

Seminarium online pt. „Prawo konkurencji i pandemia COVID-19. Prześciowe zmiany czy trwałe konsekwencje?”, Zakład Prawa Konkurencji INP PAN, 14 czerwca 2021 roku

W dniu 14 czerwca 2021 r. Zakład Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych PAN zorganizował seminarium naukowe online poświęcone pandemii COVID-19. Podczas seminarium referaty wygłosili: dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel (INP PAN), mec. Michał Konrada Derdak (uczestnik prawniczych seminariów doktorskich INP PAN) oraz dr Bartosz Targański (Szkoła Główna Handlowa). Spotkanie z udziałem prelegentów oraz kilkudziesięciu praktyków i akademików moderował dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN.

W pierwszej kolejności prof. Grzegorz Materna przywitał uczestników spotkania i wyjaśnił powody wyboru tematu seminarium. Przypomniwał, że czas pandemii nie tylko wpłynął na nasze życie osobiste oraz rzeczywistość społeczno-gospodarczą, ale też zrodził lawinę zmian prawnych, uzasadnianych zwalczaniem pandemii i związanego z nią kryzysu. Wdrażane lub projektowane zmiany legislacyjne objęły też uregulowania służące ochronie konkurencji. Również organy ochrony konkurencji pozostały aktywne, przedstawiając stanowiska na temat różnych aspektów współpracy przedsiębiorców w dobie kryzysu pandemicznego.

Pierwszy referat wygłosiła dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel. Dotyczył on nowych mechanizmów kontroli procesów inwestycyjnych. Referentka przypomniała o wprowadzonych w ubiegłym roku przepisach o kontroli przez Prezesa UOKiK inwestycji zagranicznych. Zwróciła uwagę na szczególny charakter tej regulacji na tle innych egzekwowanych przez Prezesa UOKiK – kryteriami oceny transakcji przez organ antymonopolowy są porządek, bezpieczeństwo i zdrowie publiczne. Przepisy te mają funkcjonować 2 lata oraz być realizowane równoległe z antymonopolową kontrolą koncentracji. Referentka odnotowała niski, jak dotąd, stopień ich faktycznego oddziaływania (póki co w domenie publicznej pojawiło się jedynie kilka decyzji, wszystkie wyrażające zgodę na zgłaszaną transakcję).

Dr Krasnodębska-Tomkiel w dalszej kolejności omówiła opublikowaną 17 czerwca 2020 r. Białą Księgę KE w sprawie wyrównywania szans w związku z subsydiami zagranicznymi (COM(2020) 253 final). Zwróciła uwagę na trzy ujęte w niej obszary: ochrona przed subsydiami ułatwiającymi przejmowanie przedsiębiorców z UE; ogólna ochrona jednolitego rynku UE przed tymi zakłóceniami; ochrona przed nieuczciwymi przetargami z udziałem subsydiowanych (aby wygrać dany przetarg) przedsiębiorców spoza UE. Efektem przeprowadzonych, po opublikowaniu Białej Księgi, konsultacji był projekt rozporządzenia w sprawie dotacji publicznych zakłócających rynek wewnętrzny (projekt z 5 maja 2021 r., COM(2021) 223 final).

W ramach nowej regulacji Komisja Europejska (KE) miałaby badać wpływ subsydiów zagranicznych zakłócających uczciwość konkurencji na rynku UE. Regulacja wprowadza dodatkowy obowiązek notyfikacyjny – w odniesieniu do koncentracji wspartych dofinansowaniem publicznym spoza UE, w przypadku, gdy obrót w UE przedsiębiorstwa, które ma zostać przejęte (lub co

najmniej jednej z łączących się stron), wynosi 500 mln EUR lub więcej, a zagraniczne dofinansowanie wynosi co najmniej 50 mln EUR. Analogiczny instrument dotyczy notyfikacji ofert w zamówieniach publicznych wspartych dofinansowaniem publicznym spoza UE, w przypadku, gdy szacunkowa wartość zamówienia wynosi 250 mln EUR lub więcej. Trzeci instrument jest dosyć szeroki i selektywny, a w jego ramach KE będzie mogła badać z urzędu wszelkie inne przypadki (w tym mniejsze koncentracje i przetargi) i żądać dodatkowych notyfikacji w razie potrzeby.

Przewidziane środki rekompensujące i zobowiązania mają być nakładane w razie uznania przez KE zakłócającego konkurencję wpływu dofinansowania publicznego spoza UE w konkretnym przypadku. KE będzie mogła nałożyć środki behawioralne i strukturalne (np. zakaz pewnych praktyk lub zbycie aktywów), albo wydać decyzję zakazową (w zakresie koncentracji lub przyznania zamówienia publicznego).

Prelegentka podsumowując stwierdziła, że organy antymonopolowe zaczynają odgrywać coraz większą rolę w procesach inwestycyjnych. Zwróciła też uwagę na brak jasności co do tego, jaki związek będą miały polskie uregulowania dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych z przewidywaną regulacją unijną.

Drugi referat, dotyczący podejścia organów ochrony konkurencji do współpracy między przedsiębiorcami w czasie obecnego kryzysu, wygłosił mec. Michał Konrad Derdak. Zwrócił uwagę, że już na samym początku pandemii stosowne komunikaty opublikowała Europejska Sieć Konkurencji, a potem inne instytucje i organy ochrony konkurencji. Według prelegenta pandemia wyraźnie wzmocniła współpracę międzynarodową organów ochrony konkurencji oraz doprowadziła do globalizacji pewnych trendów: podkreślenia obowiązku przestrzegania prawa konkurencji; rozszerzenia dopuszczalności współpracy konkurentów i koordynacji działań między przedsiębiorcami; zmiany pragmatyki i zasad proceduralnych w celu zapewnienia większej pewności przedsiębiorcom oraz działań na pograniczu regulowania cen w celu zapewnienia sprawiedliwej dystrybucji najbardziej niezbędnych produktów, takich jak leki, środki higieniczne czy żywność.

Modele podejścia organów do zakresu współpracy konkurentów, dopuszczalnych w trakcie kryzysu pandemicznego, prelegent podzielił przede wszystkim według zakresu na punktowe oraz szerokie (blankietowe) wyłączenia prawa konkurencji.

W przypadku punktowego wyłączenia prawa konkurencji możemy mieć do czynienia ze starannie zidentyfikowanymi rynkami oraz uzasadnionym zakresem współpracy (przykład organu niemieckiego i koordynacji w przemyśle motoryzacyjnym) lub mniej starannymi działaniami (przykład organu australijskiego i szerokich *letters of comfort* dla około trzydziestu branż).

Blankietowe wyłączenie prawa konkurencji widać na przykładzie ECN. Dotyczy ono koniecznych i tymczasowych środków stosowanych w celu zapobieżenia niedoborom podaży w całej gospodarce: „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”.

Dopuszczenie kartelizacji, przy skokowej nadwyżce podaży, ma zdaniem prelegenta racjonalne uzasadnienie, natomiast wiążą się z nim pewne problemy. Po pierwsze, takie podejście jest nieskuteczne z punktu widzenia dowodów historycznych. Po drugie, takie podejście jest niezgodne z celami prawa konkurencji (zwłaszcza *consumer welfare*). Zakłada ono bowiem przeniesienie znacznej części skutków ekonomicznych kryzysu na konsumentów.

Zdaniem referenta brak jest racjonalnego uzasadnienia dopuszczenia kartelizacji przy skokowej nadwyżce popytu. Dopuszczenie współpracy konkurentów w takiej sytuacji może utrzymać niedobór podaży. Natomiast dopuszczenie kartelizacji, w oderwaniu od skutków pandemii na dany rynek, jest już, zdaniem referenta, decyzją zupełnie polityczną.

Jeżeli chodzi o sposób dopuszczenia współpracy, to albo może ono polegać na wsparciu organu ochrony konkurencji dla ustawowego zawieszenia lub ograniczenia przepisów antytrudystowych (przykład CMA), albo na wydaniu przez organ oświadczenia o odstąpieniu od stosowania prawa (przykład KE: w zwykłych okolicznościach wymiana informacji i koordynacja byłaby problematyczna w świetle unijnego prawa konkurencji, ale w związku z pandemią egzekwowanie przepisów w tym zakresie „nie będzie dla KE priorytetem”).

Prelegent, podsumowując swój referat, stwierdził, że deklaratywne podkreślenie obowiązku przestrzegania prawa konkurencji jest często niezgodne z praktyką działania organów. Część działań organów, zwłaszcza faktyczna derogacja prawa za pomocą komunikatu, jest wysoce wątpliwa w świetle zasady praworządności i może prowadzić do niezgodności działań organów ze standardem praktyki opartej na dowodach: podejmowania decyzji nieadekwatnych nawet w teorii lub negatywnie zweryfikowanych w przeszłości.

Ostatni referat wygłosił dr Bartosz Targański. Wystąpienie dotyczyło współpracy między przedsiębiorcami, ale w odróżnieniu od poprzedniego wystąpienia, skupiono się na relacjach wertykalnych i na pokazaniu perspektywy rynkowej. Prelegent rozpoczął od przypomnienia specyfiki sektora handlu elektronicznego. W Internecie rozwinęło się wiele modeli biznesowych zaburzających tradycyjny wertykalny łańcuch dostaw, a wielu producentów podjęło w ostatnich latach działania ograniczające dystrybucję w Internecie; w efekcie relację handel tradycyjny – handel elektroniczny cechował silny antagonizm interesów producentów i dystrybutorów.

Antagonizm tych interesów przejawiał się praktykami ocenianymi przez organy ochrony konkurencji za ograniczenia konkurencji, w szczególności narzucaniu przez dostawców minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży w kanale internetowym i tradycyjnym; zakazywaniu dystrybutorom posługiwania się w wyszukiwarkach internetowych znakami towarowymi dostawcy, czy zakazywaniu dystrybutorom sprzedaży w Internecie / na platformach internetowych.

Dr Targański wyjaśnił, że z perspektywy nauk ekonomicznych pandemia jest przykładem ujemnego szoku podażowego będącego ciągiem zdarzeń w gospodarce, które nie wynikają z gry rynkowej, lecz z czynników zewnętrznych. To, co mogliśmy odczuć w krótkiej perspektywie, to wzrost kosztów produkcji, wzrost cen produktów, wzrost wydatków gospodarstw domowych, obniżenie realnego dochodu gospodarstw domowych i ograniczenie konsumpcji – w efekcie spadek popytu krajowego oraz zmniejszenie produkcji i zatrudnienia. W dłuższej perspektywie w gospodarce zachodzą zmiany dostosowawcze, tj. pojawiają się alternatywne źródła dostaw i różne innowacje. Z tej perspektywy omówione zostaną zmiany, jakie zaszły w łańcuchu dostaw w wyniku szoku podażowego wywołanego pandemią.

Główna zmiana w dystrybucji, która została wywołana pandemią, to dynamiczny wzrost liczby sklepów internetowych. Drugą zmianą było otwarcie sklepów online przez dystrybutorów niekorzystających wcześniej z kanału elektronicznego (np. Lidl, Żabka). Można było zaobserwować też wzrost sprzedaży produktów luksusowych w Internecie przez producentów. Spadek dochodów klientów doprowadził do zmiany ich zachowań (zakupy bardziej przemyślane). Efektem wszystkich

tych zmian jest zaostrzenie konkurencji, wzrost czynników pozacenowych na decyzje klienta (np. dopasowanie oferty, skrócenie czasu dostaw). Wzrosła również sprzedaż online produktów spożywczych (np. Frisco), i w związku z tym pojawiły się innowacje, które doprowadziły do zmiany sposobów dostaw (dostawy w ciągu jednego dnia; dywersyfikacja dostaw – więcej mniejszych powierzchni magazynowych; nowe metody dostaw eliminujące bezpośredni kontakt (jak np. rozwój sieci paczkomatów). Rozwinął się także rynek produktów używanych. Pojawiły się również inne innowacje, takie jak *live chats* zastępujące kontakt z personelem, algorytmy podpowiadające produkty, którymi może być zainteresowany kupujący, wprowadzane są nowe technologie związane ze sztuczną inteligencją, Internetem rzeczy (IoT) czy wyszukiwanie obrazem.

Referent następnie przedstawił główne różnice między handlem elektronicznym a tradycyjnym, na które, jego zdaniem, pandemia nie wpłynęła. Po pierwsze, konsumenci wciąż nie są zainteresowani kupowaniem w Internecie produktów specjalistycznych, wymagających fachowych porad. Po drugie, dla wielu konsumentów zakupy tradycyjne są formą spędzania wolnego czasu. Jeżeli chodzi o handel elektroniczny, to jego cechą charakterystyczną jest to, że umożliwia zbieranie cennych danych o preferencjach nabywcy i bezpośrednią komunikację.

Przechodząc do podsumowania, referent stwierdził, że pandemia przyspiesza zacieranie podziału na handel tradycyjny oraz handel elektroniczny. Obydwa kanały integrują się, stając się elementami jednego złożonego systemu dystrybucji (*omnichannel*). Pandemia jest też katalizatorem dezintermediacji – producenci silniej konkurują ze swoimi dystrybutorami (podwójna dystrybucja), co może rodzić problemy horyzontalne i utrudniać ocenę antymonopolową. Obraz po pandemii jest bardzo skomplikowany w ocenie. Przed pandemią łańcuchy miały łatwe do zidentyfikowania szczeble. Czynniki siły rynkowej w łańcuchu dostaw determinowane były głównie przez cenę, właściwości produktu oraz renomę producenta. W świecie post-pandemicznym oprócz czynników tradycyjnych występują też czynniki dodatkowe, takie jak zbiór danych o preferencjach konsumenta (*Big Data*), algorytmy i narzędzia sztucznej inteligencji umożliwiające zaproponowanie lepiej dopasowanej oferty (*zero-click commerce*), skuteczna reklama internetowa.

W kolejnej części seminarium dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN zadał referentom pytania do ich wystąpień. Adresatem pierwszego pytania był dr Targański, a dotyczyło ono wniosków, jakie można wyciągnąć z opisanych przez prelegenta zmian rynkowych wobec kształtu przyszłych uregulowań dotyczących porozumień wertykalnych: przyspieszania przez pandemię zjawiska dezintermediacji oraz zacierania się dychotomii handel tradycyjny – handel elektroniczny. Dr Targański uznał, że trudno o jednoznaczną odpowiedź, natomiast kształt nowego projektu rozporządzenia wertykalnego ma uwzględniać nowe czynniki przewag konkurencyjnych i siły rynkowej, które nie mogły być uwzględnione w 2010 r. Ponadto, z wypowiedzi przedstawicieli KE wynika, że bierze ona pod uwagę możliwość pewnego rozluźnienia gorsetu formalnego zawartego w obecnych wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

Kolejne pytanie, tym razem skierowane do dr Krasnodębskiej-Tomkiel, dotyczyło tego, czy omawiane przez nią reguły kontroli inwestycji zostałyby jej zdaniem wprowadzone gdyby nie pandemia, oraz czy będą one miały uzasadnienie po ustaniu związanego z nią stanu kryzysowego. Dr Krasnodębska-Tomkiel uznała, że gdyby nie pandemia COVID-19, zmiany na pewno nie weszłyby w życie tak szybko, jak teraz. Dodała również, że jej zdaniem pozostaną one z nami na dłużej.

Pytanie skierowane do mec. Derdaka dotyczyło tego, jak prelegent wyobraża sobie optymalną reakcję organów antymonopolowych na powstałą sytuację kryzysową. Mec. Derdak uznał, że zasady współpracy przedsiębiorców powinny pozostać takie, jakie były przed pandemią. Ewentualne pole do interwencji publicznej może polegać na zapewnieniu bezpieczeństwa i zdrowia publicznego, ale też w wąskim zakresie (i nie przez organy ochrony konkurencji).

Ostatnie pytanie, skierowane do dr. Targańskiego, zadała Pani Charlotta Lendzion, uczestniczka spotkania, pytając: czy w przypadku korzystania ze sztucznej inteligencji obowiązek informacyjny w stosunku do konsumentów powinien być rozszerzony? Dr Targański przyznał, że ten wątek jest niezwykle istotny i wkrótce stanie się subdziedziną prawa konkurencji, która będzie dodatkowo regulowana. Źródłem tej regulacji ma być rozporządzenie KE – na razie będące w formie projektu – które stanowi pierwszy krok do regulacji sztucznej inteligencji.

mgr Marcin Mleczko

Instytut Nauk Prawnych PAN

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6037-224X>

e-mail: marcinmleczko@gmail.com