

Michał Konrad Derdak*

Między rewolucją a autopromocją. Główne tendencje w odpowiedzi organów ochrony konkurencji na pandemię i kryzys koronawirusa

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Stanowiska organizacji i wybranych organów zajmujących się ochroną konkurencji
 1. Stanowisko Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN)
 2. Wspólne stanowisko organów amerykańskich (DOJ i FTC)
 3. Stanowisko Grupy Sterującej Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN)
 4. Komunikat KE o tymczasowych ramach współpracy między przedsiębiorstwami
 5. Inne stanowiska
- III. Główne tendencje w stanowiskach i działaniach organów ochrony konkurencji
 1. Podkreślenie obowiązku przestrzegania prawa konkurencji
 2. Punktowe wyłączenia stosowania prawa konkurencji
 3. Blankietowe zaakceptowanie współpracy między przedsiębiorcami
 4. Zmiany procedur lub sposobu działania organów ochrony konkurencji
 5. Działania na pograniczu regulowania cen
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Krajowe i ponadnarodowe organy ochrony konkurencji, działające indywidualnie lub w ramach sieci międzynarodowych, powszechnie i szybko zareagowały na wybuch pandemii COVID-19 oraz spowodowany nią kryzys. Wydaje się możliwe rozpoznanie pewnych tendencji globalnych w działaniach tych organów. Celem niniejszego artykułu jest zidentyfikowanie najważniejszych takich tendencji, a następnie próba oceny czy były one adekwatne, proporcjonalne oraz oparte na dowodach. Przeprowadzona analiza ma na celu odpowiedź na pytanie, czy działania organów ochrony konkurencji mają raczej charakter autopromocji, czy jednak przynoszą istotne, rewolucyjne zmiany w praktyce stosowania prawa konkurencji.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji; COVID-19; kartele kryzysowe; współpraca między przedsiębiorcami.

JEL: K21

* Radca prawny, współpracownik kancelarii Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp. k., uczestnik Prawniczych Seminariów Doktorskich w INP PAN; adres e-mail: michal.derdak@bakermckenzie.com; ORCID: 0000-0002-3335-9824. Opinie wyrażone w tym artykule są poglądami autora.

I. Wstęp

Krajowe i ponadnarodowe organy ochrony konkurencji, działające indywidualnie lub w ramach sieci międzynarodowych, zareagowały zaskakująco szybko na wybuch pandemii COVID-19 oraz spowodowany nią kryzys. W celu umiejscowienia tych wydarzeń na osi czasu warto przypomnieć, że w Europie oraz Ameryce Północnej przyspieszenie wzrostu zakażeń nastąpiło w pierwszym tygodniu marca 2020 roku, Światowa Organizacja Zdrowia uznała rozwój zachorowań na COVID-19 za pandemię 11 marca 2020 r., kraje europejskie wprowadzały zaś pierwszy *lockdown* w okresie 11–24 marca 2020 roku. Tymczasem pierwsze oficjalne stanowisko międzynarodowej sieci organów ochrony konkurencji (Europejskiej Sieci Konkurencji, ECN) zostało opublikowane już 23 marca 2020 r.¹ (przy czym we wcześniejszych tygodniach pojawiały się już pojedyncze komunikaty krajowych organów ochrony konkurencji przypominające o obowiązku przestrzegania prawa antymonopolowego lub informujące o postępowaniach dotyczących przypadków jego naruszeń).

Stanowisko ECN rozpoczęło sekwencję podobnych komunikatów innych organizacji i organów ochrony konkurencji i – jak się wydaje – w pewnym stopniu nadało im ton. Chodzi tu w szczególności o wzbudzający kontrowersje (szerzej zostanie to wyjaśnione w dalszej części) fragment mówiący o tym, że zaistniała nadzwyczajna sytuacja może wymagać współpracy przedsiębiorców w celu zapewnienia dostaw i sprawiedliwej dystrybucji brakujących produktów wśród wszystkich konsumentów, ECN nie będzie zaś aktywnie interweniować przeciwko środkom wprowadzonym w tym celu. Już następnego dnia właściwe organy amerykańskie, czyli Wydział Antymonopolowy Departamentu Sprawiedliwości (DOJ) oraz Biuro Konkurencji Federalnej Komisji Handlu (FTC) opublikowały „Wspólne stanowisko antymonopolowe dotyczące COVID-19”², którego zasadniczą część stanowiło wskazanie, że „istnieje wiele sposobów, na które firmy, w tym konkurenci, mogą zaangażować się w prokonkurencyjną współpracę, która nie narusza prawa konkurencji”³.

Kolejne dwa kluczowe dokumenty zostały opublikowane 8 kwietnia 2020 roku. Tego dnia wydała swoje stanowisko Grupa Sterująca Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN). Dokument pt. „Konkurencja w czasie pandemii COVID-19 oraz po jej zakończeniu”⁴ w znacznej mierze potwierdził wcześniejsze stanowisko ECN. Ponadto w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano komunikat Komisji Europejskiej „Tymczasowe ramy na potrzeby oceny kwestii antymonopolowych dotyczących współpracy między przedsiębiorstwami w odpowiedzi na pilne sytuacje wynikające z obecnej pandemii COVID-19”⁵, w którym KE skupiła się na bardziej szczegółowym określeniu dopuszczalnego zakresu i zasad współpracy przedsiębiorców, w tym konkurentów, w obecnej sytuacji.

Już w marcu 2020 roku można było przewidywać, że pandemia oraz spowodowany nią kryzys z bardzo wysokim prawdopodobieństwem istotnie wpłyną na globalną gospodarkę, w tym na konkurencję na rynkach właściwych (co zresztą w późniejszym czasie znalazło potwierdzenie

¹ *Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf.

² *Joint antitrust statement regarding COVID-19*. Pozyskano z: <https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>.

³ [...] there are many ways firms, including competitors, can engage in procompetitive collaboration that does not violate the antitrust laws.

⁴ *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*. Pozyskano z: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>.

⁵ Dz.U. C 116 I/02 z 8.4.2020, s. 7.

w danych ekonomicznych). Zatem szybkie i sprawne zidentyfikowanie ryzyka konkurencyjnego oraz zaproponowanie odpowiedzi na to ryzyko przez odpowiednie organizacje i właściwe organy bez wątplenia należy pochwalić. Jednakże, szybkość reakcji jest tylko jednym z aspektów, które należy wziąć pod uwagę, oceniając działania władz antymonopolowych. Co najmniej równie ważne jest bowiem, aby działania te – zarówno legislacyjne, jak i administracyjne – były adekwatne, proporcjonalne oraz oparte na dowodach⁶. Próba analizy odpowiedzi organów ochrony konkurencji na pandemię i kryzys koronawirusa pod tym względem jest podstawowym celem niniejszego artykułu.

W tym kontekście warto odnotować, że większość zauważalnych trendów w ocenianych działaniach organów ochrony konkurencji występuje w bardzo wielu jurysdykcjach na całym świecie, co może potwierdzać daleko posunięte umiędzynarodowienie tej gałęzi prawa. Oczywiście, niektóre organy prezentują wyraźne odrębne stanowiska w wymiarze deklaratywnym lub praktycznym, z kolei inne przejawiają widocznie mniejsze zaawansowanie w poziomie refleksji i analizy antymonopolowej. Niemniej jednak generalna spójność omawianych działań pozwala na próbę podjęcia analizy w wymiarze co do zasady globalnym.

Przy tak zarysowanym zagadnieniu oraz zakresie artykułu niezbędne jest poczynienie na wstępie kilku istotnych zastrzeżeń.

Po pierwsze, metoda zmierzająca do analizy trendów działań organizacji i organów ochrony konkurencji w wymiarze globalnym wiąże się z istotnym problemem dostępu do oryginalnych i pełnych źródeł. Wszystkie akty prawne, akty administracyjne oraz inne dokumenty przytaczane lub komentowane *in concreto* przeanalizowano w oryginale lub w wiarygodnym prywatnym tłumaczeniu. Jednakże, niektóre bardziej ogólne działania lub okoliczności autor zmuszony był odtworzyć i ocenić na podstawie materiałów prasowych oraz opracowań osób trzecich – w szczególności renomowanych prawniczych baz danych lub kancelarii prawnych.

Po drugie, przedstawiono stan prawny na połowę grudnia 2020 roku. O ile organy ochrony konkurencji przejawiały szczególną aktywność w omawianym zakresie w okresie od marca do czerwca, a wiele wcześniej wprowadzonych instrumentów wygasło lub zostało odwołanych jesienią 2020 r., o tyle nie można wykluczyć, że w okresie od połowy grudnia do daty publikacji artykułu dojdzie do istotnego rozwoju sytuacji w zakresie objętym jego treścią. Doświadczenie ostatniego roku pokazuje, że dynamika działań władzy może być znaczna.

Po trzecie, w artykule poddano analizie działania organów ochrony konkurencji z pozycji tego, co w świetle polskich i unijnych doświadczeń można nazwać „klasycznym antytrudem”, a więc zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej (względnie zakazu monopolizacji rynku). Jednocześnie autor ma świadomość, że przedmiot regulacji antytrustowych *sensu largo* oraz zakres uprawnień organów ochrony konkurencji może się różnić od tego standardu⁷, w szczególności w krajach nienależących do UE. W związku z tym ocena niektórych działań organów ochrony konkurencji (np. w związku ze stosowaniem rażąco wysokich cen przez przedsiębiorców niemających pozycji dominującej) może

⁶ Oczywiście nie można było oczekiwać działania opartego na dowodach odnoszących się do trwającego wstrząsu. Wydaje się, że skala wpływu pandemii na gospodarkę zarówno dotychczasowego, jak i przyszłego, wciąż jest trudna do oszacowania. Niemniej jednak można oczekiwać posługiwania się wiedzą i doświadczeniami wynikającymi z historycznych kryzysów ekonomicznych o skali regionalnej lub globalnej.

⁷ Skądinąd, zagraniczny prawnik mógłby podobnie oceniać działania Prezesa UOKiK dotyczące przeciwdziałania nadużywaniu przewagi kontraktowej lub zwalczania zatorów płatniczych.

być negatywna ze względów dogmatycznych. Należy też podkreślić, że głównym przedmiotem analizy są działania organów ochrony konkurencji, jednak w celu przedstawienia odpowiedniej perspektywy odniesiono się również do działań prawodawców (czy to organów władzy ustawodawczej czy władzy wykonawczej działających na zasadzie upoważnienia ustawowego lub szczególnych prerogatyw).

II. Stanowiska organizacji i wybranych organów zajmujących się ochroną konkurencji

1. Stanowisko Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN)

W piśmiennictwie wskazano, że stanowisko ECN zawiera cztery elementy będące podstawą podejścia tej organizacji obowiązującego od marca 2020 roku, które następnie nie uległy zmianie ani rozszerzeniu, a jedynie były powtarzane i komentowane (Šmejkal, 2020, s. 2–3). Po pierwsze, stanowisko ECN opiera się na spostrzeżeniu, że zaistniała w wyniku pandemii wyjątkowa sytuacja może wymagać współpracy przedsiębiorców⁸, w szczególności w zakresie produkcji oraz dostarczania produktów deficytowych. W stanowisku nie wskazano wprost, że ta możliwość dotyczy również współpracy konkurentów, lecz także tego nie wyłączone. Po drugie, omawiane stanowisko zawiera deklarację, że organy ochrony konkurencji nie będą aktywnie interweniować w sprawach koniecznych i tymczasowych środków stosowanych przez przedsiębiorców w celu zapobieżenia niedoborom podaży. ECN uzasadnia to wprost stwierdzeniem, że „nie jest prawdopodobne, aby takie rozwiązania były problematyczne, ponieważ albo nie będą stanowiły ograniczenia konkurencji w rozumieniu Artykułu 101 TFUE/53 EOG, albo będą przynosić korzyści, które najprawdopodobniej przeważą nad ewentualnymi ograniczeniami”⁹. Po trzecie, wspomniane organy nie będą tolerowały wykorzystywania obecnej sytuacji przez przedsiębiorstwa zawierające porozumienia kartelowe lub nadużywające pozycji dominującej. W tym kontekście wskazano wprost, że istotne produkty, takie jak maseczki ochronne lub żel dezynfekujący muszą pozostać dostępne po konkurencyjnych cenach. Po czwarte, obowiązujące zasady prawa konkurencji pozwalają na adaptację do sytuacji wyjątkowych, a organy ochrony konkurencji dysponują mechanizmami wzięcia pod uwagę wyjątkowych okoliczności rynkowych i ekonomicznych.

W mojej ocenie, w celu pełnej analizy stanowiska ECN należy dodatkowo podkreślić dwa jego mniej eksponowane elementy. Po pierwsze, podkreślono, że przedsiębiorca mający wątpliwości co do zgodności z prawem planowanych przez niego środków w związku z kryzysem może się zwrócić o nieformalne wskazówki (wyjaśnienia) do KE, Urzędu Nadzoru EFTA lub właściwego krajowego organu ochrony konkurencji. Po drugie, przypomniano, że zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa konkurencji producenci mogą określać maksymalne ceny odsprzedaży swoich towarów.

⁸ Stanowisko ECN posługuje się określeniem „spółki kapitałowej” (*companies*), w odróżnieniu od standardowo używanego w kontekście prawa konkurencji pojęcia „przedsiębiorstwa” (*undertaking*). W mojej ocenie jest to wyłącznie wynik uproszczenia języka na potrzeby dokumentu niebędącego aktem prawnym ani nawet *soft law*. Nie ma bowiem uzasadnienia dla wyłączenia z optyki stanowiska ECN zachowania spółek osobowych lub przedsiębiorców działających w jakiegokolwiek innej formie. Mając na względzie powyższe oraz pozostając w konwencji polskiego języka prawnego i prawniczego posługuję się pojęciem przedsiębiorcy.

⁹ [...] *such measures are unlikely to be problematic, since they would either not amount to a restriction of competition under Article 101 TFEU/53 EEA or generate efficiencies that would most likely outweigh any such restriction.*

2. Wspólne stanowisko organów amerykańskich (DOJ i FTC)

We wspólnym stanowisku Departamentu Sprawiedliwości (United States Department of Justice, DOJ) i Federalnej Komisji Handlu (Federal Trade Commission, FTC) można wyróżnić trzy główne elementy. Po pierwsze, podobnie jak ECN, organy amerykańskie uznały konieczność – w warunkach pandemii – współpracy przedsiębiorców, przy jednoczesnym podkreśleniu, że oceny takiej współpracy w zasadzie można dokonać w oparciu o już obowiązujące przepisy i dotychczas stosowane wytyczne. Po drugie, w omawianym dokumencie, podobnie jak w stanowisku ECN, podkreślono obowiązek przestrzegania prawa i zapowiedziano stanowczą egzekucję poważnych naruszeń. Po trzecie, dokument przewiduje modyfikację procedury weryfikacji przez DOJ planowanych działań przedsiębiorców, o ile są one związane z COVID-19.

DOJ i FTC podkreśliły, że zaistniała sytuacja będzie wymagała kooperacji „na bezprecedensową skalę” między zarówno władzami różnych szczebli, jak i przedsiębiorcami, ale jednocześnie wskazały, że „jest wiele sposobów, na które firmy, w tym konkurenci, mogą zaangażować się w prokonkurencyjną współpracę, która nie narusza prawa antytrustowego”¹⁰. Przytoczone w dokumencie przykłady takiej współpracy oparte na obowiązujących przepisach i wytycznych stosowanych od przeszło 20 lat to: (i) współpraca w zakresie badań i rozwoju zwiększająca efektywność; (ii) wymiana technicznego know-how; (iii) wspólne wypracowanie fakultatywnych standardów działania w zarządzaniu pacjentami, które może wiązać się z przekazywaniem pewnych informacji; (iv) porozumienia zakupowe między dostawcami usług zdrowotnych, których celem jest np. zwiększenie efektywności procesu zakupowego lub zmniejszenie kosztów transakcyjnych; (v) wspólny lobbying wobec władz federalnych.

Szczególnymi rodzajami współpracy, które mogą być konieczne wyjątkowo w warunkach pandemii COVID-19 są z kolei współpraca zakładów opieki zdrowotnej w dostarczaniu środków ochrony indywidualnej, zaopatrzenia medycznego lub opieki zdrowotnej, a także wspólna produkcja, dystrybucja lub świadczenie usług przez przedsiębiorców w celu zapewnienia dostaw deficytowych produktów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19. Takie działania muszą być ograniczone czasowo, a ich nadrzędnym celem musi być „zapewnienie Amerykanom towarów lub usług, które bez tych działań mogłyby nie być dostępne”¹¹.

Jeśli chodzi o podkreślenie obowiązku przestrzegania prawa konkurencji, to DOJ i FTC zadeklarowały, że będą pociągały do odpowiedzialności cywilnej lub karnej firmy i osoby wykorzystujące pandemię do „niszczenia konkurencji lub żerowania na wrażliwych Amerykanach”¹². Jako przykłady niedopuszczalnego zachowania wskazano porozumienia prowadzące do podwyżki cen, obniżki wynagrodzeń, zmniejszenia podaży lub pogorszenia jakości, zmony przetargowe, podział rynków, a także wykorzystywanie przez monopolistów ich pozycji rynkowej do działań wykluczających.

Wspólne stanowisko zawiera również szkic zmian proceduralnych dotyczących (funkcjonujących już wcześniej) możliwości indywidualnego konsultowania przez przedsiębiorców zgodności z prawem konkurencji planowanych działań rynkowych. Efektem takich konsultacji może być oświadczenie organu o zamiarze egzekwowania prawa konkurencji (*antitrust enforcement intentions*) w związku z ujawnionymi przez przedsiębiorcę planami. Taka procedura trwa standardowo kilka

¹⁰ [...] there are many ways firms, including competitors, can engage in procompetitive collaboration that does not violate the antitrust laws.

¹¹ [...] provide Americans with products or services that might not be available otherwise.

¹² [...] subvert competition or prey on vulnerable Americans.

miesiący. DOJ i FTC zadeklarowały zarazem, że podejmą starania, aby odpowiadać na pytania przedsiębiorców jak najszybciej, a na te związane ze zdrowiem i bezpieczeństwem publicznym w terminie siedmiu dni od otrzymania niezbędnych informacji. Gdyby ze względu na szczególną pilność sprawy nawet ten skrócony termin odpowiedzi był niesatysfakcjonujący dla przedsiębiorcy, to DOJ i FTC odsyłają do wspomnianych już wyżej stosowanych od wielu lat wytycznych jako instrumentu pomocnego w dokonaniu samooceny planowanych działań przez samego przedsiębiorcę. Wydane w tych okolicznościach oświadczenie będzie odnosiło skutek przez rok.

3. Stanowisko Grupy Sterującej Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN)

Stanowisko Grupy Sterującej Międzynarodowej Sieci Konkurencji (International Competition Network, ICN) w znacznej mierze jest zbieżne ze stanowiskiem ECN. Przede wszystkim ICN rozpoznaje możliwą potrzebę współpracy w obecnej sytuacji między (co tym razem wskazano wprost) konkurentami. Jednocześnie wskazuje, że współpraca ta będzie dopuszczalna w zakresie, w jakim pozwala na to właściwe prawo, a zatem potwierdza, że obowiązujące zasady prawa konkurencji pozwalają na adaptację do sytuacji wyjątkowych. Organy ochrony konkurencji będą jednak reagować na próby wykorzystywania kryzysu poprzez zawieranie porozumień naruszających konkurencję lub dokonywanie antykonkurencyjnych koncentracji. ICN również przykłada najwyższą wagę do tego, aby towary i usługi, w szczególności te istotne dla zdrowia publicznego, „pozostały dostępne po konkurencyjnych cenach”. Wpisuje się tym samym w trend podkreślania obowiązku przestrzegania prawa konkurencji, wskazując wprost, że „zapewnienie konkurencji długoterminowo jest krytyczne dla dobra konsumentów, funkcjonowania rynków i naszych gospodarek”¹³. Z kolei w kontekście zapewnienia przedsiębiorcom wsparcia, ICN podkreśla, że bezpośrednia i otwarta komunikacja ze strony organów ochrony konkurencji ma krytyczne znaczenie w czasie kryzysu, a wszelkie zmiany proceduralne oraz nowe wytyczne powinny być jasne, przejrzyste i publikowane odpowiednio szybko.

4. Komunikat KE o tymczasowych ramach współpracy między przedsiębiorstwami

Komunikat KE o tymczasowych ramach współpracy między przedsiębiorstwami (dalej: Komunikat) jest najbardziej obszernym i szczegółowym z omawianych w artykule dokumentów, a jego zasadniczą część stanowi opis głównych kryteriów oceny kwestii antymonopolowych w projektach współpracy między przedsiębiorstwami mających usunąć niedobory podstawowych produktów i usług w czasie pandemii COVID-19. Uzasadnieniem ekonomicznym dla wydania Komunikatu jest związany z pandemią gwałtowny wzrost popytu na niektóre produkty i usługi, w szczególności związane z sektorem zdrowia¹⁴. Nadrzędnym celem dozwolonej w świetle Komunikatu współpracy przedsiębiorstw jest zlikwidowanie lub przynajmniej złagodzenie skutków kryzysu z korzyścią dla obywateli oraz usunięcie niedoborów tych podstawowych produktów i usług¹⁵. W ocenie KE skutki kryzysu mogą obejmować konieczność znaczącego i szybkiego zwiększenia produkcji towarów brakujących kosztem zmniejszenia produkcji innych towarów (przy czym maksymalną wydajność produkcji można byłoby osiągnąć w przypadku produkcji tylko jednego rodzaju leku

¹³ *Maintaining competition in the long term is critical to benefit consumers, the functioning of markets, and our economies.*

¹⁴ Pkt 2) Komunikatu.

¹⁵ Pkt 3)–4) Komunikatu.

w jednym zakładzie) oraz konieczność realokacji zapasów, co według KE będzie wymagało od przedsiębiorstw przekazywania lub wymiany informacji na temat sprzedaży i stanu zapasów¹⁶.

KE wskazała, że odpowiedzią na opisane ryzyko i jego skutki może być współpraca w sektorze zdrowia polegająca na powierzeniu stowarzyszeniu branżowemu lub niezależnemu podmiotowi trzeciemu np. koordynacji wspólnego transportu materiałów produkcji; określania listy leków, co do których istnieje ryzyko niedoboru; gromadzenia informacji na temat produkcji i zdolności współpracujących przedsiębiorstw (bez wymiany informacji indywidualnych); opracowania modelu pozwalającego przewidywać popyt na szczepłu państw członkowskich; przekazywania zagregowanych informacji na temat luk w podaży oraz pytanie współpracujących przedsiębiorstw (indywidualnie), czy mogą wypełnić lukę w podaży w celu zaspokojenia popytu. W ocenie KE takie działania nie rodzą problemów w zakresie ochrony konkurencji, o ile są one prowadzone zgodnie z jej wytycznymi horyzontalnymi¹⁷.

Jednakże KE wymienia również inne działania, które zaakceptuje w kontekście pandemii, a które wykraczają poza zakres dozwolony w świetle dotychczas stosowanych wytycznych. Jako przykłady takich działań wskazano: koordynowanie przeorganizowania produkcji w celu jej zwiększenia i zoptymalizowania, jeżeli takie przeorganizowanie umożliwiłoby producentom zaspokojenie popytu na leki pilnie potrzebne we wszystkich państwach członkowskich, a także bardziej ogólnie wspólne dostosowanie produkcji, zarządzania zapasami i dystrybucji, wraz z wymaganą w tym celu wymianą informacji. KE potwierdziła, że w zwykłych okolicznościach taka wymiana informacji i koordynacja między przedsiębiorstwami byłaby problematyczna w świetle unijnego prawa konkurencji. Jednakże, w związku z pandemią egzekwowanie przepisów w tym zakresie nie będzie dla KE priorytetem (przez co w mojej ocenie należy rozumieć, że KE odstąpi od stosowania obowiązującego prawa w związku z takimi porozumieniami), o ile środki takie będą obiektywnie niezbędne i celowe, tymczasowe oraz proporcjonalne.

KE wskazała również, że w razie „nadrzędnego wezwania”¹⁸ do współpracy, skierowanego przez organy publiczne do przedsiębiorstw, współpraca jest dozwolona. Z kolei fakt zachęcania do współpracy oraz koordynowania jej przez organ publiczny będzie przemawiać za stwierdzeniem, że współpraca nie będzie problematyczna¹⁹.

Komunikat zawiera również opis wyjątkowej procedury udzielania doraźnych wskazówek dotyczących konkretnych projektów współpracy mających usunąć niedobory podstawowych produktów i usług w czasie pandemii COVID-19. Podstawową nowością jest gotowość KE „w celu zwiększenia stopnia pewności prawa”, ale jednocześnie „na zasadzie wyjątku i według własnego uznania” udzielanie takich wskazówek w drodze doraźnych pism o braku zastrzeżeń, czyli tzw. *comfort letters*²⁰. Poza tym KE poinformowała o otwarciu nowych kanałów komunikacji z przedsiębiorcami w celu uzyskania nieformalnych wskazówek na temat konkretnych inicjatyw.

¹⁶ Pkt 10) Komunikatu.

¹⁷ Pkt 12)–13) Komunikatu.

¹⁸ Pojęcie „nadrzędnego wezwania”, pochodzące *expressis verbis* z polskiej wersji językowej Komunikatu, jest niejasne. W szczególności, nie można jednoznacznie stwierdzić, czy odnosi się ono do ustalonego w orzecznictwie i piśmiennictwie pojęcia „działania pod przymusem państwa”. Podobnie nieprecyzyjne jest określenie *imperative request* użyte w wersji angielskiej. W świetle niespójności używanych określeń z powszechnie zaakceptowanymi pojęciami używanymi w języku prawniczym należy założyć, że zakres omawianego punktu Komunikatu nie jest zgodny ze współpracą podjętą przez przedsiębiorców wskutek obowiązków nałożonych na nich wprost przez właściwe organy publiczne.

¹⁹ Pkt 14)–16) Komunikatu.

²⁰ Pkt 18) Komunikatu.

Wreszcie KE podkreśliła, że będzie ściśle i aktywnie monitorowała rynek, w celu zidentyfikowania naruszeń prawa polegających na zawieraniu porozumień antykonkurencyjnych lub nadużywaniu pozycji dominującej²¹.

Można zatem skłonić, że Komunikat oparty jest na tych samych kluczowych filarach, co wcześniejsze stanowiska, zwłaszcza ECN oraz ICN, choć bardziej szczegółowo opisanych i uzasadnionych.

5. Inne stanowiska

Podobne w swojej wymowie i treści stanowiska wydał szereg krajowych organów ochrony konkurencji, m.in. Wielkiej Brytanii, Japonii, Nowej Zelandii czy krajów BRICS. Ponadto, wiele organów antymonopolowych z krajów europejskich w indywidualnych wypowiedziach podkreśliło zamiar działania zgodnie ze stanowiskiem ECN.

Na szczególną uwagę zasługuje działanie brytyjskiego organu ochrony konkurencji, który „z zadowoleniem przyjął” złagodzenie przez brytyjski rząd niektórych reguł prawa konkurencji, umożliwiające konieczną w czasie epidemii współpracę między sieciami sprzedaży detalicznej²². Chodzi tu o dekret, który czasowo wyłącza stosowanie zakazu porozumień antykonkurencyjnych do niektórych porozumień między detalistami spożywczymi, dostawcami i operatorami logistycznymi²³, dopuszczający m.in. porozumienia w sprawie koordynacji oferowanego asortymentu, godzin otwarcia sklepów, bieżącej wymiany informacji o zapasach czy współdzielenia siły roboczej. Dekret ten spotkał się z krytyką. Z jednej strony wskazywano, że z prawnego punktu widzenia był on zbyt szeroki, albowiem do tych samych wniosków można dojść na podstawie obowiązującego prawa konkurencji²⁴. Z drugiej zaś – zarzucano, że takie blanketowe wyłączenie stanowi zachętę dla spółek do antykonkurencyjnej koordynacji, a bez określenia szczegółowych zasad współpracy niemożliwe jest oddzielenie zachowań zgodnych i niezgodnych z prawem (Costa-Cabral, Hancher, Monti i Ruiz Feases, 2020, s. 15–16)²⁵.

III. Główne tendencje w stanowiskach i działaniach organów ochrony konkurencji

1. Podkreślenie obowiązku przestrzegania prawa konkurencji

Najbardziej powszechnym elementem stanowisk i działań organów ochrony konkurencji w związku z pandemią i wywołanym nią kryzysem, obecnym również we wszystkich dokumentach omówionych bardziej szczegółowo w części II artykułu, jest podkreślenie obowiązku przestrzegania przez przedsiębiorców prawa konkurencji, w szczególności zaś zakazu zawierania karteli i innych niedozwolonych porozumień. Wydaje się to racjonalnym działaniem w antycypacji zwiększonej motywacji przedsiębiorców do podejmowania działań niezgodnych z prawem wynikającej z trudności ekonomicznych (Costa-Cabral i in., 2020, s. 13). Jednocześnie, podejście organów ochrony

²¹ Pkt 20) Komunikatu.

²² <https://www.gov.uk/government/news/covid-19-cma-approach-to-essential-business-cooperation>.

²³ Competition Act 1998 (Groceries) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020, UKSI 2020, No. 369.

²⁴ <https://www.dlapiper.com/en/uk/insights/publications/2020/04/relaxation-of-the-competition-rules-for-the-covid19/>.

²⁵ Skądinąd, brytyjski rząd przyjął podobny dekret, The Competition Act 1998 (Health Services for Patients in England) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020, UKSI 2020 No. 368, <https://www.legislation.gov.uk/ukSI/2020/368/contents/made>, w odniesieniu do współpracy podmiotów świadczących opiekę zdrowotną w celu uzgodnienia zasad świadczenia tej opieki w związku z pandemią, które wydaje się znacznie bardziej uzasadnione.

konkurencji oraz prawodawców jest zasadniczo odmienne, niż miało to miejsce w przypadku historycznych dużych wstrząsów ekonomicznych związanych z kolejnymi recesjami (panikami) oraz wojnami²⁶. W wyniku kryzysów gospodarczych pod koniec XIX wieku, a także w czasie obu wojen światowych i Wielkiego Kryzysu doszło bowiem do przynajmniej częściowego zawieszenia zasad antytrystu. Wiązało się to z ogólną opinią o „zgubnej konkurencji” (*ruinous competition*, dosł. rujnującej konkurencji), zgodnie z którą konkurencja w związku z inherentnymi cechami gospodarki kapitalistycznej może być marnotrawna, destrukcyjna i nieuczciwa, a także prowadzić do trwałych negatywnych zmian rynkowych (Orbach, 2020, s. 33–34 i cytowana tam literatura). Należy jednocześnie podkreślić, że zawieszenie zasad prawa konkurencji nie przynosiło oczekiwanych skutków w postaci stabilizacji ekonomicznej, a wręcz pogłębiało kryzysy. Na przykład, w 1933 roku rząd Stanów Zjednoczonych dopuścił do kartelizacji rynków rolnych w odpowiedzi na skokowy spadek popytu oraz wynikający z niego spadek cen i dochodów rolników. Miało to doprowadzić do ograniczenia podaży, kontroli dystrybucji i wreszcie stabilizacji cen, lecz – mimo zawarcia między niektórymi przedsiębiorcami porozumień, które w zwykłych warunkach byłyby niedopuszczalne – nie wywarło ogólnego wpływu na rynek, co skłoniło rząd do zmiany strategii i głębokiej regulacji sektora rolnego, z subsydiami i skupem interwencyjnym włącznie (Hoffman i Libecap, 1994, s. 216–217).

Należy podkreślić, że w czasie ostatnich globalnych wstrząsów ekonomicznych, np. tzw. wielkiej recesji w latach 2007–2009, koncepcja zgubnej konkurencji nie była już popularna, a tym samym co do zasady nie postulowano zawieszenia zasad antytrystu. Niemniej jednak w wielu przypadkach powołane do tego organy decydowały się na łagodniejsze podejście do egzekwowania prawa konkurencji (Orbach, 2020, s. 35). W związku z trwającym kryzysem koronawirusa, przynajmniej dotychczas, zarówno w sferze deklaratywnej, jak i w praktyce działania legislacyjnej oraz administracyjnej – oczywiście z pewnymi wyjątkami, o których niżej – nie są widoczne istotne odstępstwa od stosowania prawa konkurencji. O ile obecna sytuacja może wzmocnić trendy obecne przed wybuchem pandemii, o tyle trudno przewidywać, aby wystąpiły wcześniej nieznane tendencje, które wywrą trwały wpływ na prawo i politykę ochrony konkurencji w Europie (Šmejkal, 2020, s. 1–2). W mojej ocenie takie podejście należy pochwalić i zdecydowanie poprzeć. Po pierwsze, jest ono spójne z dowodami historycznymi jednoznacznie wskazującymi, że w realiach ekonomii kapitalistycznej zawieszenie stosowania zasad prawa konkurencji nie przynosi oczekiwanych pozytywnych skutków, a wręcz może mieć negatywne konsekwencje. Po drugie, odmienne podejście oznaczałoby w swej istocie podważenie zaufania do gospodarki rynkowej, a tylko w takiej gospodarce konkurencja jest nieodzowna, a jej ochrona – uzasadniona.

W związku z omawianym podkreśleniem obowiązku przestrzegania zasad antytrystu organy ochrony konkurencji wielokrotnie nadawały priorytet kontroli zachowania przedsiębiorców oraz wdrażania zasad prawa konkurencji w szczególnie wrażliwych sektorach gospodarki, dotyczących takich produktów, jak środki dezynfekcyjne, maseczki i wyroby medyczne, lekarstwa czy żywność. Mimo że trafne wydaje się nadawanie owego priorytetu nadzorowi nad tymi rynkami, które są szczególnie istotne dla dobrobytu konsumentów, to takie podejście wydaje się co do zasady chybione w kontekście zakazu zawiązywania karteli (przy czym należy przyznać, że może być

²⁶ Oczywiście, że względu na amerykańskie źródła prawa antymonopolowego, znaczące doświadczenia historyczne w tym zakresie są w zasadzie ograniczone do prawa i polityki Stanów Zjednoczonych.

uzasadnione w kontekście nadużywania pozycji dominującej). W sytuacji skokowo zwiększonego popytu, z którym mieliśmy do czynienia w przypadku wszystkich wskazanych kategorii produktów poza żywnością, przedsiębiorcy nie mają bowiem istotnej zachęty do zawierania porozumień antykonkurencyjnych. Ten aspekt działania organów i organizacji ochrony prawa konkurencji ujawnia się w związku z blankietowym akceptowaniem współpracy między przedsiębiorcami, w związku z czym zostanie szerzej omówiony w punkcie 3 poniżej.

2. Punktowe wyłączenia stosowania prawa konkurencji

Opisany trend podkreślania obowiązku przestrzegania zasad antytrystu nie jest absolutny, co przejawia się co do zasady na dwa sposoby²⁷. Po pierwsze, niektóre organy wprost wyłączyły lub ograniczyły stosowanie zasad prawa konkurencji w czasie kryzysu koronawirusa w sektorach gospodarki, w których doszło do istotnych wstrząsów. Odpowiednie decyzje można podzielić na takie, które dotyczą rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki podaży oraz takie, które dotyczą rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki popytu. Po drugie, niektóre organy w sferze deklaratywnej prezentowały wspomniane stanowisko, jednak z praktyki ich działania lub innych elementów komunikacji można wywnioskować, że ich oświadczenia o niezmiennym stosowaniu prawa konkurencji nie odnoszą się do określonych sektorów lub sytuacji.

Jeżeli chodzi o punktowe wyłączenia prawa konkurencji dokonywane wprost, to jako przykład działania odnośnie do rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki podaży, należy omówić działania KE w odniesieniu do niektórych rynków rolnych oraz działania niemieckiego organu ochrony konkurencji w odniesieniu do sektora motoryzacyjnego. Z kolei jako przykłady działania odnośnie do rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki popytu, należy omówić przypadki organów chińskiego i islandzkiego odnośnie do – odpowiednio – produkcji i dystrybucji leków.

KE, działając na podstawie art. 222 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007 (Dz.U. L 347 z 20.12.2013, s. 671), wydała trzy rozporządzenia wykonawcze²⁸ efektywnie zawieszające stosowanie art. 101 TFUE w trzech sektorach produkcji rolnej szczególnie dotkniętych przez wybuch pandemii. Przyczyny takiego posunięcia w odniesieniu do rynków drzew żywych, kwiatów ciętych i podobnych roślin, ziemniaków do przetwórstwa oraz mleka surowego zostały szczegółowo opisane w motywach wspomnianych rozporządzeń wykonawczych. W każdym ze wskazanych przypadków w następstwie pandemii oraz podjętych w jej wyniku działań rządów (m.in. zawieszenia działalności sektora gastronomicznego i hotelarskiego)

²⁷ Odosobnione są przypadki bardziej ogólnego zawieszenia reguł prawa konkurencji, tak jak miało to miejsce w Brazylii w okresie od 12 czerwca do 30 października 2020 roku, kiedy to na podstawie nowelizacji tamtejszej ustawy antytrystowej brazylijski organ ochrony konkurencji nie mógł prowadzić postępowań ani wydawać decyzji w sprawach dotyczących sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów, czyli stosowania cen drapieżnych ani w sprawach dotyczących zakończenia lub ograniczenia działalności gospodarczej bez rzeczowego uzasadnienia. Z kolei w ustawodawstwie Nowej Zelandii wprowadzono zasadę, że organ ochrony konkurencji może dopuścić stosowanie porozumień zawierających „postanowienia kartelowe” przez okres prowadzenia swojego postępowania wyjaśniającego, czy porozumienie rzeczywiście narusza prawo.

²⁸ Chodzi o rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/594 z dnia 30 kwietnia 2020 r. zezwalające na zawieranie porozumień i wydawanie decyzji w zakresie środków stabilizacji rynku w sektorze drzew żywych i pozostałych roślin, bulw, korzeni i podobnych, kwiatów ciętych i liści ozdobnych (Dz.U. L 140 z 4.5.2020, s. 17), rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/593 z dnia 30 kwietnia 2020 r. zezwalające na zawieranie porozumień i wydawanie decyzji w zakresie środków stabilizacji rynku w sektorze ziemniaków (Dz.U. L 140 z 4.5.2020, s. 13) oraz rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/599 z dnia 30 kwietnia 2020 r. zezwalające na zawieranie porozumień i wydawanie decyzji w zakresie planowania produkcji w sektorze mleka i przetworów mlecznych (Dz.U. L 140 z 4.5.2020, s. 37).

nastąpiło gwałtowne (nawet o 80% w okresie kilku tygodni²⁹) załamanie popytu na odpowiednie produkty, a w konsekwencji równie gwałtowny spadek cen (nawet do 90%³⁰).

Zgodnie z art. 222 rozporządzenia 1308/2013, w okresach występowania poważnych zakłóceń na rynkach Komisja może przyjąć akty wykonawcze stanowiące, że art. 101 ust. 1 TFUE nie powinien mieć zastosowania do porozumień i decyzji producentów rolnych i ich organizacji producentów, pod warunkiem, że nie zakłócają one właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz mają na celu wyłącznie ustabilizowanie danego sektora. Dane ekonomiczne przytoczone w motywach wspomnianych trzech rozporządzeń wykonawczych wydają się nie pozostawiać wątpliwości, iż wskutek wybuchu pandemii istotnie doszło do poważnych zakłóceń na odpowiednich rynkach rolnych. W związku z tym, na mocy rozporządzeń wykonawczych KE pozwoliła rolnikom (producentom rolnym) oraz ich organizacjom na zawieranie porozumień oraz wydawanie wspólnych decyzji w zakresie (w różnych konfiguracjach w poszczególnych rozporządzeniach) wycofania z obrotu i bezpłatnej dystrybucji produktów, ich przekształcania, przetwarzania, przechowywania, wspólnej promocji i tymczasowego planowania produkcji (w tym jej wielkości).

Rozporządzenia wyraźnie stanowią jednak, że nie są nimi objęte (a zatem pozostają zakazane) porozumienia i decyzje, które bezpośrednio lub pośrednio prowadzą do podziału rynków, dyskryminacji ze względu na przynależność państwową lub do ustalania cen. Jednakże ich celem (zarówno wywodzonym z treści regulacji, jak również wprost zadeklarowanym w ich motywach lub nawet tytułach) jest „stabilizacja rynku”, co w świetle przyczyn wprowadzenia rozporządzeń należy oczywiście rozumieć jako ograniczenie podaży oraz podwyższenie cen lub ich utrzymanie na sztucznie zawyżonym poziomie. Ostatecznie można rozumieć opisywane przepisy jako próbę rozłożenia negatywnych skutków ekonomicznych kryzysu stosunkowo równo pomiędzy producentów ze wskazanych sektorów, a częściowo także na tych nabywców, którzy pozostali aktywni po stronie popytowej rynków – tak, aby skutki te możliwie jak najmniej wpłynęły na strukturę właściwych rynków produkcji rolnej (tj. aby jak najmniej producentów upadło).

Mimo historycznych dowodów na ograniczoną skuteczność dopuszczenia kartelizacji rynków rolnych (zob. pkt 1 powyżej), można racjonalnie wyjaśnić ekonomiczny cel rozporządzeń, czyli sterowane ograniczenie podaży w odpowiedzi na naturalne ograniczenie popytu. Jednocześnie należy się zgodzić, że bez specjalnej regulacji dopuszczającej zawieranie porozumień o cechach karteli w celu ograniczenia skutków kryzysu ekonomicznego (tj. karteli kryzysowych) nie sposób ich dopuścić ani na podstawie efektywnościowej (art. 101 ust. 3 TFUE, art. 8 ust. 3 uokik), ani w drodze elastycznej praktyki orzeczniczej (tak na gruncie prawa polskiego Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 285). Zatem założywszy poprawność wspomnianego celu ekonomicznego, opisana odpowiedź KE na sytuację kryzysową we wskazanych sektorach produkcji rolnej wydaje się adekwatna. Jednakże w szerszej perspektywie nie można pominąć konstatacji, że odpowiedź ta może mieć negatywne skutki w postaci sztucznie zawyżonych cen dla kontrahentów i konsumentów, którzy też muszą się mierzyć z kryzysem ekonomicznym. Mimo przestrzeni do dyskusji, może to budzić istotne wątpliwości z perspektywy celów prawa i polityki konkurencji. W mojej ocenie fakt pominięcia tej okoliczności prowadzi do wniosku, że KE wydała omawiane rozporządzenia

²⁹ Por. motyw (9) rozporządzenia wykonawczego 2020/594.

³⁰ Por. motyw (8) rozporządzenia wykonawczego 2020/593.

w ramach swoich funkcji związanych z regulacją rynku rolnego, a więc w oderwaniu od (a może nawet w zaprzeczeniu) paradygmatu ochrony konkurencji.

Warto również przytoczyć pismo niemieckiego organu ochrony konkurencji (*Bundeskartellamt*) z 9 czerwca 2020 roku, adresowanego do niemieckiego Związku Przemysłu Samochodowego (*Verband der Automobilindustrie, VDA*)³¹. Pismo to przedstawia bardzo powściągliwe dopuszczenie określonych działań antykryzysowych na poziomie poszczególnych przedsiębiorców lub związku przedsiębiorców. Takie podejście sprawia wrażenie głębokiego przemyślenia, jaki zakres współpracy przedsiębiorców w sytuacji kryzysowej jest naprawdę niezbędny, przy jednoczesnym poszanowaniu zasad obowiązującego prawa.

Z jednej strony, pismo *Bundeskartellamt* dopuszcza, aby przedsiębiorstwa znajdujące się w trudnej sytuacji finansowej podczas pandemii zorganizowały (dobrowolne) grupy interesariuszy, w tym udziałowców, klientów, wierzycieli, pracowników i organów publicznych, które będą mogły wymieniać istotne informacje na tematy, takie jak wypłacalność, kredyty, środki pomocy lub problemy operacyjne w celu szybkiego i wspólnego wypracowania skutecznych środków restrukturyzacyjnych. Natomiast taka wymiana informacji musi być ograniczona do niezbędnych danych, które powinny być wymieniane w procedurze *clean team*, a także zagregowane w odniesieniu do cen części i wielkości dostaw (wobec klientów) lub stóp procentowych i kosztów faktoringu (wobec wierzycieli). Zainteresowane strony muszą mieć możliwość rezygnacji.

Z drugiej strony, niemiecki organ ochrony konkurencji autoryzował wydanie przez VDA przewodnika dotyczącego skoordynowanego wznowienia produkcji, mających na celu uniknięcie niewłaściwej alokacji zasobów w czasie, gdy ich dostępność jest ograniczona. Przewodnik ten nie może mieć charakteru wiążącego ani zawierać informacji dotyczących konkretnych przedsiębiorców, na przykład o ilości towarów lub o umowach. Poszczególni dostawcy samochodów muszą mieć swobodę wyboru, kiedy i w jaki sposób chcieliby wznowić swoją działalność oraz czy chcieliby to publicznie ogłosić.

Z kolei jako przykład działania odnośnie do rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki popytu należy omówić dwa przypadki. Pierwszy, to oświadczenie chińskiego organu ochrony konkurencji (*State Administration for Market Regulation*), zgodnie z którym deklaruje on zawieszenie wdrażania zasad antytrustowych w celu zdynamizowania produkcji przemysłowej³². W szczególności, mogą nie podlegać tym zasadom porozumienia dotyczące rozwoju technicznego oraz standaryzacji w zakresie produkcji leków, szczepionek, wyrobów medycznych oraz środków ochrony indywidualnej. W związku z faktem, że globalny popyt na produkty z tych kategorii co do zasady jest bardzo wysoki, po skokowym wzroście w pierwszym okresie pandemii, wyłączenie spod zasad prawa konkurencji współpracy konkurentów w tym sektorze wydaje się nieadekwatne oraz nieproporcjonalne. Oczywiście, biorąc pod uwagę specyfikę gospodarki i systemu politycznego Chin oraz istotnego znaczenia w nich elementu centralnego zarządzania, działanie tamtejszego organu można uznać raczej za przejaw polityki gospodarczej niż polityki ochrony konkurencji. W zwykłych warunkach gospodarki rynkowej należałoby to działanie ocenić jednoznacznie negatywnie w świetle zasad i celów antytrystu.

³¹ Dostępne na: <https://www.vda.de/dam/vda/Medien/DE/Themen/Automobilindustrie-und-Maerkte/Corona-Nachrichten/A-004-00-FX-2020-06-09-130632.pdf>. Dokument ten, obrazując godną aprobaty powściągliwość organu ochrony konkurencji, stanowi interesujący kontrapunkt do opisanego w następnym punkcie *comfort letter* KE.

³² Dostępne w języku chińskim na: http://www.samr.gov.cn/fldj/sjdt/gzdt/202004/t20200405_313858.html.

Drugi przypadek dotyczy Islandii i decyzji tamtejszego organu ochrony konkurencji (*Samkeppniseftirlitið*) o tymczasowym wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych współpracy pomiędzy importerami i dystrybutorami leków w celu zapewnienia niezbędnego dostępu do ważnych leków³³. Tę decyzję można uzasadniać z pozycji konieczności zapewnienia bezpieczeństwa publicznego poprzez zwiększenie konkurencyjności podmiotów generujących znikomy popyt na globalnym rynku zakupu leków. Natomiast z perspektywy stricte zasad prawa konkurencji trudno uzasadnić podobne działanie w odniesieniu do rynku, na którym kryzys co do zasady prowadzi do nadwyżki popytu (zob. szerzej na ten temat pkt 3 poniżej).

Jeżeli chodzi o wyłączenia prawa konkurencji dokonywane *de facto*, mimo odmiennych deklaracji, to w szczególności należy odnotować i skomentować działania Australijskiej Komisji Konkurencji i Konsumentów (*Australian Competition & Consumer Commission*)³⁴. Organ ten wydał już około trzydziestu tymczasowych autoryzacji na współpracę między konkurentami w związku z pandemią, z których jedynie część dotyczyła sektorów, które powszechnie są uznawane za szczególnie narażone na skutki kryzysu (np. transport lotniczy³⁵) lub ich współpraca jest korzystna z perspektywy interesu publicznego (np. dystrybucja leków lub ochrona zdrowia³⁶). Australijski regulator autoryzował m.in. współpracę konkurentów z branży telekomunikacyjnej³⁷, gazowej i naftowej³⁸, elektroenergetycznej³⁹, górniczej⁴⁰, a nawet loteryjnej⁴¹. Oczywiście, przedsiębiorcy mogą współdziałać jedynie w określonym zakresie, z którego wyłączone są szczególnie szkodliwe uzgodnienia. Niemniej jednak opisana polityka organu może wzbudzać nieufność do prawa konkurencji zarówno wśród przedsiębiorców, jak i wśród konsumentów, przez co moim zdaniem powinna być oceniona negatywnie.

3. Blankietowe zaakceptowanie współpracy między przedsiębiorcami

Niektóre organy, poza punktowym wyłączeniem lub ograniczeniem prawa konkurencji w określonych sektorach gospodarki, zdecydowały się na bardziej ogólne stwierdzenie, że porozumienia między przedsiębiorcami służące zmniejszeniu lub ograniczeniu skutków pandemii są zgodne z prawem konkurencji, a nawet jeżeli mogą budzić wątpliwości pod tym względem, to organy te odstąpią od egzekwowania przepisów w związku z takimi porozumieniami. Mimo że odpowiednie komunikaty właściwych organów określają warunki, pod jakimi współpraca przedsiębiorców jest dopuszczalna, to ze względu na ich ogólnikowość (np. wskazanie, że może ona dotyczyć

³³ Wykaz decyzji *Samkeppniseftirlitið* wyjątkowo dopuszczających współpracę przedsiębiorców ze względu na rozprzestrzenianie się COVID-19 jest dostępny na: <https://en.samkeppni.is/published-content/news/covid-19/>. Omawiana decyzja (w języku islandzkim) jest dostępna na: <https://www.samkeppni.is/media/akvardanir-2020/11-2020.pdf>.

³⁴ Komunikaty prasowe *Australian Competition & Consumer Commission* dostępne są na <https://www.accc.gov.au/media/media-releases>.

³⁵ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-authorises-regional-express-to-coordinate-with-other-airlines>.

³⁶ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/medicine-manufacturers-to-coordinate-on-covid-19-response> oraz <https://www.accc.gov.au/media-release/private-and-public-hospitals-to-cooperate-on-covid-19-in-victoria-and-queensland>.

³⁷ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/nbn-co-telcos-to-coordinate-on-demand-surge-and-consumer-support-package>.

³⁸ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/oil-companies-allowed-to-co-operate-to-secure-fuel-supply-during-covid-19-pandemic>.

³⁹ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/co-operation-to-support-reliable-energy-sector-authorised>.

⁴⁰ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/mining-companies-allowed-to-co-operate-during-covid-19-pandemic>.

⁴¹ Dostępne na: <https://www.accc.gov.au/public-registers/authorisations-and-notifications-registers/authorisations-register/national-lotteries-and-newsagents-association-ltd>.

„podstawowych” lub „deficytowych produktów i usług”⁴² bądź że jej celem musi być „zapewnienie sprawiedliwej dystrybucji produktów”⁴³) można te komunikaty określić jako blankietowe.

Stwierdzenie, z jednej strony, że współpraca przedsiębiorców jest zgodna z obowiązującym prawem konkurencji, z drugiej zaś – że nie będzie ona traktowana priorytetowo przez organy w ich działaniach z zakresu egzekwowania prawa, rodzą zasadniczo różne skutki, a zatem wymagają osobnego omówienia. W związku z tym należy się zgodzić, że jednoczesne powołanie tych dwóch zasad jako podstawy zaaprobowania współpracy przedsiębiorców może powodować istotne wątpliwości co do podstawy prawnej (tak w odniesieniu do Komunikatu Monti, 2020). Niektórzy autorzy lekceważą to rozróżnienie, wskazując, że „ten proceduralny szczegół nie ma wpływu na praktyczną, materialną stronę zasad konkurencji” (tak w odniesieniu do Komunikatu: Šmejkal, 2020, s. 4). Takie podejście nie wydaje się trafne.

Odnosząc się do stwierdzenia, że współpraca przedsiębiorców w określonym zakresie jest zgodna z obowiązującym prawem konkurencji, co do zasady nie budzi kontrowersji. „Taka rekomendacja wydaje się bowiem w całości wywiedziona z utrwalonej interpretacji traktatowego wyłączenia spod zakazu zawierania karteli określonego w art. 101(3) TFUE oraz rozwiniętego w Wytycznych Komisji z 2010–2011 r. w sprawie współpracy horyzontalnej i wertykalnej między przedsiębiorcami”⁴⁴ (Šmejkal, 2020, s. 4). Jedyne zastrzeżenie może budzić fakt, że Komunikat jest znacznie mniej szczegółowy od wytycznych w sprawie ograniczeń horyzontalnych i wertykalnych. Tym samym mogą pojawić się wątpliwości co do jakości analizy, która doprowadziła autorów Komunikatu do wniosku, że wskazane w nim działania są zgodne z prawem konkurencji. Nie wydaje się uzasadniony zarzut z wtórności takiego oświadczenia, albowiem w sytuacji kryzysowej w pewnym stopniu zwiększa ono pewność prawa dla przedsiębiorców.

Odmienne należy ocenić stwierdzenie, że organ ochrony konkurencji nie będzie traktował związanej z pandemią współpracy między konkurentami priorytetowo w kontekście egzekwowania prawa. Zwłaszcza w przypadku wyraźnego odróżnienia tej sytuacji od stwierdzenia zgodności z obowiązującym prawem konkurencji można dojść do wniosku, że organ rozpoznaje naruszenie prawa konkurencji co do zasady, lecz ze względu na okoliczności pozostające poza zakresem prawa konkurencji decyduje się je tolerować. Takie działanie można oceniać jako derogację obowiązującego prawa za pomocą komunikatu lub innego rodzaju oświadczenia organu, co trudno pogodzić z zasadą praworządności.

Niezbędne jest również rozważenie, na ile blankietowa akceptacja współpracy przedsiębiorców w zakresie dostaw podstawowych i deficytowych produktów jest adekwatna, biorąc pod uwagę skutki zaistniałego kryzysu na rynkach takich produktów. Mamy tu do czynienia z gwałtownym i znaczącym wzrostem popytu oraz wynikającym z niego niedoborem podaży. Można mieć zasadnicze wątpliwości czy ograniczenie konkurencji między dostawcami, a wręcz przyzwolenie na częściową (czy też miękka) kartelizację rynków może skutkować zwiększeniem podaży produktów. Zgodnie z zasadami działania mechanizmu rynkowego, wzrost popytu (tym bardziej skokowy) prowadzi do wzrostu ceny równowagi rynkowej, co z kolei normalnie stanowi motywację do

⁴² Zob. np. pkt 4) Komunikatu.

⁴³ Stanowisko ECN.

⁴⁴ *Such recommendations seem to be in their entirety derived from the long-established interpretation of the statutory exemption from cartel prohibition laid down in Article 101(3) TFEU and elaborated by the Commission in its Guidelines from 2010-11 on horizontal and vertical cooperation between undertakings.*

zwiększenia podaży. W warunkach konkurencji spodziewanymi skutkami nadwyżki popytu, której znakiem są wysokie lub wzrastające ceny, są: alokacja zasobów przedsiębiorców do produkcji brakujących produktów, rozwój rozwiązań substytucyjnych lub nowe wejścia na rynek. Natomiast porozumienia kartelowe (poza kartelami stricte cenowymi) mają na celu wywołanie sztucznego niedoboru podaży, m.in. poprzez ograniczanie produkcji, mocy wytwórczych lub nowych wejść na rynek (Schinkel i d'Ailly, 2020, s. 2). Z teoretycznego punktu widzenia rozwiązanie zaproponowane przez wiele organów ochrony konkurencji wydaje się zatem nieadekwatne⁴⁵.

Należy też zwrócić uwagę, że wsparcie państwa dla współpracy pomiędzy konkurentami historycznie wiązało się zawsze z negatywnymi wstrząsami popytowymi (w szczególności po zakończeniu obu wojen światowych oraz w okresie Wielkiego Kryzysu), prowadzącymi do nadpodaży i postulowanej przez przedsiębiorców konieczności restrukturyzacji rynku (Orbach, 2020, s. 34). Wyłącznie w tym kontekście opisywane są kartele zawierane w celu ograniczenia skutków kryzysu ekonomicznego (tzw. kartele kryzysowe) w polskiej literaturze (np. Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 285). Sytuacji nadpodaży dotyczył również ostatni kartel kryzysowy autoryzowany przez KE w 1994 roku w sprawie *Dutch Bricks*⁴⁶. Wobec tego w przykładach historycznych nie sposób znaleźć poparcia dla liberalnego traktowania współpracy konkurentów w celu zwiększenia podaży⁴⁷ (Schinkel i d'Ailly, 2020, s. 3).

O ograniczonej adekwatności rozwiązania zaproponowanego przez KE (a także podobnych stanowisk innych organów ochrony konkurencji) świadczyć może również fakt, że na podstawie Komunikatu (według wiedzy autora, opartej na oficjalnych informacjach ze strony KE) zostało wydane dotąd tylko jedno pismo o braku zastrzeżeń co do planowanych porozumień (*comfort letter*). Było to pismo skierowane do Medicines for Europe, organizacji producentów leków generycznych, wydane i opublikowane jeszcze tego samego dnia, co Komunikat⁴⁸. Oczywiście, argument ten nie jest przesądzający, a KE według własnej dyskrekcji mogła udzielać innym przedsiębiorcom wyjaśnień i wskazówek wyłącznie ustnie. Niemniej jednak fakt niewydania przez KE żadnego innego *comfort letter* przez blisko rok wydaje się znaczący. Skądinąd, zawartość Komunikatu, zbieżność określonych w nim zasad z zakresem współpracy zaaprobowanej przez KE w piśmie o braku zastrzeżeń skierowanym do Medicines for Europe, a także koincydencja czasowa wydania tych dokumentów może wskazywać na bardzo silny wpływ tego konkretnego przypadku współpracy przedsiębiorców na treść wyjaśnień KE.

Wydaje się, że znacznie bardziej adekwatnym sposobem realizacji celów zadeklarowanych przez KE w Komunikacie, a jednocześnie budzącym zdecydowanie mniejsze wątpliwości w świetle zasad antytrystu, byłoby dopuszczenie i promowanie koordynacji wertykalnej stanów magazynowych, koordynacja między państwami członkowskimi (które zamiast tego blokowały wzajemne

⁴⁵ Na marginesie można poczynić spostrzeżenie, że ryzyko działalności w zakresie środków związanych z opanowaniem pandemii, takich jak szczepionki, leki, środki ochrony indywidualnej czy środki dezynfekujące, wydaje się obniżone w okresie pandemii. Popyt nie tylko indywidualny, ale przede wszystkim publiczny wyprzedza podaż, liczne przykłady świadczą zaś o znacznej skłonności rządów do luzowania zwykłych zasad działania (np. proces dopuszczania szczepionek). W takich okolicznościach trudno byłoby przyjąć, że szersze dopuszczenie współpracy konkurentów jest uzasadnione potrzebą ograniczenia ryzyka biznesowego.

⁴⁶ Dec. KE z 29.04.1994 r., IV/34.456 – Stichting Baksteen, OJ L 131, 26.5.1994, s. 15–22.

⁴⁷ Dla pełnego obrazu należy nadmienić, że w punkcie 2) Komunikatu znajduje się wzmianka o ogólnym wstrząsie popytowym wynikającym z zakłócenia łańcuchów dostaw. Teoretycznie można rozważać adekwatność zwiększenia swobody współpracy konkurentów na rynku zakupowym w odpowiedzi na ten wstrząs. Jednakże, KE w dalszej części Komunikatu w ogóle nie eksponuje tego aspektu, w związku z czym uzasadnione jest założenie, że nie był on istotny dla sformułowania przez KE zasad współpracy przedsiębiorców w związku z pandemią.

⁴⁸ *Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients*, COMP/OG – D(2020/044003).

dostawy zasobów medycznych) oraz ewentualne interwencje rządów o różnym natężeniu wpływające na alokację zasobów na rynku (Schinkel i d'Ailly, 2020, s. 5–7).

Wreszcie, należy się odnieść do poprawności deklarowanego nadrzędnego celu stanowisk wielu organów ochrony konkurencji, jakim jest zapewnienie sprawiedliwej dystrybucji dóbr. Niektórzy autorzy pozytywnie ocenili stosowanie prawa konkurencji w celu realizacji tego zamiaru, a nawet podnieśli, że uzasadnienie dla tej „użytecznej kooperacji” powinno być rozszerzone, na przykład o zapewnienie bezpieczeństwa pracownikom (Costa-Cabral i in., 2020, s. 14)⁴⁹. Jednakże, choć cel ten może wydawać się elementem zapewniania dobrobytu konsumentów, to jednak trudno się zgodzić, aby zgodna z założeniami prawa konkurencji była troska o *consumer wellbeing* poprzez rezygnację ze stosowania prawa konkurencji.

4. Zmiany procedur lub sposobu działania organów ochrony konkurencji

Zarówno w oświadczeniach ECN, ICN oraz DOJ i FTC, jak i w komunikatach wielu krajowych organów ochrony konkurencji pojawiają się postulaty lub przedstawiane są konkretne plany takiego zmodyfikowania sposobu działania organów ochrony konkurencji, aby zapewnić przedsiębiorcom większy komfort w trudnym okresie pandemii. Udogodnienia te polegają w szczególności na otwarciu nowych kanałów komunikacji z organem, znaczącym skróceniu (instrukcyjnych) terminów odpowiedzi organu na pytania przedsiębiorców w sprawach związanych z kryzysem, wydaniu nowych wytycznych odnoszących się do aktualnej sytuacji kryzysowej, wreszcie do większej otwartości na konsultacje indywidualne, włącznie z wyrażaniem braku zastrzeżeń co do planowanych porozumień na piśmie (tzw. *comfort letters*). W szczególności należy przytoczyć stanowisko Grupy Sterującej ICN, która stwierdziła, że bezpośrednia i otwarta komunikacja ze strony organów ochrony konkurencji ma zasadnicze znaczenie w czasie kryzysu. Ponadto, zmiany w sposobie działania lub procedurach stosowanych przez organy, jak również nowe wytyczne dotyczące polityki egzekwowania prawa i dopuszczalnej współpracy przedsiębiorców powinny być jasne, przejrzyste i publikowane odpowiednio szybko.

Wydaje się, że podobne deklaracje nie niosą treści doniosłej prawnie ani istotnej z perspektywy przedsiębiorców. Co do zasady organy pozostawiają sobie bowiem pełną dyskrecję czy wydadzą autoryzację na piśmie dla określonych działań zamierzonych przez przedsiębiorców. Tymczasem zaoferowanie przedsiębiorcom możliwości uzyskania od organów antymonopolowych nieformalnych wyjaśnień indywidualnych co do planowanych porozumień, choć takie wyjaśnienia mają pewien walor poznawczy, nie wprowadza pewności prawa w sytuacji kryzysu. W dalszym ciągu przedsiębiorcy muszą się mierzyć z koniecznością interpretacji wypowiedzi organów ochrony konkurencji w związku z pandemią.

De lege ferenda należy uznać za zasadniczo trafny postulat wprowadzenia – zamiast modelu samooceny z możliwością konsultacji z organem antymonopolowym – systemu notyfikacji porozumień o współpracy w związku z kryzysem koronawirusa. W systemie tym interwencja organu polegałaby na żądaniu niewdrażania lub zaprzestania działań oczywiście niezgodnych z prawem

⁴⁹ Co w mojej ocenie, mając na uwadze tradycyjnie pojmowane cele prawa konkurencji, jest przykładem tzw. hipsterskiego antytrystu, czyli wywodzącego się z amerykańskiego środowiska naukowego ruchu, który postuluje odejście od ekonomicznych standardów analizy antytrustowej, zwłaszcza w modelu szkoły chicagowskiej, oraz co do zasady uznaje, że prawo konkurencji powinno zmierzać do realizacji celów pozaekonomicznych, głównie z zakresu polityki społecznej (zob. np. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3165192). Skądinąd wydaje się, że ruch ten staje się częścią głównego nurtu, ponieważ po wyborach prezydenckich w USA w 2020 r. jego czołowa przedstawicielka Lina Khan została mianowana na komisarza FTC.

lub zastąpienia ich mechanizmami mniej szkodliwymi dla konkurencji (bardziej proporcjonalnymi do uzasadnionego celu porozumienia), a w razie akceptacji rozwiązań zaproponowanych przez przedsiębiorców – na milczeniu w określonym terminie (Costa-Cabral i in., 2020, s. 14–15). Takie rozwiązanie, choć oczywiście bardziej obciążające organy ochrony konkurencji, dawałoby przy najmniej w pewnym zakresie większą pewność prawa, aniżeli model niewiążących i co do zasady ustnych konsultacji. Jednocześnie należy podkreślić, że rozwiązanie to miałoby istotną wadę w przypadku stosowania go bez szerszej koordynacji europejskiej (np. poprzez ECN), albowiem wyrażenie braku zastrzeżeń przez krajowe organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich UE nie mogłoby chronić przed odpowiedzialnością za naruszenie art. 101 TFUE egzekwowaną przez KE. Oczywiście, takie rozwiązanie przyjęte na poziomie administracyjnym nie mogłoby także dawać przedsiębiorcom ochrony przed prywatnoprawnym dochodzeniem roszczeń z tytułu naruszeń prawa konkurencji przez innych uczestników rynku.

Z praktycznego punktu widzenia zasadne byłoby też pytanie, czy działanie na tej zasadzie, np. przez KE, byłoby w bardziej ogólnej perspektywie realne. W sprawozdaniu specjalnym z 2020 roku Europejski Trybunał Obrachunkowy stwierdził bowiem, że ograniczone zasoby odbijają się negatywnie na zdolnościach KE w zakresie wykrywania naruszeń prawa konkurencji⁵⁰, a jednocześnie podejście KE w zakresie nadawania priorytetów określonym sprawom nie było optymalne⁵¹.

5. Działania na pograniczu regulowania cen

W reakcjach instytucji i organów ochrony konkurencji na pandemię COVID-19 zarysowuje się również tendencja do traktowania prawa konkurencji jako narzędzia do regulowania cen. Przejawia się to między innymi w podejmowaniu czynności nadzoru wobec przedsiębiorców działających samodzielnie, którzy nie mają pozycji dominującej⁵². Można domniemywać, że jest to reakcja na bieżące zapotrzebowanie społeczne, uzasadniona bardziej wyczerpaniem konsumentów na wzrost cen nabywanych produktów, niezależnie od jego przyczyn, aniżeli wyrafinowanymi antymonopolowymi teoriami szkody. Ponadto, na początku pandemii szczególnie nagłaśnianym problemem było spekulacyjne kupowanie i gromadzenie niektórych produktów przez niektóre podmioty, a następnie ich odsprzedawanie z bardzo wysoką marżą.

Wspomniana tendencja jest widoczna w wielu jurysdykcjach na całym świecie, w tym również w państwach europejskich. Na przykład, włoski organ ochrony konkurencji (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) prowadził postępowanie dotyczące cen środków ochrony indywidualnej i preparatów dezynfekujących, stosowanych przez małych przedsiębiorców prowadzących sprzedaż za pośrednictwem platform internetowych⁵³. Z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością można stwierdzić, że nie chodziło o działania podmiotów mających pozycję dominującą na jakimkolwiek rynku. Wydaje się również wysoce nieprawdopodobne, aby takie podmioty zawarły między sobą jakiegokolwiek porozumienia cenowe. Przy tych założeniach działanie urzędu można rozumieć jako presję na przedsiębiorców mającą na celu faktyczne obniżenie (uregulowanie) cen.

⁵⁰ Sprawozdanie specjalne 24/2020. Kontrole połączeń przedsiębiorstw i postępowania antymonopolowe w UE prowadzone przez Komisję – konieczne jest wzmocnienie nadzoru rynku, 2020, s. 19–22; <https://www.eca.europa.eu/pl/Pages/DocItem.aspx?did=56835>.

⁵¹ Sprawozdanie specjalne 24/2020, s. 23–24.

⁵² Nic przy tym nie wskazuje, aby właściwe organy opierały swoje działania na interesującej koncepcji monopolu sytuacyjnego, zgodnie z którą można oceniać pozycję rynkową określonego przedsiębiorcy w bardzo wąskim oknie czasowym (Costa-Cabral i in., 2020, s. 11).

⁵³ Krótki komunikat prasowy dostępny na: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/3/ICA-Coronavirus-the-Authority-intervenes-in-the-sale-of-sanitizing-products-and-masks>.

Podobnie można rozumieć zapowiedź norweskiego organu ochrony konkurencji (*Konkurransetilsynet*), który zakomunikował, że w obecnej sytuacji może być zmuszony do skorzystania ze swoich uprawnień wynikających ze szczególnej norweskiej legislacji i uregulowania cen istotnych towarów i usług⁵⁴. Oczywiście, jest to kompetencja wychodząca poza zakres „klasycznego antytrystu” i nie może podlegać ocenie na tej podstawie. Niemniej jednak niejako na marginesie można wyrazić wątpliwość czy przyznawanie jednemu organowi administracji kompetencji o sprzecznych celach (w tym wypadku nadzoru nad tym, aby mechanizmy konkurencji prowadziły do naturalnego ustalenia cen na poziomie rynkowym oraz regulowania cen) jest trafne.

Szczególną wagę należy w tym kontekście przywiązywać do stanowiska ECN, które zawiera stwierdzenie, że „sprawą najwyższej wagi jest zapewnienie, że produkty uznawane za niezbędne do ochrony zdrowia konsumentów w obecnej sytuacji (np. maseczki ochronne i żel dezynfekujący) pozostaną dostępne po konkurencyjnych cenach”⁵⁵. Sposób sformułowania tego stanowiska (w szczególności skupienie się w dalszej jego części na zapewnieniu „sprawiedliwej dystrybucji” produktów oraz zachęcanie producentów do stosowania maksymalnych cen odsprzedaży) prowadzi do wniosku, że przez „konkurencyjne ceny” ECN rozumie w istocie ceny niskie, być może nawet zaniżone w stosunku do poziomu rynkowego. Przy takim rozumieniu przywołanego sformułowania, stanowisko ECN w tym zakresie nie zasługuje na poparcie.

Jeżeli równowaga rynkowa ulega zachwianiu w wyniku skokowego wzrostu popytu na produkt, to w gospodarce rynkowej należy oczekiwać, że bezpośrednim skutkiem takiego wydarzenia będzie odpowiedni wzrost cen tego produktu. Co więcej, skutek ten może być długoterminowy, a tym samym równowaga cenowa może się ustalić na poziomie wyższym niż przed wstrząsem ekonomicznym. Utrzymywanie się tego stanu może z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do zintensyfikowania konkurencji na rynku właściwym dla tego produktu, choć ze względu na konieczność odpowiedniej adaptacji swojej działalności przez przedsiębiorców zwykle będzie się to odbywało w dłuższej perspektywie. Należy przy tym podkreślić, że to właśnie utrzymywanie się podwyższonej ceny produktu jest głównym źródłem informacji dla przedsiębiorców oraz motywacji do zaalokowania przez nich swoich zasobów produkcyjnych właśnie na tym rynku (Schinkel i d’Ailly, 2020, s. 2).

Jeżeli zatem rozpatrywalibyśmy sytuację utrzymywania się zawyżonych cen, pomimo braku pozycji dominującej oraz porozumień kartelowych, ściśle na podstawie podstawowych zasad unijnego i polskiego prawa konkurencji, to można postawić dwie alternatywne, a zarazem przeciwstawne hipotezy. Pierwszą – że mechanizm konkurencji działa, a mimo to – ze względu na okoliczności rynkowe, takie jak skokowy wzrost popytu i panika wśród konsumentów prowadząca do zachowania ekonomicznie nieracjonalnego – ceny utrzymują się na bardzo wysokim poziomie w porównaniu z sytuacją przed kryzysem. Drugą – że mechanizm konkurencji z jakichś powodów nie działa, przez co ceny utrzymują się na sztucznie wysokim poziomie wskutek indywidualnych decyzji niedominujących przedsiębiorców.

W obu wypadkach wydaje się, że interwencja organów ochrony konkurencji z pozycji anty-trustowych byłaby niewłaściwa oraz skazana na nieskuteczność. W pierwszym przypadku należy

⁵⁴ Wypowiedź *Konkurransetilsynet* dostępna na: <https://konkurransetilsynet.no/will-prevent-unreasonable-or-excessive-price-hikes/?lang=en>.

⁵⁵ [...] it is of utmost importance to ensure that products considered essential to protect the health of consumers in the current situation (e.g. face masks and sanitising gel) remain available at competitive prices.

uznać, że jeśli mechanizm konkurencji działa, to nie ma miejsca na interwencję organów ochrony konkurencji. W drugim przypadku należy uznać, że zaburzenie mechanizmu rynkowego ma charakter anomalii i nie tylko wynika z okoliczności będących poza zakresem uprawnień organów ochrony konkurencji, lecz także instrumenty tych organów nie są w stanie go uregulować. Poza zakresem niniejszej analizy pozostaje czy ta sytuacja wymagałaby interwencji państwa, która miałaby naprawić domniemane nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku, czy też nie. Jednak w razie odpowiedzi twierdzącej na to pytanie raczej należałoby oczekiwać interwencji rządowej w kierunku obniżenia cen, np. poprzez określenie cen maksymalnych lub poprzez wprowadzenie centralnych zasad ograniczających popyt (np. racjonowanie zakupów).

IV. Podsumowanie

Trudno jest jednoznacznie ocenić zidentyfikowane w artykule trendy w reakcji organów ochrony konkurencji na pandemię koronawirusa i spowodowany tym kryzys, albowiem obejmują one elementy o bardzo różnym charakterze. Natomiast w mojej ocenie w szczególności można zauważyć dwa zgoła odmienne wątki w stanowiskach i działaniach organów. Z jednej strony, wydaje się, że wiele działań było odpowiedzią na zapotrzebowanie społeczne, natomiast z perspektywy prawnej były one neutralne. Większość z nich nie odbiega od tych sprzed pandemii, a poza nielicznymi przypadkami legalność działań przedsiębiorców podlega dokładnie takiej samej analizie antymonopolowej, co w przeszłości, jedynie z uwzględnieniem zmienionych okoliczności rynkowych. W tym sensie wiele działań organów uznać trzeba w istocie za rodzaj autopromocji, a nie istotnej zmiany zasad. Poniekąd należy to ocenić pozytywnie w sytuacji, gdy taka istotna zmiana miałaby nastąpić bez żadnej zmiany legislacyjnej w danej jurysdykcji. Dodatkowym skutkiem omawianych tu działań jest to, że niejako przy ich okazji dochodzi do propagowania prawa konkurencji, co należy ocenić pozytywnie. Z drugiej strony, organy ochrony konkurencji wydają się – dyskretnie i w sposób nieformalny – modyfikować utrwaloną wykładnię niektórych pojęć i zasad prawa konkurencji wynikającą z aktów prawnych lub orzecznictwa. Wydaje się również, że w warunkach kryzysu pandemicznego doszło do zmodyfikowania celu antytrystu, a przynajmniej do rozszerzenia katalogu celów tej gałęzi prawa. Można stwierdzić, że ten aspekt działań organów ochrony konkurencji ma charakter rewolucyjny.

Do pierwszej, „promocyjnej” kategorii działań można zaliczyć przede wszystkim przypominanie przedsiębiorcom o obowiązku przestrzegania prawa konkurencji oraz potwierdzanie, że w dalszym ciągu będzie ono konsekwentnie egzekwowane. Poza niewieloma wyjątkami nie doszło do istotnego ograniczenia ani zawieszenia przepisów konkurencji, co należy ocenić pozytywnie. Należy się bowiem zgodzić, że „rezygnacja z prawa kartelowego przy pierwszej trudnej sytuacji świadczy o braku zaufania do procesu konkurencji, którego ochrona jest właśnie misją powierzoną organom”⁵⁶ (Schinkel i d’Ailly, 2020, s. 12). Drugim przykładem takich działań, neutralnym z prawnego punktu widzenia, jest potwierdzanie możliwości współpracy przedsiębiorców, w tym konkurentów, na dotychczas obowiązujących zasadach. Charakter autopromocyjny mają również działania na pograniczu regulowania cen, zwłaszcza prezentowane jako zwalczanie zachowań spekulacyjnych na rynku, które jednak nie powinny mieć trwałego wpływu na prawo.

⁵⁶ *Giving up cartel law at the first emergency demonstrates a lack of confidence in the competitive process, the protection of which is the very mission the agencies are tasked with.*

Do drugiej, „rewolucyjnej” kategorii działań przede wszystkim należy zaliczyć deklaracje organów ochrony konkurencji, które potwierdzają, że w określonym zakresie związana z pandemią współpraca przedsiębiorców budzi poważne wątpliwości, a nawet wykracza poza dotychczas obowiązujące zasady, a mimo to nie będą one traktowały tej współpracy priorytetowo w kontekście egzekwowania prawa. W takiej sytuacji trudno ocenić czy jeszcze mamy do czynienia z decyzją stosowania prawa, czy już w swej istocie decyzją prawodawczą (Wojciechowski, 2014, s. 61). Takie działanie trudno pogodzić z zasadą praworządności.

Kolejnym aspektem reakcji organów ochrony konkurencji na pandemię koronawirusa, mogącym mieć istotne konsekwencje, jest dalsze rozmywanie celów antytrystu poprzez przyjmowanie, że prawo antymonopolowe powinno służyć sprawiedliwemu rozdziałowi dóbr, nawet jeśli oznacza to niestosowanie przepisów prawa konkurencji. To należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

Niejako mimochodem w wypowiedziach organów ochrony konkurencji pojawiają się również drobniejsze zmiany rozumienia definicji i instytucji prawa konkurencji. Przykładowo, promując stosowanie cen maksymalnych w celu zmniejszenia kosztów po stronie konsumentów, organy antymonopolowe pomijają fakt, że w pewnych okolicznościach rynkowych jest to niedopuszczalne. Z kolei ICN i ECN silnie zasugerowały, że przez „konkurencyjne ceny” należy rozumieć w istocie ceny niskie, a nawet zaniżone w stosunku do poziomu rynkowego. Natomiast KE wskazała, że w razie „nadrzędnego wezwania” do współpracy, skierowanego przez organy publiczne do przedsiębiorstw, współpraca jest dozwolona, natomiast fakt zachęcania do współpracy oraz koordynowania jej przez organ publiczny będzie przemawiać za stwierdzeniem, że współpraca nie będzie problematyczna⁵⁷. Takie stanowisko wydaje się unieważniać szereg decyzji poczynszycy od tej w sprawie *Ladbroke*⁵⁸, zgodnie z którymi *state action defence* przysługiwała wyłącznie przedsiębiorcom działającym pod przymusem państwa, a nie na jego sugestię (Martyniszyn, 2012, s. 153–158).

Bibliografia

- Costa-Cabral, F., Hancher, L., Monti, G. i Ruiz Feases, A. (2020). EU Competition Law and COVID-19. *TILEC Discussion Paper DP 2020-007*. Pozyskano z: <http://ssrn.com/abstract=3561438> (15.12.2020).
- Hoffman, E. i Libecap, G.D. (1994). Political Bargaining and Cartelization in the New Deal: Orange Marketing Orders. W: C. Goldin, G.D. Libecap (red.), *The Regulated Economy: A Historical Approach to Political Economy* (s. 189–222). Chicago: University of Chicago Press.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). Rodzaje porozumień zakazanych. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 272–304). Warszawa: C.H. Beck.
- Orbach, B. (2020). Antitrust in the Shadow of Market Disruptions, *Antitrust*, 34(3), Summer, 32–37.
- Martyniszyn, M. (2012). A Comparative Look on Foreign State Compulsion as a Defence in Antitrust Litigation. *Competition Law Review*, 8(2), 143–167. Pozyskano z: https://pureadmin.qub.ac.uk/ws/portalfiles/portal/13701497/SSRN_id1986032.pdf (15.12.2020).

⁵⁷ Pkt 14)–16) Komunikatu.

⁵⁸ Joined cases C-359/95 P and C-379/95 P, Commission of the European Communities and French Republic v Ladbroke Racing Ltd. (Ladbroke Racing), [1997] ECR I-6265.

- Monti, G. (2020). Business Cooperation in Times of Emergency: The Role of Competition Law. *Competition Policy International*, 10.05.2020. Pozyskano z: <http://www.competitionpolicyinternational.com/business-in-times-of-emergency-the-role-of-competition-law/> (15.12.2020).
- Schinkel, M.P. i d'Ailly, A. (2020). Corona Crisis Cartels: Sense and Sensibility, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2020-31*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3623154> (15.12.2020).
- Šmejkal, V. (2020). Impact of the COVID-19 pandemic on European antitrust. Mere adaptations or real changes? *Prague Law Working Papers Series No. 2020/II/1*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3624824> (15.12.2020).
- Wojciechowski, M. (2014). *Pewność prawa*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.