

## FIRMA I PRAWO

cen przez algorytm? Komisarz Vestager podczas swojego wystąpienia w marcu podkreśliła, że nie powinno być dla firm taryfy ulgowej, bo większość algorytmów działa na podstawie założeń zaprojektowanych przez człowieka.

– Firmy nie będą więc mogły uciec od odpowiedzialności za zmnów cenową, zasłaniając się argumentem, że naruszenia zostały dokonane przez komputer – podkreśla stanowczo Margrethe Vestager.

Podobnie uważają przepytani przez nas eksperci. Mecenias Jędrzejko zaznacza, że nawet naruszenia nieumyślne mogą być przedmiotem postępowania UOKiK, a w konsekwencji kary pieniężnej. Sam podmiot dostarczający algorytm nie może być zaś pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów (gdź działa bezpośrednio w obrocie B2B i nie kieruje do konsumentów przekazu). – Oczywiście jest zatem, że adresem zarzutów w takiej sytuacji stałyby się beneficjent i organizator takich działań objętych zarzutem – podkreśla mec. Jędrzejko.

– Odpowiedzialności nie unikną także przedsiębiorcy, którzy niewłaściwie zabezpieczyli się przed możliwością porozumiewania się ich algorytmów z algorytmami konkurentów. Tak jak przedsiębiorca jest odpowiedzialny za antykonkurencyjne działania swoich pracowników, niezależnie, czy działali zgodnie z wolą pracodawcy, tak może być odpowiedzialny za działanie algorytmów – uważa Joanna Affre.

Z tego też powodu mec. Trąbski radzi, by przedsiębiorcy zamierzający skorzystać z algorytmów upewnili się, jak one działają, pytając o to dostawców oprogramowania. Niewiedza nie wyłączy bowiem odpowiedzialności. ©

## Ramka

## Nieprzewidywalne skutki

Przykładem, jak niebezpieczne efekty dla rynku może powodować działanie algorytmów cenowych, jest przypadek sprzed dwóch lat sprzedaży podręcznika z biologii „The Making of a Fly” przez dwóch przedsiębiorców. Każdy z nich korzystał z algorytmu cenowego: pierwszy – ustawił cenę na poziomie 127 proc. ceny swojego konkurenta, drugi – na poziomie 99,8 proc. ceny konkurenta. Jeden ruch wystarczył, by spowodować falę ciągłych podwyżek cen. Zanim zorientowali się w tym sami sprzedawcy, cena jednego egzemplarza sięgnęła 23 mln dol.

przedsiębiorców jakichkolwiek uzgodnionych działań, których celem lub skutkiem jest eliminowanie, ograniczanie lub znieszczenie konkurencji (są to tzw. zakazane praktyki wielostronne – ang. multilateral practices).

Porozumienia te mogą być zawierane pomiędzy przedsiębiorcami, którzy działają na tym samym rynku właściwym (porozumienia horyzontalne), a także tymi, którzy działają na innych szczeblach obrotu – dystrybutor, dostawca, hurtownik etc. (porozumienie wertykalne).

W przypadku opisywanego wyżej porozumienia plakatowego algorytmu cenowe były narzędziem kontroli cen w horyzontalnym porozumieniu cenowym, które jest na gruncie prawa konkurencji niedozwolone per se.

W przypadku wykrycia istnienia porozumienia możemy mieć do czynienia z naruszeniem art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.). Zgodnie z nim zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Jeżeli sprawą zainteresuje się prezes UOKiK, przeciwko przedsiębiorcy może zostać wszczęte postępowanie antymonopolowe, prowadzone w związku z zarzutem naruszenia reguł konkurencji. Urząd może również zdecydować o przeprowadzeniu kontroli lub przeszukania pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy (w tym również nośników danych, np. twardych dysków i serwerów), w celu zgradowania dowodów naruszenia.

## Sankcje

W przypadku wydania decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorców uczestniczących w zmnowie karę pieniężną w wysokości do 10 proc. obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok wydania decyzji stwierdzającej stosowanie niedozwolonej praktyki.

Kary pieniężne grożą również kadrze zarządzającej przedsiębiorstwem, które uczestniczyło w zmnowie. Jeżeli osoba zarządzająca przedsiębiorstwem umyślnie dopuściła do zawarcia przez firmę antykonkurencyjnego porozumienia, prezes UOKiK może nałożyć na nią karę pieniężną w wysokości nawet do 2 mln zł.

## Porozumienie hub and spoke

Innym przypadkiem, którym mogą się zainteresować organy ochrony konkurencji, jest porozumienie zawarte między konkurentami a pośredniczącym między nimi wspólnym kontrahentem (porozumienie typu hub and spoke), w którym wykorzystują oni algorytm do kształtowania cen.

Przykładów z praktyki nie trzeba długo szukać. W USA głośno było niedawno o tym, że międzynarodowy potentat taksówkarski Uber ustala ceny dla współpracujących z nim kierowców (którzy, co warto podkreślić, nie są pracownikami firmy i w normalnych okolicznościach rywalizowaliby ze sobą). Algorytm cenowe Ubera, oceniając popyt i podaż, ustala okresy wzrostu cen. W niektórych sytuacjach rachunek bywa nawet 10-krotnie wyższy niż cena standardowa. Jakiś czas temu głośno było o przypadku Jessiki Steinfeld, która za przejazd niecałych 5 km na Manhattanie zapłaciła 415 dol.

Eksperti zauważają, że wielu kierowców, prowadząc swoją strategię współpracy z gigantem, celowo pozostaje w trybie offline i startuje dopiero wtedy, gdy nastąpi wzrost cen. Travis Kalanick, CEO Ubera, tłumaczył: „To nie my ustalamy ceny, robi to rynek, który jest rozpoznawany przez nasze algorytmy”.

W porozumieniu tego typu nie występują bezpośrednie relacje między konkurentami (kierowcami), a jednak za pośrednictwem dostawcy (Ubera) dokonuje się wymiana informacji o cenach jego odbiorców. Co ważne, konkurenci zgadzając się na korzystanie z algorytmów, są świadomi wzajemnego uczestnictwa w porozumieniu i stosowania tych samych cen.

Pierwsze postępowania w sprawie cen Ubera trwają w USA. W sierpniu tego roku Uberowi udało się jednak przenieść sprawę z sali sądowej do arbitrażu, powołując się na klauzulę arbitrażową zawartą w odnośniku do regulaminu (Meyer v. Uber Technologies Inc, Sąd Apelacyjny, II Instancja, sygn. 16-2750).

## Maszyny przejmują kontrolę

Co byliby natomiast, gdyby konkurenci nie skontaktowali się ze sobą w żaden sposób i niezależnie od siebie stosowali algorytmy cenowe? Czy taka sytuacja zawsze będzie obojętna dla prawa konkurencji? Według Maurice'a E. Stucke i Ariela Ezrachi – niekoniecznie. Gdy przedsiębiorcy równolegle stosują algorytmy cenowe, łatwo jest o milczącą zmnówę oraz szybkie wykrywanie i karanie przedsiębiorców, którzy z niej się wylamują. Komputery nie tylko zbierają informacje o konkurentach, lecz także przewidują wzajemnie swoje zachowania oraz wybierają strategię, która zoptymalizuje zyski. Przedsiębiorca może więc zastosować algorytm, który ma podążać za zachowaniami konkurentów, np. w kwestii podwyżki cen.

Do tego momentu działanie przedsiębiorcy nie wydaje się wzbudzać zainteresowania prawa konkurencji. Jeżeli natomiast dojdzie do tego zastosowanie identycznych algorytmów przez wielu konkurentów, tak by wykrywały i karały przedsiębiorców, którzy nie zastosowali się do ogólnej praktyki – ryzyko naruszenia prawa konkurencji może już się pojawić. Przedsiębiorcy nie zawarli porozumienia między sobą wprost, ale stworzyli warunki dla powstania milczącej zmnowy.

Należy pamiętać, że dla zawarcia porozumienia według prawa konkurencji nie jest wymagane wykazanie istnienia jakichkolwiek ustnych lub pisemnych ustaleń między jego uczestnikami. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16).

Podjęcie porozumienia jest zasadne także wtedy, gdy rzeczywiste zachowanie przedsiębiorstw jest nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań bądź nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi konkurentami (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16). Przedmiotem badania organu antymonopolowego nie jest bowiem sposób postępowania przedsiębiorców prowadzący do osiągnięcia określonego celu i skutku, lecz ustalenie, czy antykonkurencyjny cel lub skutek został osiągnięty (por. K. Kohutek, „Komentarz do art. 6” [w:] „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, LEX, Warszawa 2014).

## Scenariusze zakazanych działań

**Stosowanie algorytmów cenowych w niektórych sytuacjach może rodzić ryzyko naruszenia prawa konkurencji – szczególnie przepisów zakazujących niedozwolonych porozumień lub nadużywania pozycji dominującej**

Przedsiębiorcy, którzy stosują algorytmy do stosowania cen ich produktów do ofert konkurencji, niekiedy się zastanawiają, kiedy ich działania są zgodne z prawem, a kiedy narażają się na ryzyko naruszenia prawa konkurencji. Odpowiedź nie zawsze jest łatwa. Generalnie: gdy algorytmy cenowe stosowane są wyłącznie do inteligentnego dostosowywania zachowań między konkurentami (tzw. naśladownictwo cenowe) – prawo konkurencji z zasady nie jest naruszone. Inaczej mówiąc: jeśli przedsiębiorca samodzielnie kształtuje swoje ceny, to nie można zarzucić mu udziału w niedozwolonym porozumieniu. Natomiast gdy przedsiębiorcy porozumiewają się między sobą w jakiegokolwiek formie co do ceny lub sposobu jej ustalenia, to istnieje spore ryzyko, że mamy do czynienia z antykonkurencyjnym porozumieniem.

Dotychczasowe obserwacje rynku pokazują, że algorytmy cenowe mogą budzić zastrzeżenia organów ochrony konkurencji w pewnych charakterystycznych sytuacjach. Przedstawimy kilka scenariuszy.

## Mam smoka i nie zawaham się go użyć

Najbardziej wyraźnym zagrożeniem dla konkurencji jest przypadek, gdy zakazane porozumienie zostało już zawarte, a algorytmy cenowe pomagają w realizacji jego postanowień. Taki przypadek miał miejsce w sprawie Trod Limited i GB eye Limited – sprzedawców plakatów i ram na portalu Amazon. Przedsiębiorcy porozumieali się e-mailowo i ustalili, że nie będą rywalizować ze sobą ceną. W tym celu postanowili zastosować oprogramowanie, które monitorowało ceny obu przedsiębiorców i ustalało je na tym samym poziomie. Sprawą zainteresował się brytyjski organ ochrony konkurencji, który uznał zachowanie przedsiębiorców za zmnówę cenową i nałożył na jednego z nich karę 160 tys. funtów.

## Co może prezes

Również nasz UOKiK powyżej opisane zachowania mógłby uznać za niedozwolone. Zarówno bowiem na gruncie polskiego, jak i unijnego prawa konkurencji zakazane jest podejmowanie przez – przynajmniej dwóch – niezależnych



JOANNA AFFRE  
advokat, kancelaria  
Affre i Wspólnicy

**WAŻNE** Gdy algorytmy cenowe stosowane są wyłącznie do inteligentnego dostosowywania zachowań między konkurentami (tzw. naśladownictwo cenowe) – prawo konkurencji z zasady nie jest naruszone. Natomiast gdy przedsiębiorcy porozumiewają się między sobą w jakiegokolwiek formie co do ceny lub sposobu jej ustalenia, to istnieje spore ryzyko, że mamy do czynienia z antykonkurencyjnym porozumieniem.