szczegółowy przedstawia problematykę wymiany informacji gospodarczych. W szczególności wskazuje ono, jakie postaci może przybrać taka wymiana oraz zawiera oszacowanie przesłanek, jakie stosowane są przez Komisję Europejską przy ocenie antymonopolowej poszczególnych praktyk przedsiębiorców.

Wskazywany dokument stanowi wytyczne, a więc akt prawa miękkiego (soft law). Nie jest to akt prawny stanowiący bezpośrednią podstawę praw i obowiązków przedsiębiorców i organów regulacyjnych w zakresie prawa konkurencji. Niemniej, stanowi on ważną wskazówkę dla przedsiębiorców pozwalającą przewidzieć, w jaki sposób przy rozpatrywaniu poszczególnych spraw zachowywać się będzie europejski organ regulacyjny.

WAŻNE!

Mimo że Wytyczne zostały opracowane przez Komisję Europejską na potrzeby działalności tego podmiotu, stanowią one również ważną wskazówkę przy wykładni prawa

W ostatnich latach różnego rodzaju stowarzyszenia branżowe i organizacje współpracy decydują się na wymianę informacji. Mogą one w imieniu przedsiębiorców zbierać, dokonywać selekcji oraz dzielić się informacjami o funkcjonowaniu różnych parametrów rynku. Czy takie działania są dozwolone?

Wytyczne wskazują, że jako delikt antykonkurencyjny wymiana informacji między konkurentami traktowana będzie wtedy, gdy będzie stanowiła samodzielną praktykę uzgodnioną, porozumienie lub decyzję związku przedsiębiorstw a nie element innego porozumienia (np. kartelu). W tym ostatnim przypadku, wymiana informacji będzie traktowana jedynie jako część szerszego porozumienia. Najczęściej będzie przy tym stanowiła dowód, że do zawarcia takiego porozumienia doszło.

WAŻNE!

Jako samodzielną postać naruszenia prawa konkurencji wymiana informacji może przybrać postać zarówno porozumienia, praktyki uzgodnionej, jak i decyzji związku przedsiębiorstw.

Stosunkowo rzadko przedsiębiorcy decydują się na stosowanie formy porozumienia, albowiem przy niej najłatwiej jest wykazać antykonkurencyjny charakter działalności przedsiębiorców. Znacznie częściej natomiast współpraca w zakresie wymiany informacji przybiera postać praktyki uzgodnionej. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) za praktykę uzgodnioną zwykło się uważać formę koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami, która wprawdzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia porozumienia we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz w wyniku której ryzyko związane z konkurencją przedsiębiorstwa świadomie zastępują praktyczną współpracą (wyrok z 4 czerwca 2009 r., C-8/08, T-Mobile Netherlands). Przedsiębiorstwa tym samym nieformalnie współpracują między sobą. Co przy tym istotne, współpraca nie musi przybierać postaci czynnej. Wystarczające jest nawet bierne zachowanie przedsiębiorcy, np. sama obecność na spotkaniu lub otrzymywanie korespondencji dotyczącej wymienianych informacji. Jedynie wyraźne oświadczenie przedsiębiorcy, że nie chce otrzymywać tych informacji, powoduje uchylenie antykonkurencyjnego zachowania tego konkretnego podmiotu (tak TSUE w wyroku z 8 lipca 1992 r., C-199/92).

W orzecznictwie TSUE przyjmuje się nawet istnienie domniemania między samym uczestnictwem (nawet biernym) w wymianie informacji a zacho-

waniem tego przedsiębiorstwa na rynku, które wywołuje lub może wywołać negatywny dla konkurencji skutek (tak cyt. wyrok z 4 czerwca 2009 r., C-8/08, T-Mobile Netherlands).

W ostatnich latach coraz częściej obserwuje się również decyzje związków przedsiębiorstw w zakresie wymiany informacji. Chodzi tu w szczególności o różnego rodzaju stowarzyszenia branżowe i organizacje współpracy przedsiębiorców. Podmioty takie mogą w imieniu przedsiębiorców zbierać, dokonywać selekcji oraz dzielić się informacjami o funkcjonowaniu różnych parametrów rynku, m.in. cen stosowanych przez przedsiębiorców. Również i tego rodzaju praktyki są co do zasady zakazane. Przykładem nielegalnej wymiany informacji za pośrednictwem organizacji branżowej była w polskich realiach głośna sprawa Polskiego Kartelu Cementowego (zob. decyzję UOKiK z 8 grudnia 2009 r., DOK-7/2009), gdzie urząd regulacyjny stwierdził zakazaną wymianę informacji między przedsiębiorstwami produkującymi cement m.in. za pośrednictwem organizacji branżowej – Stowarzyszenia Producentów Cementu.

Wreszcie należy dostrzec tak szczególne formy wymiany informacji, które następują za pośrednictwem podmiotu trzeciego, np. wspólnego dostawcy (tzw. hub and spoke agreements). O ile standardowa wymiana informacji przebiega między konkurentami (a więc w relacjach horyzontalnych), tak we wzmiankowanych tu szczególnych postaciach praktyk angażowany jest podmiot trzeci znajdujący się w relacjach wertykalnych z innymi uczestnikami praktyki, np. ich dostawcą, czy dystrybutor. Nośnikiem antykonkurencyjnych treści mogą być wtedy w szczególności takie klauzule w umowach dostawy, czy dystrybucyjnych, jak klauzula najwyższego uprzywilejowania lub klauzula adaptacji cen. Umożliwiają one bowiem bezpośrednio wymianę informacji między konkurentami (za pośrednictwem dostawcy/dystrybutora) o stosowanych cenach, czy wolumenie sprzedaży.

Zmowa i zamknięcie dostępu do rynku

Wytyczne wskazują, że wymiana informacji może przybrać dwie podstawowe postaci – zmywy oraz antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.

W przypadku zmywy przedsiębiorcy w niej uczestniczą najczęściej wymieniając informację w celu koordynacji ich zachowań, która ma mieć

skutek w szczególności w ustaleniu właściwego poziomu cen sprzedaży lub zakupu albo ustaleniu wolumenu tych wartości. Zachowanie takie ma największy antykonkurencyjny potencjał, bowiem wprost wpływa na sytuację konsumentów. Przedsiębiorcy uzgadniają między sobą ile i po jakiej cenie będą sprzedawać swoich towarów i usług. Innym celem wymiany informacji może być zwiększenie wewnętrznej stabilności rynku. Polega to na utworzeniu mechanizmów, za pomocą których uczestnicy zmywy mogą monitorować zachowania innych przedsiębiorców działających na rynku, w szczególności mogą sprawdzać, czy przedsiębiorcy ci nie odstępują od warunków zmywy.

Zmowa w zakresie wymiany informacji może wreszcie prowadzić do zwiększenia zewnętrznej stabilności rynku poprzez jego zamknięcie na przedsiębiorców, którzy dopiero chcieliby na ten rynek wejść. Wiąże się to z drugą postacią deliktu, tj. antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku.

WAŻNE!

Występująca blokada informacji w stosunku do ewentualnego konkurenta może skutecznie zniechęcić go do angażowania się w dany rynek i tym samym osłabić konkurencyjność tego rynku.

Przestanki antykonkurencyjności informacji

Analiza tego, czy wymiana informacji jest zakazana, zależy od badania struktury i charakteru dwóch podstawowych czynników. Z jednej strony jest to rynek właściwy, na którym wymiana jest dokonywana zaś z drugiej informacja będąca przedmiotem wymiany.

W zakresie rynku właściwego Wytyczne wskazują na różne przesłanki świadczące o tym, że wymiana informacji może być antykonkurencyjna. Przede wszystkim na antykonkurencyjność praktyki wymieniania informacji ma wpływ silne skoncentrowanie rynku właściwego. Na tych rynkach, na których funkcjonuje niewielu przedsiębiorców posiadających względnie wysoki w nich udział, wymiana między nimi informacji praktycznie zawsze będzie wskazywać na antykonkurencyjny charakter takiej praktyki. Tak samo w przypadku rynków produktów jednolitych osiągnięcie zakazanego efektu monopolistycznego jest łatwiejsze, niż na rynkach produktów wysoce zróżnicowanych, gdzie o koordynację w zakresie wymieniania informacji jest znacznie trudniej.

Jeżeli chodzi o charakter wymienianych informacji, to generalnie wskazania nakazują uznawać wymianę informacji zindywidualizowanych za mającą, co do zasady, antykonkurencyjny charakter, podczas gdy wymiana informacji zanonimizowanych i zagregowanych może być dopuszczalna – o ile celem przedsiębiorców decydujących się na taką wymianę nie jest osiągnięcie antykonkurencyjnego skutku. W odniesieniu do tego, z jakiego okresu wymieniane są informacje, zazwyczaj te dotyczące teraźniejszości i przyszłości (w szczególności wiążące się z przyszłą polityką cenową lub asortymentową) mają większy potencjał antykonkurencyjny, niż dane dotyczące przeszłości. W stosunku do tych ostatnich informacji podkreśla się, że wymiana danych archiwalnych (tj. danych średnio kilka razy starszych, niż średnia długość trwania umowy w danej branży) nie jest zakazana.

Wreszcie wskazuje się, że wymiana informacji ogólnie dostępnych nie jest poczytywana za mogącą powodować antykonkurencyjne skutki (tak m.in. wyrok TSUE z 30 listopada 2006 r., C-238/05, Asnef-Equifax v. Axbanc). Warunkiem jest to, by wymieniane dane były rzeczywiście jawne a koszty związane z ich gromadzeniem samodzielnie przez przedsiębiorcę nie były wyższe, niż w sytuacji uczestniczenia w zbiorowym systemie wymiany danych.

Wyjątki w zakresie dopuszczalności wymiany

W niektórych sytuacjach wymiana informacji będzie dopuszczalna na podstawie jakościowych wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Będą to takie porozumienia, które jednocześnie:

- przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego,
- zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści,
- nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów oraz
- nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. Ciężar udowodnienia tych przesłanek spoczywa na przedsiębiorcach

uczestniczących w wymianie informacji.

Dodatkowe wyłączenia związane z pandemią

Aktualnie polem, na którym może dochodzić do wymiany informacji w szerszym zakresie, jest współpraca w sektorze zdrowia w związku z usuwaniem skutków niedoborów podstawowych produktów i usług w czasie pandemii COVID-19. W oparciu o Tymczasowe ramy na potrzeby oceny kwestii antymonopolowych dotyczących współpracy między przedsiębiorstwami w odpowiedzi na pilne sytuacje wynikające z obecnej pandemii COVID-19 Komisja Europejska opracowała specjalną procedurę nieformalnych konsultacji (za pośrednictwem specjalnie ku temu dedykowanej skrzynki e-mail) w zakresie współpracy przedsiębiorców w sektorze zdrowia.

Powyższy dokument przewiduje w zakresie wymiany informacji, że przedsiębiorcy z sektora zdrowotnego mogą powierzyć stowarzyszeniu branżowemu, niezależnemu doradcy lub niezależnemu organowi publicznemu zadania w zakresie gromadzenia zagregowanych (niezindywidualizowanych) informacji na temat luk w podaży oraz przekazywanie tych zagregowanych informacji przedsiębiorcom w celu ustalenia, czy przedsiębiorcy ci mogą wypełnić dostrzeżoną lukę podaży.

Dodatkowo, przedsiębiorcy mogą wymieniać między sobą informacje w celu koordynacji produkcji poszczególnych rodzajów leków – tak, aby poszczególne przedsiębiorstwa nie dublowały się w zakresie wytwarzania konkretnego środka medycznego. Warunkiem uznania legalności takich praktyk jest łączne spełnienie trzech podstawowych warunków. Po pierwsze, przyjęte środki muszą mieć wyłącznie niezbędny charakter i nie mogą wykraczać poza to, co jest obiektywnie konieczne dla osiągnięcia celu w postaci optymalnej alokacji mocy produkcyjnych. Po drugie, środki te muszą mieć charakter tymczasowy, tj. powinny zostać przyjęte wyłącznie na czas niedoboru poszczególnych produktów w czasie pandemii COVID-19. Po trzecie, środki te muszą być proporcjonalne, a więc obejmować tylko to, co jest ściśle konieczne dla zlikwidowania lub uniknięcia niedoboru podaży i równocześnie najmniej dotkliwie dla konkurencji na rynku. Przedsiębiorcy zobowiązani są dodatkowo do prowadzenia dokumentacji wszelkiej korespondencji i porozumień między sobą oraz udostępniania jej na każde żądanie Komisji Europejskiej.