

Asia-Pacific
Europe
North America



COMPETITION DISCUSSION PAPER

Szacowanie szkód antymonopolowych

Dr Ewa Mendys-Kamphorst / February 2017

Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, która wdraża dyrektywę unijną regulującą dochodzenia roszczeń z tego tytułu (2014/104/UE), ma na celu ułatwienie uzyskania odszkodowania za straty poniesione w wyniku działań antykonkurencyjnych i może zwiększyć liczbę spraw sądowych tego typu w Polsce.

Gdy naruszenie prawa zostanie w sposób prawomocny stwierdzone, powstaje domniemanie istnienia szkody, a centralnym elementem analizy staje się jej ilościowe oszacowanie. W artykule omówiono metody stosowane do kwantyfikacji szkód wynikających z naruszenia prawa konkurencji, przy szczególnym uwzględnieniu karteli i zachowań mających na celu wykluczenie konkurentów z rynku.

Wstęp

W dniu 21 kwietnia 2017 r. Sejm uchwalił ustawę o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (tzw. private enforcement act), która wdraża do polskiego prawa unijną dyrektywę o dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych związanych z naruszeniem prawa antymonopolowego.^{1,2} Celem ustawy jest ułatwienie powództwa o odszkodowanie w sytuacji naruszenia prawa konkurencji. Można się więc spodziewać, że jej przyjęcie doprowadzi do wzrostu liczby tego typu spraw w Polsce.

Ustawa o prywatnym powództwie stanowi, że sąd rozpatrujący roszczenie o odszkodowanie jest związany prawomocną decyzją Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) lub wyrokiem sądu,

który stwierdza czy miało miejsce naruszenie prawa konkurencji.³ W związku z tym, po stwierdzeniu naruszenia prawa konkurencji przez UOKiK lub sąd, naruszenie prawa nie musi być ponownie wykazane przez stronę dochodzącą odszkodowania. Centralnym elementem roszczenia o odszkodowanie staje się zatem kalkulacja szkody poniesionej przez powoda w wyniku naruszenia prawa konkurencji.

Ustawa zawiera domniemanie, że naruszenie prawa konkurencji doprowadziło do szkody, jednakże takie domniemanie nie zawsze jest zgodne ze stanem faktycznym i może zostać obalone przez pozwanego.⁴ Na przykład, mimo że kartel lub wymiana informacji stanowią naruszenie prawa konkurencji i mogą przyczynić się do wzrostu cen, to jednak trudności z osiągnięciem porozumienia między członkami zmowy, monitorowaniem cen oraz wyłamywanie się podmiotów z kartelu mogą oznaczać, że próba skoordynowanego podniesienia cen nie zakończy się sukcesem.

¹ Ustawa z dn. 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/EU z dn. 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego.

³ Ustawa z dn. 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, art. 30.

⁴ Ustawa z dn. 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, art. 7.

W takim wypadku nie wystąpi szkoda, pomimo naruszenia prawa konkurencji.

Szacowanie szkód antymonopolowych, gdy powodem-nabywcą jest firma

Ustawa o prywatnym powództwie nie opisuje szczegółowo, w jaki sposób szkoda powinna być obliczona, ale stwierdza, że sąd może wziąć pod uwagę zalecenia Komisji określone w Komunikacie w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych i Praktycznym przewodniku dotyczącym kwantyfikacji szkód.^{1,2,3} W zakresie nieuregulowanym przez ustawę stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego.⁴

W komunikacie Komisji wyjaśniono, że *“Kwantyfikację przeprowadza się w oparciu o porównanie rzeczywistej sytuacji powoda z sytuacją, w której znajdowałby się on, gdyby nie doszło do naruszenia reguł konkurencji.”* Strony poszkodowane *“powinny zatem uzyskać odszkodowanie w pełni pokrywające rzeczywistą wartość poniesionych strat.”*⁵

W szczególności, rekompensata powinna obejmować zarówno rzeczywistą szkodę (*damnum emergens*), jak i utracone zyski (*lucrum cessans*).⁶ Przypomina to ogólne

zasady dochodzenia odszkodowania zawarte w Kodeksie cywilnym.⁷ W komunikacie stwierdza się również, że rekompensata powinna obejmować odsetki naliczane od czasu wystąpienia szkody do czasu wypłacenia odszkodowania. Kwestia odpowiedniego oprocentowania jest regulowana odrębnie przez ustawę o prywatnym powództwie i jest omawiana w dalszej części tego artykułu.

W przypadku firm, które ucierpiały z powodu naruszenia prawa ochrony konkurencji, szkoda może zostać zdefiniowana jako różnica między zyskami uzyskanymi w faktycznej sytuacji, w której doszło do naruszenia, a zyskami, które zostałyby osiągnięte w przypadku niewystąpienia naruszenia, czyli w scenariuszu alternatywnym. Ogólną formułę szkody zdefiniowanej jako zmniejszenie zysków z powodu naruszenia można zatem zapisać jako:

$$(Cena_{\text{kontrfaktyczna}} \times Ilość_{\text{kontrfaktyczna}} - Koszt_{\text{kontrfaktyczny}}) - (Cena_{\text{faktyczna}} \times Ilość_{\text{faktyczna}} - Koszt_{\text{faktyczny}})$$

Szkoda zazwyczaj nie jest ponoszona jednorazowo, lecz przez dłuższy okres, ponieważ naruszenie zwykle trwa przez dłuższy okres lub ma skutki po zakończeniu okresu naruszenia (na przykład w przypadku zachowań wykluczających prowadzących do zniechęcenia podmiotu do wejścia na rynek). W takim przypadku szkoda powinna być oszacowana jako suma szkód we wszystkich okresach, w których była ona ponoszona.⁸

Powyższa formuła jest bardzo ogólna i pozwala na ilościowe określenie szkód różnego typu. Oszacowanie całkowitych

¹ Tamże, art. 31.

² Komunikat Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, 2013/C 167/07.

³ Dokument roboczy służb Komisji, Przewodnik praktyczny, Ustalanie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, SWD(2013) 205, 11.6.2013

⁴ Ustawa z dn. 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, art. 10 i art. 32.

⁵ Komunikat Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, 2013/C 167/07, pkt. 3 i 6.

⁶ Tamże, pkt. 6.

⁷ Kodeks cywilny, art. 361.

⁸ Ponieważ wartość złotówki otrzymanej dzisiaj jest wyższa niż wartość złotówki otrzymanej w przyszłości, zsumowanie szkód w różnych okresach wymaga zastosowania odpowiedniej stopy dyskontowej w celu osiągnięcia ich porównywalności.

zysków w scenariuszu alternatywnym jest w praktyce dość wymagające i często nie jest konieczne. Na przykład, jeśli naruszenie ma wpływ jedynie na koszty nakładów powoda, ale nie ma wpływu na ceny płacone przez jego klientów lub sprzedawane ilości, szkoda może być oszacowana poprzez porównanie kosztów nakładów w scenariuszu faktycznym i scenariuszu alternatywnym. Nie ma potrzeby szacowania alternatywnych cen i wolumenów sprzedaży. To znacznie upraszcza analizę, ale może prowadzić do przeszacowania lub niedoszacowania szkody, jeżeli naruszenie w rzeczywistości miało wpływ na ceny lub ilości, jak to może mieć miejsce w przypadku karteli (patrz poniżej). W związku z tym, każdą kwantyfikację szkód powinna poprzedzać dokładna jakościowa analiza naruszenia i analiza danego rynku w celu identyfikacji potencjalnych skutków, które należy zbadać ilościowo.

W kolejnych sekcjach omówiono kwantyfikację szkody w przypadku dwóch rodzajów naruszeń, w przypadku których szkody i roszczenia o odszkodowanie są najbardziej prawdopodobne: karteli i zachowań wykluczających. Ponieważ z szacowaniem szkód w tych dwóch przypadkach związane są różne rodzaje problemów, są one omówione oddzielnie.

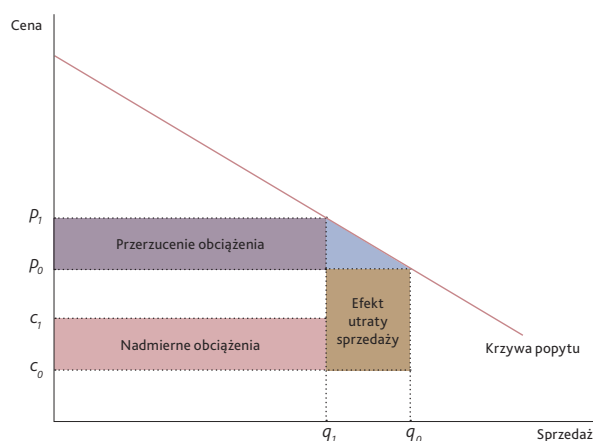
Kwantyfikacja szkód powodowanych przez kartele

Głównym bezpośrednim efektem skutecznej zmowy jest wzrost ceny za towary lub usługi sprzedawane przez członków kartelu.⁹ Jeżeli

⁹ Możliwe są również inne skutki takie jak obniżka jakości lub zmniejszenie asortymentu dóbr oferowanych nabywcom. Są one jednak rzadziej stwierdzane przez urzędy monopolowe i trudniejsze do oszacowania. W dalszej części artykułu nie omówiono tego rodzaju szkód, jednak w indywidualnych przypadkach należy zbadać czy tego typu skutki miały miejsce i czy są na tyle znaczne aby należało je skwantyfikować.

nabywca używa dóbr objętych kartelem jako czynników produkcji, zmowa ma bezpośredni negatywny wpływ na jego zyski poprzez podniesienie cen tych czynników, a tym samym kosztów nabywcy. Ta bezpośrednia szkoda spowodowana wzrostem ceny znana jest jako “nadmierne obciążenie” (*overcharge*). Negatywny wpływ wzrostu kosztów może zostać zmniejszony, jeżeli nabywca, który wykorzystuje produkt objęty kartelem jako czynnik produkcji, podwyższa ceny swoich towarów. To zmniejszenie szkody spowodowane przeniesieniem (części) podwyżki kosztów na własne ceny jest znane jako “efekt przerzucenia nadmiernych obciążeń” (*pass-on effect*). Z drugiej strony, wzrost cen nabywcy spowoduje, że niektórzy klienci ograniczą zakupy i tym samym zmniejszą się zyski nabywcy. Spadek wielkości sprzedaży (*volume effect*) prowadzi do zmniejszenia zysków, a zatem zwiększa szkodę wynikającą ze wzrostu cen czynników produkcji. Należy zauważyć, że choć omawiane są tu skutki karteli, to skutki będą podobne w przypadku każdej niezgodnej z prawem umowy, która zwiększa ceny powyżej poziomu konkurencyjnego. Może to objąć niektóre rodzaje porozumień wertykalnych, takich jak ustalanie cen odsprzedaży (*resale price maintenance - RPM*).

Potencjalny wpływ kartelu na zyski powoda został przedstawiony na *Rysunku 1*. Przykład zakłada, że kartel podnosi jednostkowy koszt produkcji nabywcy z c_1 do c_2 . To z kolei prowadzi do wzrostu cen powoda z p_0 do p_1 , i spadku sprzedawanych ilości z q_0 do q_1 . Całkowita szkoda jest równa nadmiernemu obciążeniu (*overcharge*), obniżonemu o efekt przerzucenia (*pass-on effect*), a powiększonemu o efekt utraty sprzedaży (*volume effect*).



Rysunek 1. Wpływ kartelu na zyski nabywcy

W dalszej części artykułu omówiono, w jaki sposób można oszacować trzy powyższe potencjalne skutki kartelu – nadmierne obciążenie (*overcharge*), efekt przerzucenia (*pass-on effect*) i efekt utraty sprzedaży (*volume effect*).

Szacowanie nadmiernego obciążenia (*overcharge*)

Nadmierne obciążenie (*overcharge*) stanowi różnicę pomiędzy tym, co powód faktycznie zapłacił za towary objęte znową, a kwotą, którą zapłaciłby, gdyby znowa nie miała miejsca. Oszacowanie nadmiernego obciążenia wymaga porównania rzeczywistej ceny zapłaconej przez nabywcę w okresie trwania kartelu z ceną kontrfaktyczną, którą zapłaciłby, gdyby kartelu nie było, a następnie pomnożenia różnicy pomiędzy nimi przez ilość towaru objętego kartelem zakupionego przez powoda (wolumen handlu). Należy pamiętać, że nadmierne obciążenie nie może zostać oszacowane jedynie na podstawie rzeczywistych lub aktualnych cen – konieczne jest również oszacowanie scenariusza alternatywnego.

Tabela 1 pokazuje hipotetyczny przykład szacowania rocznych nadmiernych obciążeń spowodowanych przez kartel producentów jabłek, z powodu których to nadmiernych obciążeń cierpi nabywca, kupujący jabłka jako składnik do produkcji soku jabłkowego. Załóżmy, że kartel działał w latach 2009–2014 i podniósł ceny o 10%. Przykład pokazuje, że mimo że ceny w większości okresu trwania kartelu spadają, nabywca wciąż ponosi szkodę. To, czy nastąpiła szkoda, nie zależy od tego, czy w okresie trwania kartelu ceny wzrosły, ale tego czy ceny byłyby niższe, gdyby kartel nie działał.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Cena faktyczna (€/tona)	374	385	374	374	369	330
Cena kontrfaktyczna (€/tona)	340	350	340	340	335	300
Wolumen handlu (tony/rok)	13,000	13,500	14,000	14,500	15,000	15,000
Nadmierne obciążenie (€)	442,000	472,000	476,000	493,000	510,000	450,000

Tabela 1. Szacowanie nadmiernego obciążenia / Źródło: Analiza CEG

Określenie wolumenu handlu może wydawać się proste, ale w praktyce może okazać się wymagającym zadaniem. Powód musi być w stanie udowodnić, że rzeczywiście dokonał zakupów, których dotyczy jego roszczenie. Często wymaga to zgromadzenia danych z faktur powoda na zakupy dokonane od członków kartelu oraz ich wnikliwej analizy w celu ustalenia, na które transakcje znowa mogła mieć wpływ. Obejmuje to między innymi ustalenie okresu, w którym dokonano zakupu, typu produktu, obszarów geograficznych lub kanałów dystrybucji. Niewłaściwe sklasyfikowanie transakcji może spowodować niedoszacowanie lub przeszacowanie nadmiernych obciążeń.

Na przykład:

- Jeżeli kartel wpłynął tylko na sprzedaż prowadzoną przez określony kanał dystrybucji, powód, który zakupił towary za pośrednictwem innych kanałów mógł w ogóle nie ponieść szkody. W takiej sytuacji określenie wolumenu handlu jako obejmującego wszystkie zakupy w okresie trwania kartelu spowoduje przeszacowanie szkody.
- Kartel mógł mieć wpływ na ceny nawet po jego zakończeniu. Taka sytuacja może mieć miejsce na przykład, gdy ceny są renegotjowane okresowo, a cena ustalona w okresie kartelu obowiązywała do następnej renegotjacji już po jego zakończeniu. W takim przypadku ograniczenie wolumenu handlu do zakupów dokonanych w okresie formalnego trwania zmowy będzie skutkowało niedoszacowaniem rozmiaru szkody.

Kwotę nadmiernego obciążenia otrzymujemy poprzez pomnożenie wolumenu handlu przez różnicę pomiędzy ceną rzeczywistą a kontrfaktyczną. Faktyczna cena jest zazwyczaj znana, zarówno nabywcy, jak i członkowi kartelu (przy założeniu, że firmy przechowują dane o zakupach dokonanych w okresie kartelu). Cena kontrfaktyczna nie jest znana i musi zostać oszacowana. W niektórych przypadkach dostępne są wewnętrzne dokumenty kartelistów, zawierające szczegółowe informacje na temat wielkości nadmiernego obciążenia. Jednak w większości przypadków takie dokumenty nie są dostępne lub nie są ujawnione powodowi, a zatem scenariusz alternatywny często musi zostać oszacowany na podstawie danych powoda lub

danych rynkowych. Zostało to omówione w następnej sekcji.

Szacowanie ceny kontrfaktycznej

Istnieją trzy główne grupy metod, które zazwyczaj stosuje się do oszacowania ceny kontrfaktycznej:

- Metody porównawcze
- Modele symulacyjne
- Analiza finansowa

Metody te zostały omówione poniżej.

Metody porównawcze

Głównym założeniem stojącym za metodami porównawczymi jest to, że cena, która obowiązywałaby na analizowanym rynku przy braku kartelu może być przybliżona poprzez cenę na innych, lecz porównywalnych, rynkach nieobjętych kartelem. Najczęściej stosowanymi metodami porównawczymi są: metoda przed, w trakcie i po, metoda punktu odniesienia (*yardstick method*) i kombinacja obu metod znana jako różnica-w-różnicach (*difference-in-differences*).

- Metoda przed, w trakcie i po porównuje ceny na skartelizowanym rynku poza okresem kartelu z cenami w okresie kartelu i przypisuje różnicę pomiędzy nimi wpływowi kartelu. Często, na przykład w przypadku karteli działających przez wiele lat, dane sprzed okresu obowiązywania kartelu nie są dostępne. Wówczas ceny w okresie istnienia kartelu mogą być porównane z cenami po zakończeniu kartelu (metoda w trakcie i po), choć odseparowanie wpływu kartelu od innych wydarzeń rynkowych na cenę może być trudniejsze.

- Metoda punktu odniesienia (*yardstick method*) porównuje ceny na rynku będącym pod wpływem zмовы z cenami tego samego produktu na innych rynkach geograficznych lub na rynkach innych produktów, podobnych do analizowanego produktu ale nie będących pod wpływem kartelu.
- Połączenie porównania w czasie z porównaniem pomiędzy rynkami prowadzi do metody różnicy-w-różnicach, która polega na porównaniu dynamiki cen na rynku objętym kartelem i rynku odniesienia (geograficznym lub produktowym), przypisując różnicę wpływowi kartelu. W uproszczeniu, na przykład, jeśli w okresie działania kartelu ceny na rynku skartelizowanym wzrosły o 15%, podczas gdy na podobnym rynku, nieobjętym działaniem kartelu, wzrosły o 5%, to metoda różnicy w różnicach doprowadziłaby do wniosku, że kartel podniósł ceny o 10%.

W zależności od ilości i jakości dostępnych danych, metody porównawcze można zastosować porównując średnie arytmetyczne cen lub przeprowadzając analizę ekonometryczną. Właściwe stosowanie metod ekonometrycznych w celu wyodrębnienia wpływu kartelu wymaga identyfikacji i zgromadzenia danych dotyczących zarówno czynników kosztowych jak i popytowych, które mogą wpływać na ceny produktu objętego kartelem.

Mimo że takie metody wymagają dobrej jakości danych, odpowiednich umiejętności analitycznych i zwykle są bardziej czasochłonne, niż proste porównanie średnich, to dają także bardziej wiarygodne

wyniki z dwóch powodów. Po pierwsze, metody ekonometryczne mogą być wykorzystane w celu ustalenia, czy różnica w cenach między skartelizowanym i nieskartelizowanym okresem lub rynkiem jest statystycznie istotna, tj. czy nie jest spowodowana losowymi wahaniami cen. Po drugie, analiza ekonometryczna zmienności cen pozwala odróżnić wpływ kartelu od wpływu innych czynników które mogą potencjalnie wpływać na ceny, takie jak zwiększone koszty lub popyt. Taka analiza może prowadzić do początkowo nieoczywistych wniosków, na przykład, że dany kartel nie miał wpływu na ceny, mimo że ceny w okresie kartelowym wzrosły, lub że kartel podniósł ceny, mimo że poziom cen w okresie istnienia kartelu nie wzrósł.

Metody symulacyjne

Drugą grupą metod stosowanych do oszacowania scenariuszy alternatywnych są symulacje. Zastosowanie tych metod obejmuje modelowanie matematyczne rynku, na który koncentracja wywiera wpływ. Modelowanie to oparte jest na założeniach dotyczących typu konkurencji, która obowiązywałaby na rynku w przypadku braku kartelu, oraz na szacunkach funkcji popytu i kosztów na podstawie danych rynkowych. Ceny przewidziane przez model są następnie porównywane z rzeczywistymi cenami w celu określenia wpływu kartelu.

Jednym z wariantów tej metody jest modelowanie zarówno scenariusza faktycznego i scenariusza alternatywnego oraz porównywanie scenariusza alternatywnego nie do ceny rzeczywistej, ale do ceny symulowanej w scenariuszu

faktycznym. Minusem takiego podejścia jest to, że symulowana cena w scenariuszu faktycznym może się różnić od ceny rzeczywistej, ale z drugiej strony może pozwolić na precyzyjniejsze określenie wpływu samego kartelu, bez potrzeby modelowania sytuacji kontrfaktycznej we wszystkich jej szczegółach.

Wadą modeli symulacyjnych jest to, że wymagają wielu założeń dotyczących funkcjonowania rynku przy braku kartelu, a ich wyniki mogą być wrażliwe na stosunkowo niewielkie zmiany w założeniach lub wartościach parametrów.

Analiza finansowa

Ta grupa metod wykorzystuje analizę finansową do oszacowania scenariusza alternatywnego. Obejmuje to między innymi metodę koszt plus, w której cena kontrfaktyczna jest obliczana poprzez oszacowanie kosztu produktu objętego kartelem, na przykład na podstawie danych pozyskanych od członka kartelu, a następnie dodanie marży zysku, która zostałaby nałożona, gdyby kartel nie istniał. Oszacowanie marży zysku w warunkach konkurencji może być oparte na danych o marżach na porównywalnych, nieskartelizowanych rynkach. Zaletą tej metody jest to, że dane dotyczące kosztów są często dostępne w bazach danych przedsiębiorstw, jednak w przypadku firm produkujących wiele różnego rodzaju produktów o dużym wspólnym komponencie kosztowym, zidentyfikowanie kosztu wytworzenia produktu objętego kartelem może być trudne. Ponadto nie zawsze łatwo jest określić, jaka powinna być marża w warunkach konkurencji.

Wybór właściwej metody

Wybór najbardziej odpowiedniej metody zależy w dużej mierze od dostępności odpowiednich danych. Na przykład, jeśli dostępne są dobrej jakości dane dotyczące cen sprzed i po okresie istnienia kartelu, a także na temat głównych czynników kosztowych i popytowych które mogą mieć wpływ na ceny, metoda przed i po może być najbardziej odpowiednia. Metody symulacyjne mogą być preferowane, jeżeli nie ma dobrego punktu odniesienia (pod względem okresu czasu, lokalizacji geograficznej lub rodzaju produktu) i jeśli jest możliwe poczynienie wiarygodnych założeń co do charakteru konkurencji, funkcji popytu i kosztów. Zaletą analizy finansowej jest zazwyczaj dostępność danych potrzebnych do przeprowadzenia tego rodzaju analizy. W tym przypadku problemem może być jednak uzyskanie danych na wymaganym poziomie dezagregacji lub ich nieporównywalność w czasie lub pomiędzy rynkami.

Należy mieć świadomość tego, że dla jednego kartelu dostępne dane mogą się różnić w zależności od tego, na czyje zlecenie przeprowadzana jest analiza. Przykładowo, członek kartelu może mieć dostęp do danych na tematach swoich kosztów, dzięki czemu może łatwiej wyjaśnić podwyżki cen wzrostem kosztów. Z drugiej strony, nabywca może dysponować danymi dotyczącymi zakupów od innych dostawców, niebędących członkami kartelu, i mieć możliwość ich porównania z ceną naliczoną przez członków kartelu. Wyniki analizy pozwanych i powodów mogą się zatem różnić, ponieważ obie strony opierają się na danych dotyczących tej części rynku, którą są w stanie zaobserwować.

Przerzucanie nadmiernych obciążeń (pass-on)

Szkoda powoda-nabywcy wyrządzona przez nadmierne obciążenie może zostać zmniejszona, jeżeli klient kartelu podniesie swoją własną cenę w odpowiedzi na wzrost ceny czynnika produkcji objętego kartelem (*pass-on*). Jako że efekt ten zmniejsza rozmiar szkody, argumenty za nim przemawiające będą zazwyczaj podnoszone przez pozwanych w sprawach dotyczących karteli.

Dyrektywa stanowi, że to sprawca naruszenia powinien wykazać, że przerzucenie nadmiernych obciążeń miało miejsce.¹⁴ Komunikat Komisji i Praktyczny przewodnik nie omawiają jasno kwestii ciężaru dowodu. Polska ustawa o prywatnym powództwie stanowi, że zakłada się, iż nadmierne obciążenia są przerzucane na bezpośrednich klientów. Jednak na to domniemanie mogą powoływać się tylko nabywcy pośredni (tj. nabywcy, którzy nie zakupili produktu objętego kartelem bezpośrednio od członków kartelu, ale od bezpośredniego nabywcy), a nie pozwani. W przeciwieństwie do dyrektywy unijnej, polska ustawa nie mówi jednak wprost, że to członek kartelu musi wykazać, że nastąpiło przerzucenie nadmiernych obciążeń. Sądy w różnych jurysdykcjach europejskich różnią się podejściem do ciężaru dowodu dotyczącego *pass-on*. Trudno przewidzieć, jak rozwinie się polskie orzecznictwo w tym zakresie.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/EU z dn. 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego, motyw 39.

Wystąpienie *pass-on* można wykazać za pomocą różnych metod:

- Po pierwsze, istnienie *pass-on* można określić na podstawie analizy wewnętrznych dokumentów nabywcy, które zawierają informacje na temat procesu ustalania cen. Znajomość tego, w jaki sposób firma faktycznie ustala ceny, pomaga wykazać, w jaki sposób wzrost ceny czynnika produkcji objętego znową wpłynął na cenę, jaką powód ustala dla swoich klientów przy założeniu, że sam proces ustalania cen pozostaje niezmienny.¹⁵
- Po drugie, *pass-on* można oszacować za pomocą metod ekonometrycznych, badając związek między ceną czynnika produkcji objętego kartelem, a ceną produktu finalnego oferowanego przez powoda. Korzystanie z tej metody wymaga dostępności odpowiednich danych dotyczących zarówno ceny skartelizowanego produktu, jak i cen oferowanych przez powoda, a także innych czynników, które mogły mieć wpływ na zmiany ceny na rynku, na którym powód działa.

Pomocą w określeniu stopnia przerzucenia nadmiernego obciążenia może być teoria ekonomii, która formułuje pewne hipotezy na temat poziomu *pass-on* w zależności od cech rynku i samego kartelu. Na przykład, teoria przewiduje, że *pass-on* powinien być większy, jeśli kartel miał również wpływ na konkurentów nabywcy niż gdyby takiego wpływu nie miał (co może mieć miejsce na przykład w sytuacji, gdy konkurenci kupują swoje czynniki produkcji na rynkach, które

¹⁵ Takie założenie często będzie uzasadnione w przypadku, gdy wzrost kosztów czynników produkcji jest niewielki.

nie zostały skartelizowane). Jeśli konkurenci nie odczuli wzrostu kosztów, konkurencja z ich strony może ograniczyć zdolność nabywcy do podwyższenia ceny. Teoria ekonomii przewiduje również, że silniejsza konkurencja na rynku, na którym działa nabywca, prowadzi do wyższego pass-on, ponieważ na silnie konkurencyjnym rynku marże są niższe. Z tego powodu utrata sprzedaży spowodowana przerzuceniem obciążenia ma mniej negatywny wpływ na zyski firm.

Teoria ekonomii jest użytecznym narzędziem do ustrukturyzowania analizy przerzucenia nadmiernego obciążenia i dostarcza wskazówek, jakich dowodów szukać. Jej wadą jest jednak fakt, że opiera się na uproszczonych modelach rynkowych, które nie zawsze wychwytyją najważniejsze czynniki determinujące stopień pass-on. Ponadto jedyne wiarygodne wnioski wynikające z teorii to wnioski jakościowe (np. silniejsza konkurencja to wyższy pass-on) a nie ilościowe tzn. dotyczące wielkości pass-on. Dlatego teoria ekonomii nie może być postrzegana jako alternatywa dla dowodów ilościowych.

Spadek wielkości sprzedaży (volume effect)

Nawet jeśli podwyższona cena czynnika produkcji objętego znową zostanie przerzuciona przez nabywcę na jego własne ceny, nie oznacza to jeszcze, że wysokość szkody zmniejszy się o pełną kwotę przerzucenia. Na przykład, jeśli kartel podniesie cenę o 50 złotych, a nabywca następnie podwyższy swoją własną cenę o 50 złotych, to w większości przypadków nie obniży to szkody do zera. Wynika to z faktu, że w odpowiedzi na wyższą

cenę niektórzy klienci powoda zmniejszą zakupy, co doprowadzi do zmniejszenia sprzedaży i zysków.

Wielkość efektu utraty sprzedaży zależy od stopnia przerzucenia nadmiernego obciążenia, wrażliwości popytu na produkt powoda na wzrost ceny (opisanego wskaźnikiem znanym jako cenowa elastyczność popytu), oraz marży zysku utraconej na każdej jednostce utraconej sprzedaży. Oszacowanie efektu wolumenowego wymaga zatem posiadania informacji o tych zmiennych. Dane dotyczące elastyczności dla niektórych produktów można znaleźć w literaturze, nabywca powinien natomiast dysponować informacjami na temat uzyskiwanej marży.

Inne skutki karteli

W indywidualnych przypadkach może być konieczne uwzględnienie innych efektów, które mogą wpływać na rozmiar szkody. Na przykład dodatkowa szkoda wyrządzona przez kartel może powstać na skutek wystąpienia tak zwanego efektu parasola (umbrella effect). Wynika on z faktu, że wyższa cena pobierana przez członków kartelu pozwala firmom, które nie są członkami kartelu, ale z nim konkurują, na podniesienie ich cen. Dodatkowe szkody mogą również powstać, jeżeli kartel doprowadził do obniżenia jakości skartelizowanych produktów, chociaż efekt ten może być trudny do oszacowania. Z drugiej strony, szkoda może zostać zmniejszona, jeżeli istnieją czynniki łagodzące, na przykład, jeżeli powód oferuje produkty które konkurują z produktami objętymi kartelem i wobec tego sam korzysta z efektu parasola.

Kwantyfikacja szkód powodowanych zachowaniami wykluczającymi

Innym przykładem naruszenia prawa konkurencji, które może prowadzić do szkód i roszczeń odszkodowawczych, jest nadużycie pozycji dominującej, które ma na celu wykluczenie konkurentów z rynku. Przykładami takich praktyk stosowanych przez firmy dominujące są odmowy zawarcia umowy, umowy na wyłączność, sprzedaż wiązana i pakietowa, ceny drapieżne lub rabaty antykonkurencyjne. Podobne szkody mogą wynikać z niektórych typów porozumień wertykalnych.

Istotną różnicą pomiędzy kartelami omówionymi w poprzedniej sekcji a zachowaniami wykluczającymi jest to, że skuteczny kartel bezpośrednio szkodzi klientom, a konkurenci często mogą czerpać korzyści z efektu parasola. Z kolei praktyki wykluczające bezpośrednio szkodzą konkurentom, podczas gdy szkoda dla klientów często pojawia się dopiero w dłuższej perspektywie i może jeszcze nie być zauważalna w momencie wnoszenia powództwa, na przykład, jeśli nadużycie nie trwało wystarczająco długo, aby doprowadzić do opuszczenia rynku przez konkurenta. Dlatego też większość roszczeń dotyczących zachowania wykluczającego jest zgłaszana przez konkurentów, a nie przez klientów. Jednak roszczenia ze strony klientów również są możliwe, na przykład, jeżeli wykluczenie rzeczywiście doprowadziło do opuszczenia rynku przez konkurenta, a firma dominująca zareagowała na to podniesieniem cen.

Zachowania wykluczające ze strony firm dominujących szkodzą konkurentom, zmniejszając ich zyski. W przeciwieństwie do

karteli, których głównym skutkiem jest wzrost ceny skartelizowanego produktu, mechanizm powstawania szkód na skutek zachowań wykluczających jest bardziej złożony.

W zależności od typu naruszenia, wpływ naruszenia na konkurentów może polegać na zmniejszeniu ich sprzedaży, obniżeniu ich cen lub zwiększeniu kosztów. Na przykład, drapieżne ceny lub sprzedaż wiązana mogą doprowadzić do spadku sprzedaży konkurenta na rzecz firmy dominującej, podczas gdy odmowa zawarcia transakcji może zmusić powodów do korzystania z droższych czynników produkcji, a tym samym zwiększyć ich koszty. W skrajnym przypadku, jeśli konkurent jest zmuszony do opuszczenia rynku lub nie może na niego wejść, jego zyski są równe zeru, a szkoda równa się zyskom, które by uzyskał, gdyby był aktywny na rynku.

Oszacowanie szkody wynikającej z ograniczenia sprzedaży spowodowanej zachowaniem wykluczającym wymaga oszacowania wolumenu utraconej sprzedaży oraz zysku, który zostałby z niej uzyskany, na przykład przy użyciu średniej oczekiwanej marży zysku. Aby oszacować sprzedaż kontrfaktyczną (która miałaby miejsce w przypadku braku naruszenia), można zastosować podobne metody jak przy szacowaniu ceny kontrfaktycznej dla karteli, na przykład porównanie sprzedaży powoda przed, w trakcie i po naruszeniu, lub na innych (geograficznych lub produktowych) rynkach, na których nie miały miejsca zachowania wykluczające.

Dodatkową komplikację stanowi fakt, że wpływ zachowania wykluczającego może sięgać (daleko) w przyszłość, na przykład,

jeżeli prowadzi ono do opuszczenia rynku lub braku możliwości wejścia na rynek. Kontynuacja szkód w przyszłości sprawia, że konieczne jest nie tylko stworzenie scenariusza kontrfaktycznego dla przeszłości, ale także prawdopodobnych scenariuszy kontrfaktycznego i rzeczywistego w przyszłości, m. in. konieczność określenia przyszłych zysków podmiotu dotkniętego zachowaniem wykluczającym, gdyby takie zachowanie miało miejsca. Wprowadza to dodatkowy element niepewności do obliczeń.

W przypadku wymuszenia opuszczenia rynku, praktycznym podejściem, które można wykorzystać do przewidywania przyszłych zysków na stabilnych rynkach, jest założenie, że w przypadku braku naruszenia zyski w przyszłości byłyby takie same jak zyski z okresu tuż przed naruszeniem. Na bardziej dynamicznych rynkach prognozowanie przyszłych zysków wymaga dokonania korekt uwzględniających prawdopodobne zmiany rynkowe, które mogłyby na te zyski wpłynąć. Jeżeli zachowanie wykluczające uniemożliwiło wejście na rynek podmiotowi, który jeszcze nie był na nim aktywny, wykazanie, jakie osiągałby zyski w przypadku braku naruszenia, może być bardzo trudne. W niektórych przypadkach może to ograniczyć kwotę możliwych do wykazania szkód do bezpośrednich kosztów, które zostały już poniesione przy przygotowywaniu do wejścia na rynek.

Odsetki od roszczeń odszkodowawczych

Dyrektywa w sprawie odszkodowań od naruszeń prawa konkurencji stanowi, że rekompensata dla strony, która poniosła

szkodę z powodu naruszenia, powinna obejmować odsetki, które powinny być naliczane od momentu powstania szkody do momentu zapłaty odszkodowania.¹⁶ Przewodnik Komisji wyjaśnia, że odsetki stanowią rekompensatę za utratę wartości pieniądza (inflację), a także utraconą możliwość dysponowania kapitałem.¹⁷

Polska ustawa o prywatnym powództwie w sprawach konkurencji określa, że odsetki są należne, jeżeli szacowane szkody oparte są na cenach innych niż ceny obowiązujące w chwili kalkulacji szkody. W takim przypadku odsetki naliczane są od dnia, z którego ceny zostały wykorzystane do oszacowania szkód, do dnia, w którym odszkodowanie powinno zostać wypłacone.¹⁸ Jest to inne rozwiązanie niż sugerowane przez Komisję (odsetki naliczane od momentu, w którym doszło do szkody), chociaż efekt będzie ten sam, jeśli szkoda zostanie oszacowana przy użyciu cen z czasu wystąpienia szkody. Ustawa określa, że odsetki powinny być naliczane przy użyciu stawki ustawowej (wynoszące 7% w 2017 r.).¹⁹

¹⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/EU z dn. 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego, motyw 12 i art. 3(2).

¹⁷ Dokument roboczy służb Komisji, Przewodnik praktyczny, Ustalenie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, SWD(2013) 205, 11.6.2013, punkt 20.

¹⁸ Ustawa z dn. 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, art. 8.

¹⁹ http://www.finanse.mf.gov.pl/wynik/-/asset_publisher/JLwo/content/odsetki-ustawowe-za-opoznienie?_101_INSTANCE_JLwo_redirect=http%3A%2F%2Fwww.finanse.mf.gov.pl%2Fwynik%3Fp_id%3D101_INSTANCE_JLwo%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26p_r_564233524_tag%3Dpodatek%2Bod%2B%25C5%259Brod%25C3%25B3w%2Btranspo+rtu

Wnioski

Ustawa o prywatnym powództwie z kwietnia 2017 r., która wdraża dyrektywę w sprawie odszkodowań w sprawach konkurencji do polskiego prawa, ułatwia wnoszenie roszczeń o odszkodowania z tytułu naruszenia prawa konkurencji. Można zatem oczekiwać, że doprowadzi ona do większej ilości tego typu spraw w Polsce. Głównym elementem roszczenia o odszkodowanie jest kwantyfikacja

szkód poniesionych w związku z naruszeniem. Jeżeli strona, która poniosła szkodę jest firmą, szkoda może zostać zdefiniowana jako zmniejszenie jej zysków wynikające z naruszenia. W artykule omówiono główne elementy kwantyfikacji szkód wyrządzonych poprzez praktyki antymonopolowe oraz metody, które można wykorzystać w celu ich oszacowania, ze szczególnym uwzględnieniem szkód powstałych w wyniku karteli i zachowań wykluczających.

O autorce

Dr Ewa Mendys-Kamphorst kieruje biurem CEG w Rotterdamie. Jest ekspertem w zakresie stosowania teorii ekonomii i metod ilościowych do spraw związanych z prawem konkurencji, regulacjami i szacowaniem odszkodowań.

DR EWA MENDYS-KAMPHORST
Senior Advisor

OFFICE: +31 10 282 1265

MOBILE: +31 614 581 861

EMAIL: emendys@ceg-europe.com

Further information on CEG is available at

www.ceg-global.com