



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

**WYMIANA INFORMACJI MIĘDZY KONKURENTAMI
JAKO PRAKTYKA OGRANICZAJĄCA KONKURENCJĘ
– KIERUNKI ROZWOJU ANALIZY
PRAWNO-EKONOMICZNEJ**

Sonia Józwiak, LL.M.

WYMIANA INFORMACJI MIĘDZY KONKURENTAMI
JAKO PRAKTYKA OGRANICZAJĄCA KONKURENCJĘ
— KIERUNKI ROZWOJU ANALIZY
PRAWNO-EKONOMICZNEJ

Sonia Józwiak, LL.M.



Warszawa, wrzesień 2011

Spis treści

1. Wprowadzenie	5
2. Wymiana informacji jako czynnik zwiększający transparentność rynku	6
2.1. Prokonkurencyjny charakter transparentności rynku	7
2.1.1. Korzyści wynikające z transparentności rynku dla przedsiębiorców	7
2.1.2. Korzyści wynikające z transparentności rynku dla konsumentów	9
2.2. Antykonkurencyjny charakter wymiany informacji a zwiększona transparentność rynku	9
2.2.1. Antykonkurencyjna koordynacja	10
2.2.2. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku	11
3. Wymiana informacji – rodzaje i formy oraz ocena antymonopolowa	12
3.1. Rodzaje i formy porozumień dotyczących wymiany informacji	12
3.2. Cel i skutek praktyki	14
3.3. Rynek właściwy	15
3.4. System wymiany informacji	17
3.4.1. Wymiana bezpośrednia i pośrednia, kontekst wymiany informacji	17
3.4.2. Wymiana prywatna i publiczna	21
3.4.3. Częstotliwość wymiany informacji	21
3.5. Rodzaj i charakter wymienianych informacji	22
3.5.1. Strategiczność informacji	22
3.5.2. Dostępność informacji	22
3.5.3. Indywidualny i zagregowany charakter informacji	23
3.5.4. Informacje aktualne, dotyczące przyszłości i historyczne	23
3.6. Wymiana informacji a jakościowe wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję	24
4. Uwagi końcowe	25

1. Wprowadzenie

W dobie coraz bardziej specyficznych i zaawansowanych interakcji między przedsiębiorcami na tle świadomymi reguł prawa ochrony konkurencji, by nie dopuszczać się tzw. naruszeń typu *hard-core*, lecz nie na tyle (prawymi), by całkowicie zaprzestać praktyk antykonkurencyjnych, wysiłki coraz większej liczby organów antymonopolowych na świecie skupiają się wokół ścigania działań, które polegają na wymianie informacji. W ostatnich latach również Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także jako: „Prezes Urzędu” lub „Prezes UOKiK”) w ramach postępowań wyjaśniających oraz antymonopolowych poddaje analizie porozumienia dotyczące wymiany informacji między konkurentami.

Praktykom wymiany informacji pomiędzy konkurentami poświęcony został rozdział drugi Komunikatu Komisji Europejskiej – *Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*¹ (dalej także jako: „Wytyczne”), które zastępują wcześniejsze *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*². Wytyczne są pierwszym horyzontalnym dokumentem Komisji Europejskiej (dalej także jako: „Komisja” oraz „KE”) w tak kompleksowy sposób analizującym problematykę wymiany informacji między konkurentami i zawierającym szczegółowe wskazówki stosowania prawa konkurencji w tym zakresie³. Nowe Wytyczne KE zawierają zasady dokonywania oceny na podstawie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ (dalej także jako: „TFUE”) porozumień pomiędzy przedsiębiorcami, decyzji związków przedsiębiorców i praktyk uzgodnionych

1 Dz. U. UE C 11/1 z dnia 14.01.2011 r. Warto zaznaczyć, że podczas publicznych konsultacji w sprawie projektu Wytycznych w okresie od 4 maja 2010 r. do 25 czerwca 2010 r. złożonych zostało ponad 100 wkładów konsultacyjnych od zainteresowanych stron, zob. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/index.html.

2 Komunikat Komisji Europejskiej - Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. U. UE C 3 z 06.01.2001 r.).

3 Komisja Europejska po raz pierwszy odniosła się do kwestii wymiany informacji między konkurentami w Komunikacie – Wytyczne w sprawie porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w ramach kooperacji między przedsiębiorcami (tzw. *Co-operation Notice*, Dz. U. UE C 75 z 29.7.1968 r.). Dokument ten formułował ogólne założenia polityki konkurencji w tym zakresie, wskazując, iż po pierwsze jedynie wymiana informacji, która może być w stanie wpływać na konkurencję, może być poddana ocenie na podstawie reguł antymonopolowych zawartych w Traktacie, oraz że ograniczenia konkurencji spowodowane taką wymianą mogą uwidocznić się zwłaszcza na rynkach oligopolistycznych, na których występują jednorodne produkty. Kolejnym dokumentem, szeroko już analizującym wymianę informacji między konkurentami był Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania artykułu 81 Traktatu WE do sektora transportu morskiego (Dz. U. UE C 245 z 26.09.2008 r.). Jako że wytyczne te opracowane zostały na potrzeby stosowania prawa konkurencji w obszarze ściśle określonego i specyficznego sektora, mogły stanowić jedynie posiłkowe źródło odwołań w generalnej praktyce orzeczniczej europejskich organów antymonopolowych, a ich bardziej ogólnego stosowania nie można uznać za pożądane (tak też: A. Ossowska, *Co, komu, za ile? – Zastosowanie prawa konkurencji i mikroekonomii do oceny wymian informacji między przedsiębiorcami* [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji*, Warszawa 2010, s. 103).

4 Dz. U. UE C 83 z 30.3.2010 r.

dotyczących współpracy horyzontalnej. Zakresem zastosowania Wytycznych objęte są porozumienia „o charakterze horyzontalnym”, rozumiane szeroko, to jest jako współpraca pomiędzy stronami porozumienia, które są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami, ale także pomiędzy stronami znajdującymi się na tym samym szczeblu łańcucha ekonomicznego, nie będącymi jednak konkurentami aktualnymi ani potencjalnymi, np. pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, którzy prowadzą działalność na tych samych rynkach produktowych, ale na różnych rynkach geograficznych⁵.

Horyzontalne porozumienia kooperacyjne rodzą dla zawierających je przedsiębiorców znaczące korzyści gospodarcze, takie jak: oszczędności kosztów, zmniejszenie ryzyk, zwiększenie inwestycji, gromadzenie *know-how*, zwiększenie jakości i różnorodności produktów czy szybsze wprowadzanie innowacji na rynek. Niemniej porozumienia takie mogą mieć również antykonkurencyjne cele lub – choćby potencjalnie – antykonkurencyjne skutki. Tak samo i wymiana informacji między konkurentami może stanowić źródło korzyści, tak dla przedsiębiorców, jak i konsumentów, lub też mieć antykonkurencyjny cel czy skutek.

Niniejszy artykuł w kolejnej części zawiera ogólne rozważania na temat korzyści i szkód, jakie przynosić mogą konkurencji porozumienia dotyczące wymiany informacji, zwiększając transparentność rynku właściwego. W dalszej zaś części przedstawione zostały najczęściej występujące typy, treść i zakres takich porozumień i zarazem generalne wytyczne odnośnie do ich oceny antymonopolowej. Ostatnia część natomiast zawiera uwagi i wnioski dotyczące kierunków rozwoju podejścia organów antymonopolowych do praktyk polegających na wymianie informacji między konkurentami.

2. Wymiana informacji jako czynnik zwiększający transparentność rynku

Pojęciem kluczowym dla ekonomicznej oceny wymiany informacji jest transparentność rynku, jakiego taka wymiana dotyczy⁶. Przejrzystość rynku, zwłaszcza przejrzystość cenowa, rodzi zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki⁷. Dodatkowo, skutki te można podzielić ze względu na uczestników rynku, dla jakich powstają, czyli przedsiębiorców i konsumentów⁸. Różnie można poza tym oceniać natężenie oraz efekty transparentności uzyskanej dzięki wymianie informacji w zależności od tego, czy dotyczy ona jedynie

5 Zob. Wytyczne, pkt 1.

6 Zob. OECD Policy Roundtables, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP/WD(2010).

7 Na temat ekonomicznych skutków niedoskonałej i doskonałej informacji rynkowej zob. L. Philips, *The Economics of Imperfect Information*, Cambridge University Press 1988.

8 Zob. K. Kühn, X. Vives, *Information Exchanges among Firms and their Impact on Competition*, Office for Official Publications of the European Community, Luxembourg 1995.

uczestników wymiany informacji (transparentność wewnętrzna), czy ogółu innych uczestników rynku (transparentność zewnętrzna)⁹.

Choć ekonomiczne skutki przejrzystości rynku podlegają określonej typologizacji, nie sposób ująć ich w sposób enumeratywny ani nakreślić między nimi sztywnej linii podziału. W tym zakresie Wytyczne KE są próbą odpowiedzi na nierzadko wynikającą stąd niepewność wśród przedsiębiorców co do ewentualnej klasyfikacji ich działań polegających na wymianie informacji z punktu widzenia zgodności z regułami antymonopolowymi.

2.1. Prokonkurencyjny charakter transparentności rynku

Warto pamiętać, iż przejrzystość (również cenowa) na rynku może być korzystna zarówno dla oferentów, jak i nabywców dóbr i usług. Wymiana informacji jako jeden ze sposobów na osiąganie lub powiększanie transparentności rynkowej może się również przyczyniać do polepszenia funkcjonowania na rynku zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów. Trzeba też zaznaczyć, iż transparentność jest jedną z cech dystynktywnych modelu doskonałej konkurencji (ang. *perfect competition*). Można więc przyjąć, iż pewien zakres przejrzystości cenowej jest zazwyczaj niezbędny do tego, aby rynek mógł pretendować do miana konkurencyjnego.

2.1.1. Korzyści wynikające z transparentności rynku dla przedsiębiorców

Z punktu widzenia przedsiębiorców wymiana informacji bardzo często rodzi korzystne skutki¹⁰. Umożliwia ona podejmowanie lepszych decyzji biznesowych poprzez właściwe skupienie produkcji, a tym samym dopasowane zaspokajanie popytu. W przypadku przedsiębiorców konkurujących wielkościami produkcji wymiana informacji na temat wielkości spodziewanego popytu powodować może tzw. efekt dostosowywania ilości produkcji do popytu¹¹.

Ponadto, w przypadku tzw. preferencji różnorodności lepsza informacja umożliwia producentom taką dywersyfikację swej produkcji w porównaniu do konkurentów, która najefektywniej zaspokoi popyt.

Informacja na temat funkcjonowania rynku ma też prokonkurencyjne skutki, kiedy pozwala konkurentom na samoocenę w porównaniu do tych przedsiębiorców, którzy konkurują najskuteczniej, i dostosowywanie swoich

9 Zob. A. Capobianco, *Information Exchange under EC Competition Law*, Common Market Law Review, V. 41, s. 1252 i n.

10 Zob. Wytyczne, pkt 57.

11 Zob. A. Ossowska, op. cit., s. 108-109 i K. Kühn, X. Vives, op. cit.

zachowań do najefektywniejszej linii rynkowej (ang. *benchamarking*)¹². Osiągnięcie takich korzyści umożliwia zwłaszcza informacja o kosztach.

Wymiana informacji i wiedzy pozwala poza tym na dzielenie się tzw. dobrymi praktykami, co przyczynia się do poprawy wejścia na rynek nowych przedsiębiorców i pozwala im lepiej konkurować. Wymiana informacji o parametrach konkurencji na dobrze funkcjonujących rynkach może przyciągać nowe wejścia oraz zewnętrzny kapitał inwestycyjny. Przejrzystość cenowa może być więc również korzystna z punktu widzenia potencjalnych tylko konkurentów, którzy w oparciu o dostępne dane mogą realnie ocenić swe szanse na efektywne wejście na dany rynek.

Również na rynkach cechujących się asymetrią informacji o konsumentach, takich jak sektor bankowy czy ubezpieczeniowy, wymiana informacji o potencjalnych klientach może pomóc przedsiębiorcom zmniejszać ryzyko biznesowe i zapobiec zjawisku kontraktowania w sytuacji, kiedy trudno jednoznacznie rozróżnić tzw. dobrych i złych kontrahentów (ang. *adverse selection*)¹³.

Dodatkowo, lepsza informacja o rynku prowadzi do zwiększenia wiedzy technologicznej, a tym samym szybszych i lepszych inwestycji, zwiększenia jakości i różnorodności produktów oraz szybszego wprowadzania innowacji na rynek.

Co istotne, stworzenie warunków dla przejrzystości cenowej jest kluczowym krokiem w liberalizacji niektórych rynków¹⁴.

Trzeba wreszcie zaznaczyć, iż pewien zakres przejrzystości rynkowej czy też wprowadzanie otwartych modeli cenowych¹⁵ mogą być wymagane przez regulatorów także ze względu na interesy inne niż te właściwe prawu ochrony konkurencji. W takich sytuacjach wymiana informacji, w granicach określanych przez przepisy prawa, nie podlegałyby antymonopolowej penalizacji, a przedsiębiorcom uczestniczącym w takiej wymianie przysługiwałyby

12 Ibidem, s. 110.

13 Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2006 r. w sprawie *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, C-238/05, par. 54. W wyroku tym Trybunał potwierdził kompatybilność z unijnymi regulacjami prawa konkurencji internetowego rejestru stworzonego przez stowarzyszenie instytucji finansowych zawierającego wrażliwe informacje o listach klientów, ich historii kredytowej, w celu wymiany wiedzy przedsiębiorców dotyczącej wypłacalności klientów. Sąd stwierdził, iż „system wymiany informacji kredytowej między instytucjami finansowymi tego rodzaju jak rejestr informacji dotyczących wypłacalności klientów (...) co do zasady nie wywołuje skutku w postaci ograniczenia konkurencji (...), jeżeli rynek lub rynki właściwe nie są w dużym stopniu skoncentrowane, system ten nie umożliwia zidentyfikowania wierzycieli, a warunki dostępu i korzystania z tego systemu przez instytucje finansowe nie są dyskryminacyjne pod względem prawnym i faktycznym”. Por. również wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 stycznia 2003 r., sygn. akt: XVII Ama 29/02 (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. nr 2). Zob. także OECD Policy Roundtables, *Report on Competition and Regulation in Retail Banking*, DAF/COMP(2006)33.

14 Przykładem mogą być rynki telekomunikacyjne lub rynki energii elektrycznej i gazu. Zob. np. Dyrektywa Rady 90/377/EEC z 29 czerwca 1990 r. w sprawie procedury Wspólnoty dotyczącej doskonalenia przejrzystości cen gazu i energii elektrycznej dostarczanej przemysłowym odbiorcom końcowym. Por. Deloitte, *Otwarte systemy cenowe jako szczególne, nietypowe postacie kartelu*, dostępne na: ftp://ftp.uokik.gov.pl/analizy/rezultat2_v1.pdf, s. 20.

15 Por. ibidem.

specyficzna ochrona przed antymonopolowym ściganiem (ang. *regulated conduct defence*).

2.1.2. Korzyści wynikające z transparentności rynku dla konsumentów

Wysoki poziom transparentności rynku jest korzystny również dla konsumentów – oznacza bowiem możliwość porównywania ofert przedsiębiorców i dokonywania optymalnych wyborów. W tym kontekście zwłaszcza publiczna wymiana informacji może niwelować asymetrię informacyjną po stronie konsumentów w porównaniu do przedsiębiorców, wspierając tych pierwszych w poruszaniu się wśród skomplikowanych ofert różnych dostawców¹⁶.

Poza tym, wiedza na temat parametrów konkurencji na danym rynku zmniejsza tzw. koszty poszukiwania (ang. *search costs*) i pozwala konsumentowi samodzielnie dokonywać efektywnych wyborów bez konieczności uciekania się do często kosztownych metod wyspecjalizowanych w tym względzie agencji¹⁷.

Informacja na przykład o udziale w rynku danego przedsiębiorcy czy jego klientach może posłużyć jako wskaźnik jakości określonych produktów¹⁸. Zwiększona transparentność może też dla konsumentów oznaczać informację niezbędną do podjęcia decyzji o zmianie dostawcy. Zwłaszcza w sektorach o wysokich kosztach przeniesienia (ang. *switching costs*), w których taka zmiana dokonywana jest zazwyczaj niezwykle ostrożnie, kompletna informacja pozwala na odpowiednią reakcję konsumentów łatwiej podejmujących decyzję o zmianie dostawcy, co niweluje tak zwany efekt zamknięcia (ang. *lock-in effect*)¹⁹.

Podobnie na rynkach o efektach sieciowych (ang. *network effects*) czy też rynkach „przeptywających” (ang. *tipping market*) informacja o udziale w rynku, będąca dla konsumentów jednym z podstawowych kryteriów decyzji o kontraktowaniu, pomaga im dokonywać świadomych wyborów.

2.2. Antykonkurencyjny charakter wymiany informacji a zwiększona transparentność rynku

Zwiększanie transparentności rynku poprzez wymianę informacji między konkurentami może prowadzić także do negatywnych konsekwencji, zarówno dla przedsiębiorców, jak i konsumentów. Wyróżnić można

16 K. Kühn, X. Vives, op. cit., s. 92.

17 Wytyczne, pkt 57. Por. także: G. Stigler, *Economics of Information*, Journal of Political Economy 1961, V. 69, s. 213-225.

18 A. Ossowska, op. cit., s. 111 i cytowana tam literatura.

19 Zob. J. Padilla, M. Pagano, *Sharing Default Information as a Borrower Discipline Device*, European Economic Review 1999, V. 44, s. 1951-1980, dostępne również na: <http://www.csef.it/WP/wp21.pdf>.

antykonkurencyjny wpływ takiej wymiany o charakterze skoordynowanym, to jest mogący prowadzić do zмовy pomiędzy przedsiębiorcami co do ich zachowań (ang. *coordinated outcome*), jak i nieskoordynowanym, to jest mogący prowadzić do wykluczenia określonych przedsiębiorców (ang. *non-coordinated outcome*). Tym samym oparte na antykonkurencyjnej specyfice danej praktyki tzw. teorie szkody, (ang. *theories of harm*) można podzielić na te o charakterze skoordynowanym (ang. *coordinated theories of harm*) jak i nieskoordynowanym (ang. *non-coordinated theories of harm*).

2.2.1. Antykonkurencyjna koordynacja

Przyjmuje się, że porozumienia dotyczące wymiany informacji są niezgodne z zasadami konkurencji, jeżeli zmniejszają lub eliminują poziom niepewności co do działalności konkurentów na określonym rynku, będący podstawą gry konkurencyjnej między przedsiębiorcami, co skutkuje ograniczeniem konkurencji i zastąpieniem jej przez współpracę między tymi podmiotami²⁰.

Z pierwszym rodzajem skoordynowanych antykonkurencyjnych działań możemy mieć do czynienia wówczas, kiedy uzyskana dzięki wymianie informacji przejrzystość rynku pozwala przedsiębiorcom na koordynację swoich zachowań na rynku właściwym, czyli na cichą lub jawną zmovę, co z kolei prowadzić może na przykład do antykonkurencyjnego wzrostu cen, ograniczania produkcji czy jakości lub innowacyjności przedsiębiorców²¹. Z punktu widzenia nauk ekonomicznych zмова jest możliwa, kiedy ustalony zostanie tak zwany wspólny punkt (ang. *focal point*) stanowiący podstawę do koordynacji zachowań. Przykładowo, Stigler w swoich badaniach po raz pierwszy wskazał, iż istnieje prawie nieskończona kombinacja cen mogących stanowić strukturę zyskową dla przedsiębiorców obecnych na określonym rynku²², dlatego koordynacja między uczestniczącymi w niej przedsiębiorcami wymaga ustalenia takich wspólnych punktów, wokół których najłatwiej i najtrwalej będzie można ustalić swe zachowania. Wybór właściwego punktu wspólnego czy uniknięcie chociażby wojny cenowej są znacząco ułatwione na rynkach o dużej transparentności, a tym samym i poprzez wymianę informacji²³. Do umożliwienia przedsiębiorcom osiągnięcia takiego porozumienia w największym stopniu może przyczynić się wymiana

20 Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie *John Deere Ltd v. Commission*, C-7/95, par. 90 (Zb. Orz. 1998 r., I-3111); wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 października 2003 r., w sprawie *Thyssen Stahl AG v. Commission*, C-194/99, par. 81 (Zb. Orz. z 2003 r., I-10821); wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, C-238/05, par. 51 (Zb. Orz. 2006, s. I-11125) oraz Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., DOK-7/2009, pkt 490.

21 Wytyczne, pkt 65-66.

22 G. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy 1964, V. 72, s. 44 - 46.

23 Zob. Publikacja szwedzkiego urzędu antymonopolowego, *The Pros and Cons of Information Sharing*, Stockholm 2006, s. 36.

informacji o zamierzonym zachowaniu, lub też wymiana informacji o obecnym zachowaniu, które ujawnią zamiary dotyczące przyszłego zachowania.

Poza tym, wymiana informacji służyć może monitorowaniu koordynacji, czyli weryfikacji przestrzegania określonych zachowań rynkowych przez konkurentów²⁴. Zmowy z samej swej natury są niestałe, dlatego zwiększona transparentność rynku i możliwość badania polityki umawiających się przedsiębiorców wzmacnia trwałość porozumienia i wprowadza wewnętrzną dyscyplinę wśród jego uczestników (wewnętrzna stabilność koordynacji)²⁵. Monitorowanie przestrzegania warunków koordynacji pozwala ponadto na szybkie działania odwetowe w stosunku do przedsiębiorców, którzy się do nich nie stosują. Samo bowiem dysponowanie narzędziami odwetowymi nie wystarcza dla zapewnienia stabilności koordynacji, jeśli nie istnieją skuteczne mechanizmy monitorowania, pozwalające na ich użycie²⁶.

Ponadto, taka polegająca na monitorowaniu rynku funkcja wymiany informacji pozwala na wykrycie także zewnętrznych zagrożeń dla funkcjonowania umowy i zastosowanie odpowiednich strategii wobec określonej polityki czy wejścia nowego przedsiębiorcy (zewnętrzna stabilność koordynacji)²⁷.

Monitorowaniu służyć może zarówno wymiana bieżących danych, jak i danych dotyczących przeszłości.

2.2.2. Antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku

Antykonkurencyjny charakter określonej wymiany informacji, nie prowadząc do koordynacji zachowań przedsiębiorców uczestniczących w wymianie, objawiać się może jednak tak zwanym zamknięciem dostępu do rynku (ang. *foreclosure*), czyli wykluczeniem zewnętrznych przedsiębiorców²⁸. Wymiana informacji na zasadach wyłączności może bowiem powodować zamknięcie dostępu do tego samego rynku, na którym odbywa się ta wymiana, czy nawet rynków powiązanych. W przypadku zamkniętych systemów wymiany informacji na rynku można zasadniczo wyróżnić dwa rodzaje poziomów transparentności, przy czym ten istniejący wśród przedsiębiorców uczestniczących w wymianie jest wyższy od tego, jaki panuje w stosunkach pomiędzy uczestnikami wymiany

24 Zob. OECD Policy Roundtables, *Facilitating Practices in Oligopolies*, DAF/COMP(2008)24, por. zwłaszcza wkłady Holandii oraz Komisji Europejskiej i Stanów Zjednoczonych.

25 Przykładowo w przypadku polskiego kartelu cementowego Prezes UOKiK stwierdził, że „wymiana informacji dotyczących bieżących wielkości sprzedaży ułatwiała petryfikację sytuacji rynkowej i umożliwiała szybkie reagowanie konkurentów w sytuacji nadmiernego wzrostu sprzedaży któregoś z producentów cementu”. Wykryte przez Prezesa UOKiK zobowiązanie się przez jednego z kartelistów wobec pozostałych do zmniejszenia własnego udziału, po wykryciu przez konkurentów faktu zaniżania danych sprzedażowych wskazuje, iż kartel posiadał duże możliwości dyscyplinowania poszczególnych producentów cementu (zob. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/2009, pkt 481).

26 G. Stigler, op. cit., s. 46.

27 Wytyczne, pkt 67. Zob. też decyzja Komisji Europejskiej z dnia 17 lutego 1992 r., *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, pkt 46 (Dz. U. UE L 068, z 13.03.1992, s. 19-33).

28 Zob. Wytyczne, pkt. 69-71.

a innymi przedsiębiorcami. Taka zwiększona asymetria informacji wzmacnia efekt wykluczenia. Ograniczenie dostępu do rynku lub też wykluczanie z rynku przedsiębiorców niebędących członkami wymiany zazwyczaj możliwe jest poprzez użycie mechanizmów monitorowania zewnętrznego, które, jak pokazano, są tym skuteczniejsze, im większa jest przejrzystość rynku. Antykonkurencyjne wykluczenie jest możliwe zwłaszcza w sytuacji, gdy przedmiotowe informacje mają strategiczne znaczenie dla konkurencji i pokrywają znaczącą część rynku właściwego.

3. Wymiana informacji – rodzaje i formy oraz ocena antymonopolowa

3.1. Rodzaje i formy porozumień dotyczących wymiany informacji

Ani lista antykonkurencyjnych porozumień zawarta w art. 101 ust. 1 TFUE, ani w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²⁹ nie wymieniają *expressis verbis* praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na wymianie informacji. Należy jednakże podkreślić, iż te katalogi zakazanych porozumień mają jedynie charakter przykładowy, nieenumeratywny, a więc dopuszczalne jest uznanie przez organ antymonopolowy za zakazaną innej niż objęte ww. artykułami praktyki nienazwanej, na przykład właśnie porozumienia dotyczącego wymiany informacji.

Wymiana informacji może występować na rynku właściwym w kilku zasadniczych kontekstach. Wymiana informacji może być jedynie częścią mechanizmu służącego implementacji lub kontrolowaniu antykonkurencyjnych porozumień i wtedy nie jest uważana za odrębne naruszenie przepisów prawa konkurencji, ale podlega ocenie jako element składowy określonego naruszenia³⁰. W takim przypadku wymiana ma zazwyczaj miejsce przy przygotowaniu lub wprowadzaniu w życie dokonanych ustaleń kartelu czy też innego porozumienia horyzontalnego albo służy monitorowaniu ich przestrzegania,

29 Dz. U. z 2007 r. Nr. 50, poz 331 ze zm. (dalej także jako: „u.o.k.k.” oraz „ustawa antymonopolowa”).

30 Zob. wyrok Sądu w sprawie T-141/94 *Thyssen Stahl* przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1999 r., II-347 i wyrok TSUE w sprawie *Thyssen Stahl* przeciwko Komisji C-194/99 P, Zb. Orz. z 2003 r., I-10821 oraz wyrok SOKiK z dnia 7 grudnia 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 25/00 (niepubl.), w którym Sąd stwierdził, iż „aby porozumienie cenowe PKS-ów objętych postępowaniem antymonopolowym mogło powstać i być skuteczne, przedsiębiorstwa te musiały wymienić pomiędzy sobą stosowne informacje”.

a jej cel lub skutek jest taki sam jak ten właściwy głównemu naruszeniu. Taka wymiana dodatkowo stanowi dowód określonego naruszenia³¹.

Przekazywanie informacji między konkurentami może stanowić osobne porozumienie, praktykę uzgodnioną lub decyzję związku przedsiębiorców będące jednak jednym z naruszeń szerszego kartelu, zawartego przykładowo w celu ustalania cen lub wielkości czy podziału rynków lub klientów. Taki rodzaj wymiany informacji powinien być oceniany w powiązaniu z ewentualnymi innymi naruszeniami w kartelu³².

Wymiana informacji może być również częścią innego rodzaju specyficznego porozumienia horyzontalnego, stanowiąc jedno z osobnych naruszeń. Ocenę tego rodzaju wymiany informacji należy przeprowadzać w powiązaniu z oceną odpowiedniego porozumienia horyzontalnego.

Poza tym, wymiana informacji może także stanowić samodzielne naruszenie reguł prawa konkurencji (ang. *stand-alone infringement*) i jako takie winna być samodzielnie oceniana³³.

Ostatnim typem wymiany to oczywiście taka, która w żaden sposób nie jest antykonkurencyjna ani powiązana z antykonkurencyjnymi praktykami.

Należy ponadto podkreślić, że wymianę informacji można rozpatrywać w kontekście odrębnego naruszenia art. 101 TFUE lub art. 6 u.o.k.k. jedynie, jeżeli stanowi ona przedmiot porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorców. Trzeba przy tym pamiętać, iż wymiana informacji między konkurentami coraz rzadziej dokonuje się bezpośrednio podczas spotkań, w przysłowiowym *smoke-filled room*, a przyjmuje formy bardziej wyszukane i skomplikowane zarazem.

Coraz rzadziej też dochodzi do zawarcia porozumienia *sensu stricto* o wymianie informacji, a antykonkurencyjne praktyki objawiają się jako dużo bardziej wymagające pod względem dowodowym praktyki uzgodnione. Zwraca na to też uwagę Komisja Europejska, która w Wytycznych, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, definiuje pojęcie praktyki uzgodnionej jako formę koordynacji pomiędzy przedsiębiorcami – na etapie przed zawarciem porozumienia we właściwym znaczeniu – w wyniku której świadomie zastępują oni praktyczną współpracą ryzyko związane

31 OECD Policy Roundtables, *Facilitating Practices in Oligopolies*, DAF/COMP(2008)24, zob. zwłaszcza wkład Holandii, oraz OECD Policy Roundtables, *Report on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, DAF/COMP/GF(2006).

32 Zob. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009r., DOK-7/2009, pkt 489 oraz F. Arbault, E. Sakkers, *Cartels* [w:] J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press 2007, s. 773 i n.

33 Przykładowo Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 17 lutego 1992 r., *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, (Dz. U. UE L 068, z 13.03.1992, s. 19 - 33) oraz Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2 grudnia 1986 r. w sprawie *Fatty Acids*, (Dz. U. UE L 3 z 1987 r., s. 17).

z konkurencją³⁴. Jeżeli porozumienie *sensu stricto* w sprawie wymiany informacji nie istnieje, w każdym indywidualnym przypadku należy dokonać oceny, czy występuje praktyka uzgodniona lub czy określone działanie, przykładowo stałe rozpowszechnianie informacji przez przedsiębiorcę, jest faktycznie zachowaniem jednostronnym, które nie wchodzi w zakres stosowania art.101 ust. 1 TFUE czy art. 6 u.o.k.k.³⁵.

Coraz bardziej powszechna staje się również wymiana informacji poprzez stowarzyszenia branżowe i takie praktyki najczęściej podpadają będą pod kategorię decyzji związków przedsiębiorców³⁶.

3.2. Cel i skutek praktyki

Organy antymonopolowe, dokonując oceny praktyki wymiany informacji, powinny wykazać, czy jej celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie, czy naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zgodnie z Wytycznymi Komisji Europejskiej, wymianę między konkurentami zindywidualizowanych danych na temat planowanych, przyszłych cen lub ilości należy uznać za ograniczenie konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. Komisja podkreśla, iż prywatna wymiana takich informacji jest zagrożona wszczęciem dochodzenia i ostatecznie karą grzywny za udział w kartelu³⁷. Nie zmienia to faktu, że i inne rodzaje wymiany informacji między konkurentami mogą być zakwalifikowane jako antykonkurencyjne już przez sam ich cel. Wydaje się, że również wymiana informacji na temat obecnego

34 Zob. zwłaszcza wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands i in.*, (Dz. U. UE, C 2009, 180/20) wydany w odpowiedzi na zapytanie w trybie prejudycjalnym złożone przez holenderski sąd krajowy, w którym Trybunał określił przesłanki uznania określonego postępowania za praktykę uzgodnioną i wypowiedział się co do rozkładu ciężaru dowodu istnienia związku przyczynowego pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem przedsiębiorców na rynku, zgodnie z którym należy domniemywać, iż przedsiębiorcy ci, jeżeli dalej działają na rynku, uwzględniają informacje uzyskane od swych konkurentów.

35 W tym kontekście warto wyróżnić zachowanie przedsiębiorców wynikające z tak zwanego dozwolonego paralelizmu oligopolistycznego. Zachowania paralelne polegają na świadomym dostosowywaniu się przedsiębiorców do zmienionych warunków rynkowych, w tym do zachowań konkurentów. Jest to normalna reakcja rynkowa i nie jest zakazana. Warunkiem uznania takich działań za legalne jest ich adekwatność do nowej sytuacji na rynku, a typowym przykładem jest podniesienie cen jako reakcja na podobne posunięcia ze strony konkurentów. Dystynktywną cechą zachowań paralelnych jest brak charakterystycznego dla zakazanego porozumienia elementu uzgodnienia, podjętego w jakiegokolwiek formie (por. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 22 kwietnia 2005 r., RPZ-11/2005). W orzecznictwie sądów europejskich podkreśla się, że wymóg niezależności nie odbiera podmiotom prawa inteligentnego przystosowania się do aktualnego lub przewidywanego zachowania konkurentów (zob. na przykład Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 1981 r. w sprawie 172/80 *Gerhard Züchner przeciwko Bayerische Vereinsbank AG* (Zb. Orz. Z 1981 r., s. 2021).

36 Zob. OECD, Policy Roundtables, *Trade Associations Policy Roundtable*, DAF/COMP(2007)45, zwłaszcza wkład Polski. Zob. także: S. Jozwiak (Polish Office of Competition and Consumer Protection), *Information sharing in the case law of the President of the Polish Office of Competition and Consumer Protection - the role of trade associations on the special example of the cement cartel decision*, Amsterdam Center for Law & Economics (ACLE) 6th annual Competition & Regulation Meeting: Information, Communication and Competition, dostępne na: <http://www.kernbureau.uva.nl/acle/object.cfm/C6226793-DE88-4AE6-BD97B0439CD29ABA>.

37 Zob. Wytyczne, pkt 72-74.

zachowania, która ujawnia zamiary odnośnie do przyszłego zachowania dotyczącego strategii cenowej lub ilości, oraz przypadki, w których połączenie różnego rodzaju danych umożliwia bezpośrednio wywnioskowanie planowanych cen lub ilości, stanowiąc mogą naruszenie przez cel.

Inne naruszenia wynikające z wymiany informacji powinny być oceniane ze względu na aktualne lub choćby potencjalne skutki, jakie powodują lub mogą powodować na rynku. Ocena antymonopolowa praktyk wymiany informacji winna obejmować potencjalny wpływ wymiany na rynek w porównaniu z sytuacją konkurencji, jaka miałaby miejsce przy braku takiego porozumienia³⁸.

W każdym wypadku ocena zgodności wymiany informacji z prawem konkurencji powinna być dokonywana *in concreto*³⁹.

Antymonopolowa analiza skutków danej praktyki zależy zwłaszcza od warunków ekonomicznych panujących na rynku właściwym, jak również rodzaju i charakteru wymienianych informacji oraz od charakterystyki systemu wymiany informacji. Poniżej, w punktach 3.3-3.5 przedstawiono warunki, w jakich lub w kombinacji jakich wymiana informacji może osiągnąć antykonkurencyjne efekty. W punkcie 3.6 wskazano zaś potencjalnie mogące znaleźć zastosowanie co do naruszeń ze względu na cel, jak i skutek ogólne warunki wyłączenia zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE lub art. 6 ust. 1 polskiej ustawy antymonopolowej.

3.3. Rynek właściwy

Analizując strukturę rynku w celu oceny potencjalnych chociażby efektów konkretnej wymiany informacji, należy badać kilka czynników.

Jest bardziej prawdopodobne, iż przedsiębiorcy będą koordynować swe zachowania na rynkach oligopolistycznych, silnie skoncentrowanych. Mniejsza liczba przedsiębiorców obecnych na rynku właściwym łatwiej pozwala osiągnąć wspólny punkt dla koordynacji, monitorować jej przestrzeganie oraz zapewniać jej utrzymywanie poprzez zachowania odwetowe wobec przedsiębiorców łamiących zasady koordynacji, jak i zachowania skierowane

38 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-7/95P *John Deere Ltd* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. 1998 r., I-3111, pkt 75-77.

39 Por. przykładowo decyzja francuskiego organu antymonopolowego z dnia 25 listopada 2005 r. w sprawie *Palais Parisiens* (nr 05-D-64) oraz postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 11 października 2010 r. zamykające postępowanie wyjaśniające (nr RPZ-400/53/09/DW) – oba wydane w sprawach dotyczących systemów wymiany informacji pomiędzy przedsiębiorcami z branży hotelarskiej, które miały miejsce między innymi w związku z zewnętrznym wydarzeniem wpływającym na rynek (lub ang. tzw. *external shock*), to jest odpowiednio wydarzeniami z dnia 11 września 2001 r. oraz konferencją klimatyczną ONZ organizowaną w grudniu 2008 r. w Poznaniu; różniące się jednak zwłaszcza specyfiką rynku właściwego czy homogenicznością produktu, których dotyczyły (to jest odnoszące się odpowiednio do: hoteli najwyższej klasy, tzw. „pałaców paryskich”, tj. Bristol, Crillon, George V, Meurice, Plaza Athénée i Ritz, oraz do poznańskich hoteli od 3 do 5 gwiazdek). Zob. OECD Policy Roundtables, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP(2010), por. zwłaszcza wkład Polski (niepubl.).

na uniemożliwienie zagrożenia koordynacji przedsiębiorcom zewnętrznym⁴⁰. Zatomizowana struktura rynku utrudnia zaś powstanie i zachowanie koordynacji.

Znaczenie ma także stopień pokrycia rynku właściwego, którego wymiana dotyczy⁴¹. Im większe pokrycie rynku, tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków. W przeciwnym bowiem razie przedsiębiorcy nieuczestniczący w wymianie mogą łatwo jej zapobiec lub udaremnić jej efekty, zmieniając odpowiednio swoje strategie rynkowe. Wydaje się, że pozytywnie należy ocenić propozycje przewidzenia wyłączeń, to jest utworzenia tzw. bezpiecznych portów (ang. *safe harbours*) dla wymiany informacji przez przedsiębiorców, których udział w rynku właściwym nie przekracza progu 20 proc.⁴².

Kolejną cechą rynku pozwalającą na ocenę określonej wymiany informacji jest stopień jego produktowego skomplikowania. Przyjmuje się, że łatwiej osiągnąć koordynację na rynkach, na których towary są homogeniczne. Należy uznać, że im większy jest stopień zróżnicowania produktów, tym trudniej i drożej jest przykładowo dostosowywać ceny i zapobiegać oszukiwaniu przez uczestników wymiany informacji⁴³.

Zmieniający się popyt (ang. *votality of demand*), innowacyjne wejścia nowych graczy (ang. *maverick players*) czy wewnętrzny wzrost przedsiębiorców mogą uniemożliwiać znowę. Wydaje się ona z kolei najbardziej prawdopodobna na stabilnych, dojrzałych rynkach⁴⁴. Stałość rynku, w miarę niezmiennie warunki podaży i popytu uprawdopodobniają antykonkurencyjny efekt wymiany informacji. Dlatego też jest on bardziej możliwy na rynkach o wysokich barierach wejścia, gdzie brak nowych uczestników petryfikuje stosunki między obecnymi graczami. Trzeba zwrócić jednak uwagę, że wymiana służyć też może dopiero stabilizowaniu określonego rynku.

Podobnie, symetria, zwłaszcza kosztowa, po stronie uczestników wymiany wydaje się wpływać na jej trwałość i stąd wspierać powodzenie koordynacji⁴⁵.

Analizie poddać należy także długotrwałość obecności na rynku wymieniających się informacjami przedsiębiorców. Długotrwała współpraca czyni znowę bardziej prawdopodobną⁴⁶. Natomiast na rynkach o tzw. skończonej liczbie transakcji koordynacja nie jest co do zasady stabilna, gdyż zgodnie z teorią gier i zasadą indukcji wstecznej (ang. *backward induction*), najlepszą strategią jest w ostatnim okresie gry nie współpracować w znowie, a ponieważ jest

40 To spostrzeżenie czyniła Komisja Europejska od początku kształtowania polityki konkurencji odnośnie do wymiany informacji, to jest już w Wytycznych z 1968 r. (zob. przypis 3).

41 Wytyczne, pkt 87-88.

42 Zob. OECD Policy Roundtables, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP/WD(2010)118, por. wkład Komisji Europejskiej.

43 R. Whish, *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press 2009, s. 527.

44 Zob. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009, DOK-7/2009, pkt 495, Wytyczne, pkt 81.

45 Wytyczne, pkt 82.

46 Wytyczne, pkt 84.

to wiadome od początku dla wszystkich graczy, prowadzi ich to do unikania współpracy również na wcześniejszych etapach⁴⁷.

Znaczenie dwojakie może mieć wreszcie zastana transparentność rynku. W przypadku rynków o takiej charakterystyce, że parametry konkurencji są przejrzyste, na przykład ze względu na wymagania regulatora czy specyfikę produktu, wymiana informacji zwiększająca tę transparentność może mieć albo tym większy efekt antykonkurencyjny, albo wręcz przeciwnie - nie wpływać już w żaden dodatkowy sposób na parametry konkurencji na rynku właściwym.

3.4. System wymiany informacji

3.4.1. Wymiana bezpośrednia i pośrednia, kontekst wymiany informacji

Już w 1776 r. Adam Smith zaobserwował, że kiedy spotykają się przedstawiciele tej samej branży, rozmowa kończy się na konspiracji przeciwko ogółowi lub na kombinacjach, by podnieść ceny⁴⁸. Bezpośrednia wymiana informacji w czysto horyzontalnej strukturze, czyli wprost pomiędzy konkurentami, stanowi najbardziej oczywisty i, jak się wydaje, najbardziej powszechny sposób wymiany.

Komisja Europejska podkreśla, że możliwe jest także antymonopolowe ściganie wymiany informacji jako praktyki uzgodnionej w sytuacji, gdy sposób wzajemnych kontaktów między konkurentami przedstawia się tak, że tylko jeden przedsiębiorca ujawnia informacje, a inni tego wymagają lub co najmniej akceptują, przyjmują takie informacje⁴⁹.

W tym kontekście warto zaznaczyć, że ze względu na antykonkurencyjny efekt prowadzący do zмовy co do zasady nie można również wykluczyć antymonopolowego ścigania tzw. „taniego gadania” (ang. *cheap talk*),

47 Zob. A. Ossowska, op. cit., s. 116 i podana tam literatura.

48 A. Smith, *The Wealth of Nation*, 1776: “People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.” (Vol. I, Bk I, Ch. 10), cyt za: A. Capobianco, *Information Exchange under EC Competition Law*, Common Market Law Review 2004, N. 41, s. 1247-1276.

49 Zob. Wytoczne, pkt 63, por. także wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 marca 2000 r. w sprawach połączonych T-25/95 itd., *Cimenteries CBR* i in. przeciwko Komisji (Zb. Orz. 2000, s. II-491), w którym Trybunał stwierdził, że „pojęcie uzgodnionej praktyki faktycznie zakłada istnienie kontaktów charakteryzujących się wzajemnością (...). Przesłanka ta jest spełniona, gdy ujawnienie przez jednego konkurenta innemu konkurentowi swych zamiarów lub swego przyszłego zachowania na rynku zostało zaproponowane lub przynajmniej zaakceptowane przez tego drugiego konkurenta” (par. 1849). Por. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz C-125/85 do C-129/85, *Ahlström* i in. przeciwko Komisji (*Woodpulp*) (Zob. Orz. ECR I-1307), w którym Trybunał uznał jednak, że jednostronne i niezależne ogłaszanie użytkownikom cen przez producentów raz na kwartał stanowi samo w sobie zachowanie rynkowe, które nie zmniejsza niepewności każdego z przedsiębiorstw co do przyszłych zachowań jego konkurentów i w związku tym przy braku wstępnej praktyki uzgodnionej producentów nie stanowi samo w sobie naruszenia reguł Traktatu zakazujących praktyk ograniczających konkurencję (zob. par. 64).

najczęściej przybierającego formę ogłoszeń między przedsiębiorcami nie zakładających zobowiązania do ich przestrzegania ani prawdziwości zawartych w nich twierdzeń co do strategii poszczególnych przedsiębiorców. W orzecznictwie europejskich organów antymonopolowych brak dotychczas rozstrzygnięć formułujących przesłanki oceny antykonkurencyjnych skutków takich zachowań⁵⁰.

Warto zaznaczyć, że jednym ze specyficznych kontekstów bezpośrednio wymiany mogą być negocjacje czy faza tzw. *due diligence*, poprzedzające koncentrację przedsiębiorców. Zwłaszcza w przypadku, gdy koncentracja nie dochodzi do skutku, przykładowo z powodu zerwania rozmów czy wydania przez organ antymonopolowy decyzji zakazującej koncentracji, wydaje się, że wymiana taka mogłaby mieć antykonkurencyjne skutki na rynku, niezależnie od faktycznych intencji uczestniczących w niej przedsiębiorców. Dalej idącym przypadkiem byłoby doprowadzenie już do niedozwolonej koordynacji czy faktycznej koncentracji w fazie przed wydaniem decyzji przez organ w sprawie notyfikowanej koncentracji (ang. *gun-jumping*)⁵¹. Innym rodzajem bezpośrednich kontaktów między przedsiębiorcami, podczas których lub w następstwie których może dojść do antykonkurencyjnej wymiany informacji, jest wspólne przystępowanie do przetargów (ang. *joint bidding*)⁵².

Konkurenci mogą również wymieniać się informacjami w sposób pośredni. Przykładem tego są porozumienia o złożonej, wertykalno-horyzontalnej strukturze, istniejące w ramach tak zwanych klastrów koncentrycznych lub satelitarnych (ang. *hub and spoke agreements*), w których konkurenci przekazują sobie informacje poprzez wspólnego dostawcę lub odbiorcę.

50 Por. rozwój praktyki orzeczniczej w Stanach Zjednoczonych, zob. sprawa *U.S. v. Airline Tariff Publishing Company*, Civil Action No. 92-2854. Zob. OECD Policy Roundtables, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP/WD(2010)117, por. wkład Stanów Zjednoczonych.

51 Zob. OECD Policy Roundtables, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP/WD(2010)117, por. wkład Stanów Zjednoczonych. Zob. także W. Blumenthal, *The rhetoric of gun-jumping* (Remarks Before the Association of Corporate Counsel, New York, 10.11. 2005), dostępne na: <http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>

52 Obecnie Prezes UOKiK prowadzi postępowanie antymonopolowe (sygn. akt. DOK2-410-1/10/KR) dotyczące podejrzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego m.in. na wymianie informacji przez czterech operatorów telefonii ruchomej w Polsce, a zarazem udziałowców konsorcjum utworzonego wcześniej na potrzeby konkursu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju w technologii DVB-H. Prezes Urzędu bada, czy przedsiębiorcy ci wymieniali informacje dotyczące m.in. swojej oceny skierowanej do nich przez zwycięzcę ww. postępowania konkursowego oferty dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H. Zob. http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=2246.

W takich sytuacjach, pomimo że przepływ informacji jest co do zasady wertykalny, jej efekt objawić się może horyzontalnie⁵³.

Podobną funkcję rozpowszechniania informacji mogą spełniać również pewne klauzule kontraktowe, za pomocą których przedsiębiorca zapewnia sobie informacje ze strony swego kontrahenta o danych dotyczących konkurentów, zwłaszcza jeśli klauzule te stosowane są powszechnie⁵⁴. Do tej pory brak praktyki orzeczniczej w kwestii stosowania tego typu klauzul jako narzędzi wymiany informacji.

Powyższe przykłady podkreślają wagę dokonywanej *in casu* analizy antymonopolowej i dokładnej oceny całego kontekstu wymiany informacji.

Informacje pomiędzy konkurentami mogą być wymieniane poprzez związki przedsiębiorców, tj. przede wszystkim stowarzyszenia branżowe. Zbieranie i rozpowszechnianie określonych informacji najczęściej stanowi legalne, statutowe działanie organizacji branżowych. Stowarzyszenia, izby, zrzeszenia czy inne organizacje grupujące przedsiębiorców mogą jednak pełnić również zasadniczo trojaką funkcję w stosowaniu antykonkurencyjnych praktyk wymiany informacji, występując mianowicie jako (i) wiodący inicjator, zawierający porozumienie, (ii) pośrednik instrumentalnie wykorzystany dla celów porozumienia zawartego przez zrzeszonych przedsiębiorców bądź też (iii) podmiot samodzielnie zawierający antykonkurencyjne porozumienie

53 Zob. zwłaszcza brytyjskie orzecznictwo dotyczące tej kwestii, przewidujące tzw. test konstruktywnej wiedzy (ang. *constructive knowledge test*), w ramach którego każdy z co najmniej trzech uczestników wymiany typu *hub-and-spoke* powinien mieć określony (antykonkurencyjny) zamiar albo wiedzę co do takiego zamiaru innego uczestnika wymiany. Brytyjski Court of Appeal tak nakreślił granice dopuszczalnego testu: “where (i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information on to other retailers, (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions, then A, B and C are all to be regarded as parties to a concerted practice having as its object the restriction and distortion of competition. The case is all the stronger where there is reciprocity: in the sense that C discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where C may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to (amongst others) A, and B does so” (zob. orzeczenie Court of Appeal z dnia 19 października 2006 r. w sprawie *Argos Ltd, Littlewoods & OFT, JJB Sports & OFT* [2006], EWCA Civ 1318, par. 191). Por. także wcześniejszą decyzję OFT z dnia 19 lutego 2003 r. w sprawie PN 18/03 (*Toys and Games*) oraz wyroki *Competition Appeal Tribunal w sprawach JJB Sports v OFT i Allsports v OFT* [2004], CAT 17 oraz *Argos and Littlewoods v OFT* [2004] CAT 24. Zob. na ten temat N. Levy, R. Patel, *The development of UK jurisprudence on hub-and-spoke cartels*, Global Competition Review, October 2010, V. 13.

54 Przykładem takich klauzul mogą być tzw. klauzule najlepszego uprzywilejowania (ang. *most favoured nation clauses - MFN*), za pomocą których dostawca zobowiązuje się oferować odbiorcy najlepszą ofertę spośród ofert skierowanych przez niego do wszystkich innych swych odbiorców, czy też tzw. klauzule dostosowania do konkurencji (ang. *meeting competition clauses - MCC*) lub dostosowania cen (ang. *price matching clauses - PMC*), za pomocą których dostawca zobowiązuje się zaferować nabywcy lepszą cenę niż inni dostawcy, a także tzw. klauzule angielskie (ang. *English clauses*), za pomocą których nabywca zobowiązuje się nie nabywać określonego produktu od innego dostawcy, o ile dotychczasowy dostawca zaferuje produkt na tak samo korzystnych warunkach. Klauzule te zawierają zazwyczaj ujęte *explicite* lub wynikające *implicite* obowiązki informowania o ofertach innych podmiotów, bądź kierowanych do innych podmiotów. Zob. OECD Policy Roundtables, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP/WD(2010).

z inną tego typu organizacją⁵⁵. Przykładowo, w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/2009, w której po raz pierwszy stwierdzono osobną praktykę wymiany informacji, zidentyfikowano funkcjonowanie dwóch paralelnych systemów wymiany informacji: bezpośrednią pomiędzy producentami cementu oraz pośrednią, odbywającą się za pomocą Stowarzyszenia Producentów Cementu, traktowanego jednak przez wymieniających się przedsiębiorców przedmiotowo, jako forum wymiany informacji, a nie jej podmiot. Stąd Prezes UOKiK nie zdecydował się na prowadzenie postępowania przeciwko Stowarzyszeniu i nałożenie na nie kary.

W tym miejscu trzeba zaznaczyć, iż problematyczna może być kwestia reguł odpowiedzialności antymonopolowej związków przedsiębiorców oraz poszczególnych ich członków, zwłaszcza w kwestii przestrzegania zasady *ne bis in idem*, a także wysokości nakładanych na nie kar⁵⁶. W tym kontekście wątpliwości budzić może zwłaszcza fakt braku europejskiej konwencji proceduralnej w kwestii ścigalności kar od członków stowarzyszeń, w przypadku gdy naruszenie ze strony związku przedsiębiorców ma związek z działalnością jego członków⁵⁷. W orzecznictwie nie rozstrzyga się również jednoznacznie kwestii wpływu zaangażowania stowarzyszenia w wymianę informacji na antymonopolową ocenę danej praktyki⁵⁸.

Informacje mogą być wreszcie zbierane i rozpowszechniane również poprzez niezależne podmioty trzecie, takie jak specjalistyczne wywiadowanie gospodarcze, firmy konsultingowe czy marketingowe. Obecnie brak podstaw, aby takie prawdziwie niezależne działania niezależnych firm poddawać negatywnej antymonopolowej ocenie, choć może się zdarzyć, że skutki tych działań na rynku okażą się podobne do tych powodowanych przez bezpośrednią wymianę informacji pomiędzy konkurentami.

55 Zob. OECD, Policy Roundtables, *Trade Associations Policy Roundtable*, DAF/COMP(2007)45, zwłaszcza wkład Polski. Zob. także S. Jozwiak, op. cit. i cytowane tam orzecznictwo Prezesa UOKiK.

56 Instytucje związków branżowych mogą być bowiem celowo wykorzystane przez przedsiębiorców dla wymiany informacji zaprojektowanej w taki sposób, aby umożliwić uniknięcie odpowiedzialności antymonopolowej przez poszczególnych członków, a tym samym także grożących im wysokich sankcji.

57 W takiej sytuacji art. 23 ust. 2 zd. 3 Rozporządzenia nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. U. UE L 1 z 4.1.2003) *expressis verbis* przyznaje Komisji Europejskiej uprawnienie do nałożenia grzywny przy uwzględnieniu za jej podstawę 10 proc. sumy całkowitego obrotu każdego z członków prowadzącego działalność na rynku, na który miało wpływ naruszenie dokonane przez związek. Ponadto, zgodnie z art. 23 ust. 4 Rozporządzenia 1/2003, jeżeli grzywna nałożona na związek przedsiębiorstw uwzględni obrót jego członków, a związek nie jest wypłacalny, jest on zobowiązany do wezwania swoich członków do złożenia składki, aby pokryć kwotę grzywny. Jeżeli składka taka nie zostanie wpłacona do związku w terminie wyznaczonym przez Komisję, Komisja może żądać zapłaty grzywny bezpośrednio od każdego przedsiębiorstwa, którego przedstawiciele byli członkami organów decyzyjnych związku. Takiej instytucji antymonopolowego obowiązku zastępczego nie przewidują przepisy polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

58 Przykładowo wskazuje się, iż zgodnie z tzw. jurysprudencją COBALPA, zaangażowanie w wymianę informacji zrzeczeń powinno być uwzględniane jako czynnik łagodzący antymonopolową ocenę (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Woodpulp*), tzw. jurysprudencja EUROFER pozwala zaś na wyciągnięcie wprost przeciwnych wniosków (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Thyssen Stahl*). Zob. Ch. Roques, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence: Degré d'incertitude et jeu répété*, *Concurrences* 2009, N. 3, s. 8.

3.4.2. Wymiana prywatna i publiczna

Wymiana informacji może być dokonywana na zasadzie wyłączności, tj. tylko pomiędzy stronami porozumienia, a także w sposób otwarty dla podmiotów trzecich. Dotychczas przyjęto się zakładać, że prywatna wymiana informacji może mieć potencjalnie silniejsze efekty antykonkurencyjne niż ta publiczna⁵⁹, zwiększając asymetrię informacji pomiędzy jej uczestnikami i podmiotami zewnętrznymi.

Tymczasem niektóre badania ekonomiczne wskazują, iż antykonkurencyjne efekty publicznej wymiany informacji mogą być równie silne⁶⁰. Wydaje się, że ze względu na niechęć do utraty wiarygodności i reputacji u wymieniających się informacjami przedsiębiorców powstaje bowiem dodatkowy efekt zobowiązania (ang. *commitment*) wobec kontrahentów czy konsumentów do raz ogłoszonej strategii, na przykład cenowej, a tym samym jest prawdopodobnym, że przedsiębiorcy ci faktycznie wprowadzą w życie ceny, które inaczej mogłyby stanowić jedynie *cheap talk* nie prowadzące do zмовy. Taka wiedza wśród konkurentów czyni ich bardziej pewnymi stabilności koordynacji. Dodatkowo, publiczne informowanie na przykład o przyszłych cenach może mieć ten efekt, iż do koordynacji faktycznie przystąpi więcej obecnych na rynku przedsiębiorców, czego z kolei skutkiem może być szersza uniformizacja cen w danym sektorze⁶¹.

3.4.3. Częstotliwość wymiany informacji

Częsta i systematyczna wymiana informacji czyni zмовę bardziej stabilną, zwłaszcza dlatego, że ułatwia jej monitorowanie⁶².

Ze względu na specyfikę rynku, jakiego dana wymiana dotyczy, nawet stosunkowo rzadka i niesystematyczna wymiana może mieć jednak antykonkurencyjny skutek. Twierdzenie to jest prawdziwe na przykład dla rynków z długoterminowymi kontraktami czy umowami ramowymi, gdzie renegocjacja warunków następuje rzadko⁶³. Ponadto, zgodnie z linią orzecniczą Trybunału Sprawiedliwości wypracowaną w sprawie *T-Mobile*, również jednorazowa wymiana informacji może stanowić podstawę orzeczenia o istnieniu praktyki uzgodnionej na danym rynku, jako że „w zakresie, w jakim przedsiębiorstwo uczestniczące w uzgodnieniu dalej działa na danym rynku,

59 Por. Wytyczne, pkt 94.

60 K. Kühn, X. Vives, op. cit., s. 67 i n.

61 Zob. OECD Policy Roundtables, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP/WD(2010)117, por. zwłaszcza wkład Stanów Zjednoczonych.

62 Zob. Wytyczne, pkt 91. Zob. także Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 15 października 2008 r. w sprawie *Bananas*, C/39.188. W decyzji tej Komisja stwierdziła występowanie tzw. „kontaktów poprzedzających ustalenie cen” pomiędzy przedsiębiorcami, odbywających się według ustalonego schematu, zazwyczaj co tydzień. Ponadto Komisja ustaliła, że po przygotowaniu ofert cenowych w czwartki rano strony wymieniały się przygotowanymi ofertami w ramach kontaktów dwustronnych lub przynajmniej stosowały mechanizm umożliwiający im dwustronną wymianę informacji na temat ustalonych cen. Komisja wskazała także, że tego rodzaju wymiana ofert cenowych umożliwiała stronom monitorowanie decyzji pozostałych podmiotów.

63 A. Ossowska, op. cit., s. 119.

domniemanie istnienia związku przyczynowego pomiędzy uzgodnieniem a zachowaniem tego przedsiębiorstwa na tym rynku ma zastosowanie, nawet jeżeli uzgodnienie zostało oparte tylko i wyłącznie na jednorazowym spotkaniu”⁶⁴.

3.5. Rodzaj i charakter wymienianych informacji

3.5.1. Strategiczność informacji

Wpływ na konkurencję na określonym rynku mają informacje o charakterze strategicznym, przykładowo informacje poufne czy informacje objęte tajemnicą handlową, gdyż to one wpływają na zachowania przedsiębiorców na rynku i podejmowane przez nich decyzje. Informacje strategiczne mogą dotyczyć zwłaszcza cen (np. obowiązujące ceny, wzrosty i obniżki cen, opusty), ilości produkcji czy sprzedaży, mocy produkcyjnych, obrotów, wykazów klientów, kosztów, jakości, planów marketingowych, zagrożeń czy inwestycji. Komisja Europejska zaznacza, że zasadniczo informacje związane z cenami i ilościami mają największe znaczenie strategiczne, mniejsze zaś te dotyczące kosztów czy popytu⁶⁵. Strategiczna przydatność danych zależy ponadto od innych cech charakterystycznych określonego porozumienia mających wpływ na ocenę antykonkurencyjnych skutków wymiany informacji.

3.5.2. Dostępność informacji

Wymiana informacji niepublicznej może powodować antykonkurencyjne skutki.

Warto zaznaczyć, że obecnie proponuje się zawężającą definicję informacji publicznej. Zgodnie z nią, określona informacja pozostaje w domenie publicznej, kiedy jest tak samo łatwo dostępna dla ogółu (czyli zarówno dla przedsiębiorców wymieniających się informacjami, jak i dla ich konkurentów i klientów) w sposób bezkosztowy, lub gdy jej uzyskanie nie jest droższe dla nabywców i przedsiębiorców, którzy nie uczestniczą w systemie wymiany, niż dla przedsiębiorców w nim uczestniczących. Wymiana takiej prawdziwie publicznej informacji zasadniczo nie powoduje antykonkurencyjnych skutków. Komisja Europejska dodatkowo zaznacza, iż dane nie są rzeczywiście jawne, jeżeli koszty związane z ich gromadzeniem w wystarczającym stopniu

⁶⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands i in.* W przedmiotowej sprawie w dniu 13 czerwca 2001 r. miało miejsce jedno spotkanie przedstawicieli operatorów oferujących usługi telefonii komórkowej na rynku niderlandzkim, na którym dyskutowano między innymi obniżenie wynagrodzenia podstawowego dla dystrybutorów z tytułu pośrednictwa w zawieraniu umów abonentowych (umów typu *post-paid*).

⁶⁵ Wytyczne, pkt 86.

zniechęcają do tego innych przedsiębiorców i nabywców⁶⁶. Ponadto, jak wskazuje Komisja, możliwość gromadzenia informacji na rynku, na przykład poprzez zbieranie ich od klientów, niekoniecznie oznacza, że takie informacje stanowią dane rynkowe łatwo dostępne dla konkurentów⁶⁷.

3.5.3. Indywidualny i zagregowany charakter informacji

Wymiana danych indywidualnych, czyli pozwalających na określenie przedsiębiorcy, którego dotyczą, zasadniczo może powodować antykonkurencyjne skutki. Wywołanie skutków ograniczających konkurencję przez wymianę rzeczywiście zagregowanych, statystycznych danych – tj. danych, na podstawie których niemożliwe jest rozpoznanie informacji dotyczących indywidualnego przedsiębiorcy – jest mało prawdopodobne. Wymiana informacji o większym stopniu szczegółowości częściej więc wywołuje antykonkurencyjne skutki niż wymiana informacji bardziej ogólnych i generalnych. Jak wskazuje Komisja Europejska, również wymiana zagregowanych, z pozoru ogólnych i generalnych danych może jednak prowadzić do zmywy. Przykładowo członkowie wąskiego i stabilnego oligopolu wymieniający zagregowane dane mogą automatycznie zakładać, że ktoś odstąpił od zmywy, gdy zauważą cenę rynkową poniżej określonego poziomu⁶⁸. Dlatego ocena tego kryterium powinna być dokonywana bardzo ostrożnie, osobno dla każdego badanego przypadku.

W celu uniemożliwienia identyfikacji przedsiębiorcy, od którego pochodzą określone dane, uczestnicy wymiany mogą zastosować specjalne systemy buforowe, jak choćby polegające na ich przekazywaniu do zobowiązanego do zachowania poufności zewnętrznego podmiotu agregującego, który sporządza zestawienia statystyczne przekazywane dalej uczestnikom wymiany⁶⁹.

3.5.4. Informacje aktualne, dotyczące przyszłości i historyczne

Wiek wymienianych danych jest bardzo istotnym kryterium oceny antykonkurencyjnych skutków określonej praktyki. Jak zostało wskazane, wymiana informacji o przyszłych cenach lub ilościach może być potraktowana przez organy antymonopolowe jako naruszenie przez sam cel, tak że nie będzie konieczne dowodzenie efektów danej praktyki na rynku.

Przyjmuje się, że wystąpienie antykonkurencyjnego skutku jest najbardziej prawdopodobne, kiedy dochodzi do wymiany danych dotyczących przyszłości

66 Wytyczne, pkt 92.

67 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2001 r., w potążonych sprawach T-202/98 i n., *Tate & Lyle przeciwko Komisji*, ECR s. II-2035, pkt 60.

68 Zob. Wytyczne, pkt 89.

69 Zob. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., DOK-7/2009, pkt 116 i n.

bądź terażniejszości. Dane zaś historyczne, jako że zazwyczaj nie zapewniają porozumienia na rynku oraz są mniej przydatne dla wykrycia na czas odstępstw, zasadniczo mogą być legalnie wymieniane. Dotychczas Komisja uznawała, że wymiana danych pochodzących sprzed ponad roku stanowiłaby wymianę danych historycznych niepowodującą ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE⁷⁰. Trzeba podkreślić, iż rzeczywiście archiwalny charakter danych zależy do określonych cech rynku właściwego, takich jak częstotliwość zawierania, renegocjowania i odnawiania umów. Dane mogą być uważane za historyczne, jeżeli są na przykład kilka razy starsze niż średnia długość trwania umowy w danej branży⁷¹.

3.6. Wymiana informacji a jakościowe wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

Ingerencja organu antymonopolowego w sferę wolności gospodarczej przedsiębiorców w zakresie wymiany informacji, podobnie jak i innych porozumień kooperacyjnych, ograniczona jest przez instytucję wyłączeń jakościowych, a więc zwolnień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję ze względu na ich treść, zawartych odpowiednio w art. 101 ust. 3 TFUE oraz art. 8 ust. 1 polskiej ustawy antymonopolowej. Zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się tym samym do porozumień, które kumulatywnie spełniają dwie przesłanki pozytywne oraz dwie przesłanki negatywne.

Komisja Europejska podkreśla w Wytycznych, iż po pierwsze wymiana informacji może prowadzić do przyrostu wydajności - porozumienia o wymianie informacji mogą przyczynić się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego. Komisja konstruuje niewyczerpującą listę przypadków takiego zwiększenia wydajności⁷².

Druga spośród pozytywnych przesłanek wyłączenia jakościowego odnosząca się do zapewniania nabywcom lub użytkownikom końcowym odpowiedniej części korzyści płynących z porozumienia jest tym bardziej prawdopodobna do spełnienia, im mniejsza jest władza rynkowa stron uczestniczących w wymianie informacji. Korzyści z przyrostu wydajności osiągniętego dzięki niezbędnym ograniczeniom muszą przy tym zostać przeniesione na konsumentów w stopniu przewyższającym ograniczenie konkurencji wywoływane przez wymianę informacji⁷³.

Aby skorzystać z jakościowego wyłączenia, porozumienie o wymianie

70 Decyzja Komisji Europejskiej, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, pkt 50. W Decyzji tej Komisja uznała, iż w pewnym momencie czasowym dane ulegają przedawnieniu i stają się bezużyteczne jako podstawa prognozowania i stąd z umowy.

71 Zob. Wytyczne, pkt 90.

72 Zob. Wytyczne, pkt. 95-100 oraz rozdział 2.1 powyżej.

73 Zob. Wytyczne, pkt 103.

informacji nie powinno nakładać na przedsiębiorców ograniczeń niebędących niezbędnymi do osiągnięcia określonych celów wzrostu wydajności, będącej udziałem konsumentów, na który się powołują. Komisja wskazuje, iż aby spełnić warunek niezbędności, należy wykazać, że przedmiot, stopień zagregowania, wiek, poufność i częstotliwość, a także zasięg wymiany danych wiążą się z najmniejszym ryzykiem dla konkurencji niezbędnym do osiągnięcia danej korzyści. Zasadniczo mało prawdopodobne jest przy tym, aby konieczna była wymiana, której przedmiotem są zindywidualizowane dane dotyczące przyszłych zamiarów, zwłaszcza odnośnie do cen i ilości⁷⁴.

Porozumienie o wymianie informacji nie może wreszcie zostać zwolnione z zakazu, jeżeli kooperacja stwarza uczestniczącym w niej przedsiębiorcom możliwość wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów⁷⁵.

4. Uwagi końcowe

Praktyki wymiany informacji między konkurentami wydają się być coraz powszechniejszym zachowaniem rynkowym. Często zdarza się, że funkcjonowanie przedsiębiorców na danym rynku przyjmuje hybrydową formę tzw. „kooperencji” (ang. *coopetition*), a więc zachowania z pogranicza kooperacji i konkurencji.

Wiele kwestii związanych ze stosowaniem prawa ochrony konkurencji w tym zakresie cały czas wymaga jeszcze wypracowania dobrych praktyk określonego podejścia przez organy antymonopolowe czy osobnej sądowej linii orzeczniczej. W tym kontekście należy zwłaszcza wskazać na zagadnienia oceny antymonopolowej tzw. *cheap talk* oraz wyznaczenia jasnych reguł dotyczących odróżniania jednostronnych ogłoszeń od porozumień, zwłaszcza w kontekście efektywności funkcjonowania programów *leniency*, a także odróżniania paralelnych zachowań oligopolistycznych od praktyk antykonkurencyjnych czy znaczenia wymiany informacji poprzez stowarzyszenia branżowe.

Daleko idąca analiza porozumień typu *hub and spoke*, przedkoncentracyjnej wymiany informacji, czy kwestii przyjmowania ogłoszeń konkurentów, biorąca zwłaszcza pod uwagę subiektywną wiedzę czy też zamiar przedsiębiorców może prowadzić do zmian w standardzie oceny odpowiedzialności antymonopolowej, zmierzających w stronę jej zbyt dużej subiektywizacji. Wydaje się, że przez wzgląd na zasadniczo obiektywny charakter odpowiedzialności antymonopolowej należałoby raczej odrzucić tendencję do konstruowania zbyt szerokich kryteriów kwalifikacyjnie określonych zachowań jako ograniczających konkurencję horyzontalnych porozumień o wymianie

74 Zob. Wytyczne, pkt. 101-102.

75 Zob. Wytyczne, pkt 104.

informacji, „łagodzonych” następnie przez nowe testy odpowiedzialności (lub *de facto* winy).

Ze względu na konieczność przeprowadzenia przez organy antymonopolowe badania efektów określonej praktyki w znacznej ilości przypadków wymiany informacji, a więc tych co do zasady nieodnoszących się do przyszłych cen lub ilości, konieczne jest zapewnienie konwergencji europejskiej analizy antymonopolowej, a tym samym zagwarantowanie pewności prawnej i przejrzystych podstaw do samooceny dla przedsiębiorców.

W związku z powyższym, należy wskazać także na konieczność ostrożnego badania i częstokroć opartej na analizie ekonomicznej oceny praktyk wymiany informacji pomiędzy konkurentami, co pozwalałoby organom antymonopolowym unikać zwłaszcza tzw. błędów typu pierwszego i antymonopolowego ścigania legalnych i ekonomicznie zasadnych praktyk rynkowych (ang. *false convictions, over-enforcement*).

Ponadto, pozytywnie trzeba odnieść się również do prób wypracowania jednoznacznych zasad oceny antymonopolowej odnośnie do określonych naruszeń, na przykład przejrzystego wyznaczenia kategorii naruszeń przez cel czy postulatów przyjęcia tzw. bezpiecznych portów ilościowych, zależnych od udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w wymianie informacji.

Należy bowiem podkreślić, że to znajomość jasnych kryteriów kwalifikacyjnych pozwala przedsiębiorcom na przestrzeganie reguł antymonopolowych. Zapewnianie zaś zgodności zachowania uczestników rynku z prawem konkurencji (ang. *compliance*), a nie samo w sobie stosowanie prawa antymonopolowego przez organy ochrony konkurencji (ang. *enforcement*), stanowi podstawowy cel polityki konkurencji.

W tym kontekście trzeba tym bardziej podkreślić, jak ważna jest inicjatywa opracowania przez Komisję Europejską kompleksowych wytycznych dotyczących wymiany informacji. Z pewnością staną się one narzędziem analizy porozumień dotyczących wymiany informacji pomiędzy konkurentami dokonywanej również przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK” – gromadzącej publikacje pracowników Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Sonia Józwiak, LL.M., specjalista w Departamencie Ochrony Konkurencji UOKiK. Zajmuje się prowadzeniem postępowań z zakresu praktyk ograniczających konkurencję. Wcześniej, koordynowała uczestnictwo Urzędu w Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN). Ekspert w międzynarodowych forach poświęconych współpracy w sprawach konkurencji, takich jak Europejska Sieć Konkurencji (ECN), Międzynarodowa Sieć Konkurencji (ICN) oraz Komitet Konkurencji OECD. Przed rozpoczęciem pracy w UOKiK pracowała w Parlamencie Europejskim w Strasburgu. Absolwentka studiów prawniczych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Jako stypendystka rządu belgijskiego studiowała również na Uniwersytecie w Liège, w Belgii, gdzie uzyskała tytuł LL.M. in *European Intellectual Property and Competition Law*, z wynikiem *magna cum laude*. Autorka artykułów naukowych z zakresu prawa konkurencji oraz prawa własności intelektualnej.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Pl. Powstańców Warszawy 1 < 00-950 Warszawa

tel.: 22 55 60 800 < uokik@uokik.gov.pl

www.uokik.gov.pl

ISBN 978-83-60632-63-5