

Seminarium naukowe pn. „Aktualne wyzwania gospodarki cyfrowej w sferze zwalczania porozumień ograniczających konkurencję”, Warszawa, 12 kwietnia 2018 r.

W dniu 12 kwietnia 2018 r. w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk odbyło się otwarte seminarium naukowe pn. „Aktualne wyzwania gospodarki cyfrowej w sferze zwalczania porozumień ograniczających konkurencję”. Otwierając seminarium zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji INP PAN, dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN odniósł się do wyzwań, jakie przed prawem konkurencji stawia rozwój gospodarki cyfrowej i wykorzystywanie nowych technologii w biznesie. Posługując się zaś kilkoma bieżącymi przykładami, zauważył, że organy ds. konkurencji starają się odpowiadać na powstające wyzwania na różne sposoby, w tym poprzez analizy wpływu nowych technologii na konkurencję, zmiany legislacyjne, a także przez wdrażanie zmian w swojej organizacji i strukturze.

Pierwszym z prelegentów był **Marcin Mleczko (INP PAN)**, który wygłosił referat pt. „Algorytmiczne ustalanie cen. Nowa kategoria ‘jednostronnych’ porozumień”. Referat miał charakter wprowadzający i skupiał się na zagadnieniach dotyczących porozumień ograniczających konkurencję z wykorzystaniem nowych technologii. Na wstępie referent zdefiniował pojęcie „algorytmu”, koncentrując się na algorytmach mających na celu ustalanie cen, a następnie podjął próbę ich osadzenia w kontekście zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Autor wskazał, że tylko niektóre zastosowania algorytmów służących do ustalania cen mogą być objęte zakazami prawa konkurencji, mimo że mogą generować szkody dla konsumentów. Prelegent dokonał podziału programów algorytmicznych na cztery kategorie. Pierwsza, która w ocenie prelegenta może być objęta zakazem porozumień ograniczających konkurencję, to wykorzystywanie algorytmu jako narzędzia służącego wdrożeniu porozumienia w życie, tj. dostosowania ceny do poziomu oferowanego przez konkurentów. Antykonkurencyjny charakter takiej praktyki potwierdziła m.in. decyzja brytyjskiego organu ochrony konkurencji z 12 sierpnia 2016 r. w sprawie *Trod Ltd - GB eye*. Druga, również budząca wątpliwości z punktu widzenia prawa konkurencji, to wspólne użycie jednego algorytmu przez kilku przedsiębiorców w wyniku zlecenia przez większą liczbę podmiotów zarządzania cenami jednemu dostawcy algorytmu. Zdaniem prelegenta, może to efektywnie doprowadzić do zawarcia porozumienia typu *hub and spoke*. Kolejna kategoria budzących zastrzeżenia praktyk z użyciem algorytmów dotyczy używania, przez znaczną część uczestników rynku, programów mających na celu automatyczne reagowanie w czasie rzeczywistym na zmiany cen wprowadzane przez konkurentów. Referent, odwołując się do ustalonego orzecznictwa¹, wyraził pogląd, iż takie zachowania, o ile nie są wynikiem wspólnych uzgodnień, nie są przejawem porozumienia

¹ Wyr. SN z 9.08.2006 r. (III SK 6/06).

ograniczającego konkurencję, a stanowią normalne reakcje rynkowe. Na zakończenie prelegent wspominał o – na razie hipotetycznym – zagrożeniu tzw. znową robotów, gdzie antykonkurencyjna koordynacja działań przedsiębiorców może być efektem inicjatywy należących do ich zasobów urzędzeń wyposażonych w sztuczną inteligencję. Prelegent wskazał, że gdyby algorytmy stały się zdolne do samodzielnego uczenia się i znowiania, byłoby to prawdziwe wyzwanie dla prawa konkurencji.

Drugi mówca, **dr hab. Paweł Podrecki, prof. INP PAN**, wygłosił referat pt. „Algorytmiczne metody ustalania cen w prawie konkurencji. Zagadnienia prawa prywatnego”. Prelegent skoncentrował się na ocenie algorytmicznych porozumień cenowych w kontekście dochodzenia roszczeń prywatnych (*private enforcement*). Profesor poddał pod dyskusję możliwość przypisania odpowiedzialności za porozumienie zawarte z zastosowaniem algorytmów cenowych, z wykorzystaniem nieujętych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów koncepcji pomocnictwa, podżegania i sprawstwa kierowniczego. W tym celu Prof. P. Podrecki odniósł się do konstrukcji prawnych metod ustalania odpowiedzialności funkcjonujących na gruncie prawa prywatnego, które mogą służyć jako schemat rozumowania w kontekście skutków cywilnoprawnych zawarcia porozumienia. W opinii prelegenta, z punktu widzenia prawa konkurencji ocenie podlegać powinien zarówno twórca programu służącego do ustalania cen, jak i przedsiębiorcy, którzy korzystają z tych narzędzi, zawierając antykonkurencyjną znowę. Zarazem Prof. P. Podrecki wyraził opinię, iż współczesne prawo konkurencji ma problem z kwalifikacją tych pierwszych zachowań. W tym kontekście wskazał na koncepcję pomocnictwa do kartelu, rozwijającą się głównie w doktrynie niemieckiej. Zwrócił uwagę na potrzebę dynamicznej wykładni pojęcia „porozumienia”, tak by objąć nie tylko jego bezpośrednich uczestników, lecz także podmioty zaangażowane w realizację antykonkurencyjnego celu w innym wymiarze (np. twórcy oprogramowania ustalającego ceny). Dalsze rozważania dotyczyły możliwości przypisania takim podmiotom trzecim odpowiedzialności przy dochodzeniu roszczeń prywatnych za szkodę wyrządzoną tym naruszeniem z zastosowaniem tradycyjnych konstrukcji prawa prywatnego, na gruncie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Rozszerzenie kręgu osób odpowiedzialnych byłoby, w ocenie mówcy, możliwe poprzez zakwalifikowanie naruszenia prawa konkurencji jako deliktu prawa cywilnego i posłużenie się przepisami kodeksu cywilnego regulującymi odpowiedzialność deliktową (art. 422 k.c., 429 k.c. oraz 430 k.c.).

Prelegent omówił okoliczności uzasadniające zastosowanie wymienionych form odpowiedzialności deliktowej na gruncie prawa konkurencji. Podsumowując Prof. P. Podrecki wskazał, iż rozważenia wymaga pytanie, czy oferowanie i świadczenie usług polegające na korzystaniu z programów algorytmicznych może być kwalifikowane w kategoriach odpowiedzialności pomocnika kartelu oraz czy korzystanie z takich programów jest postacią takich zachowań, jak powierzenie czynności do wykonania lub kierowanie działalnością. Prelegent skonstatował zarazem, że w tym zakresie cenna byłaby odpowiedź Trybunału Unii Europejskiej, co wymaga uprzedniego sformułowania pytania prejudycjalnego.

Kolejnym prelegentem był **dr Bartosz Targański (Szkola Główna Handlowa)**, który przedstawił referat pt. „Sprawa C-74/14 Eturas UAB – nowe formy porozumień, nowe standardy

dowodzenia?”. Dr Targański przedstawił stan faktyczny sprawy, tj. opisał funkcjonowanie systemu informatycznego do rezerwacji wycieczek online dla biur podróży na Litwie. Każde z biur podróży posiadało dostęp do panelu rezerwacji oraz skrzynkę na wiadomości od administratora systemu. W tych warunkach powstał problem antymonopolowej kwalifikacji wiadomości rozesłanych przez administratora systemu (spółki Eturas) do biur podróży, w sprawie ograniczenia rabatu od cen wycieczek z poziomu 4 do 1–3%. Na kanwie tej sprawy litewski Sąd Najwyższy skierował do TSUE pytanie prejudycjalne, mające na celu ustalenie czy można domniemywać, że przedsiębiorcy byli lub powinni byli być świadomi informacji o ograniczeniach w wysokości rabatów i, nie sprzeciwiając się mu, wyrazili milczącą zgodę na jego stosowanie.

Według dr. Targańskiego, sprawa dotyczyła w istocie roli pomocnika antykonkurencyjnej zмовy i domniemania pasywnego naruszenia. W tym kontekście, prelegent przywołał sprawy C-194/14 P *AC Treuhand* oraz C-8/08 *T-Mobile*, w których stwierdzona została możliwość naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE poprzez bierne formy uczestnictwa w porozumieniach. W sprawie będącej tematem referatu Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że domniemanie niewinności nie pozwala wnioskować, że biura zapoznały się z wiadomością na podstawie samego faktu, że wiadomość została wysłana – dopiero z chwilą zapoznania się z wiadomością biura podróży mogły ją milcząco zaakceptować. Jednocześnie jednak Trybunał stwierdził, że możliwe jest – na podstawie innych obiektywnych i spójnych poszlak – domniemanie, że biura podróży znały treść tej wiadomości. Domniemanie to mogło zostać przez biura podróży obalone, np. poprzez „tradycyjne” sposoby zdystansowania się: oświadczenie biur podróży wystosowane do wszystkich konkurentów, którzy byli adresatami spornej wiadomości lub zawiadomienie organu ochrony konkurencji. Ponadto, Trybunał wskazał na dodatkowe sposoby zdystansowania się – jasny i wyraźny sprzeciw skierowany do administratora systemu Eturas lub przedstawienie dowodu na systematyczne stosowanie rabatu powyżej ustalonego pułapu.

Prelegent wskazał na wątpliwości związane z domniemaniem niewinności w przypadku praktyk w środowisku cyfrowym, poddając pod rozagę rolę ekonomii stosowania prawa konkurencji, tj. co powinno, a co może być wykazywane: uczestnictwo w porozumieniu czy brak uczestnictwa. Prelekcję dr Targański zakończył półzartobliwym stwierdzeniem, że być może, oprócz tradycyjnie stosowanych zabezpieczeń komputerowych, należy rozpocząć wyposażanie komputerów także w filtry antytrustowe, blokujące wiadomości o treściach antykonkurencyjnych.

Ostatnią prelegentką była **dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel (INP PAN)**, która przedstawiła prezentację pt. „Transgraniczne porozumienia w sferze gospodarki cyfrowej a nowe wyzwania dla Europejskiej Sieci Konkurencji”. Prelegentka skoncentrowała się na działalności platform rezerwacyjnych jako nowych formach prowadzenia działalności gospodarczej w Internecie. Omawiając rozwój orzecznictwa w tej sprawie, dr Krasnodębska-Tomkiel przytoczyła na wstępie decyzję brytyjskiego organu ds. konkurencji ze stycznia 2014 r. dotyczącą warunków współpracy z hotelami i innymi wynajmującymi oraz wpływu na tradycyjne kanały sprzedażowe. Prelegentka odnotowała, że głównym identyfikowanym w przypadku platform rezerwacyjnym problemem są klauzule najwyższego uprzywilejowania. Wskazała zarazem na zróżnicowane podejście organów antymonopolowych w tym zakresie – niemiecki organ kwestionuje takie klauzule w szerokim ujęciu,

podczas gdy organy francuski, szwedzki, włoski, irlandzki i angielski przyjęły zobowiązania od spółki Booking.com legalizujące stosowanie klauzuli największego uprzywilejowania w wąskim ujęciu (tj. dotyczące tylko własnej strony internetowej obiektu). Prelegentka przytoczyła także raport Komisji Europejskiej oraz dziesięciu krajowych organów antymonopolowych, dotyczący monitoringu rynków europejskich pod kątem oceny skutków wyeliminowania szerokich (tj. dotyczących wszystkich kanałów rezerwacji w jednym obiekcie) klauzul najwyższego uprzywilejowania. Zgodnie z konkluzją raportu, wyeliminowanie stosowania klauzuli najwyższego uprzywilejowania w takim szerokim ujęciu poprawiło warunki konkurencji².

W następnej kolejności prelegentka podniosła kwestię roli Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN) do przeciwdziałania transgranicznym naruszeniom prawa konkurencji przez działające ze swej istoty równolegle w wielu krajach platformy rezerwacyjne. Autorka referatu podniosła konieczność wypracowania przez organy ds. konkurencji wspólnego podejścia w tym zakresie. Drugą kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest według prelegentki ustalenie, w jaki sposób działania organów ds. konkurencji względem transgranicznie działających podmiotów, takich jak platformy rezerwacyjne, miałyby być koordynowane – czy przez Komisję Europejską czy w sposób horyzontalny (między krajowymi organami). To ostatnie rozwiązanie prelegentka uznała za lepsze w sytuacji zaangażowania mniejszej liczby krajów. Jednak – jak podkreśliła – najważniejsza jest wola współpracy do wypracowania wspólnego standardu.

Przemówienia zaowocowały ożywioną dyskusją, którą zapoczątkowała Prof. Małgorzata Król-Bogomilska (WPIA UW), zwracając uwagę m.in. na celowość odwołania się do konstrukcji prawa karnego w kontekście przypisywania odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, uzasadnioną penalnym charakterem kar pieniężnych nakładanych w sprawach antymonopolowych. Prof. Król-Bogomilska odniosła się do spraw *AC Treuhand* dotyczących kwestii tzw. pomocnictwa do kartelu, podkreślając, iż Komisja Europejska nałożyła karę na przedsiębiorcę działającego na innym rynku niż ten, na którym funkcjonował kartel, co stanowiło precedens w praktyce decyzyjnej Komisji. Prof. Król-Bogomilska przedstawiła także swoje uwagi dotyczące ustalenia uczestnictwa w kartelu podmiotu pasywnego, wskazując, że jest to rodzaj odpowiedzialności za zaniechanie, uzależnionej od istnienia obowiązku działania (przeciwstawienia się) ugruntowanej w doktrynie prawa karnego. Następnie głos zabrał dr Maciej Bernatt (WZ UW), który zwrócił się do prof. Podreckiego z pytaniem, czy jego zdaniem można przypisać odpowiedzialność na gruncie prawa cywilnego za zachowania, które nie byłyby zakazane na gruncie ustawy antymonopolowej. Prof. Podrecki w odpowiedzi na pytanie podkreślił, że odpowiedzialność za szkodę spowodowaną przez naruszenie prawa konkurencji nie musi być oparta na ustawie *private enforcement*. Wobec powyższego reguły odpowiedzialności (związek między czynem a szkodą) mogą być ustalane na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym. Kolejny uczestnik dyskusji, mec. Krzysztof Kanton, zwrócił uwagę na różnicę między aktywnym pomocnikiem kartelu, którego przedmiotem działalności jest ułatwienie funkcjonowania porozumienia a dostawcą oprogramowania, który może nie mieć świadomości, w jaki sposób zostanie użyty jego produkt. Na tej podstawie postulował ostrożność w ocenie zachowań dostawców oprogramowania. Kolejnym głosem w dyskusji był komentarz mec. Katarzyny Wiese, która wskazała na konieczność

² http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf.

rozróżnienia form pasywnego uczestnictwa w porozumieniu na bierną partycypację powodowaną np. strachem od uczestnictwa polegającego na zapewnianiu przez przedsiębiorcę atmosfery sprzyjającej znowie. Na zakończenie seminarium prelegenci odnieśli się do uwag przedstawianych w trakcie dyskusji.

Urszula Czarnomska-Bokowy

doktorantka INP PAN; pracownik Departamentu Ochrony Konkurencji w UOKiK
e-mail: u.czarnomska@gmail.com

Paulina Komorowska

doktorantka INP PAN; adwokat w kancelarii CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang Pośniak i Sawicki sp.k.
e-mail: paulina.komorowska@cms-cmno.com