

Mgr Marcin Mleczko

Polska Akademia Nauk

ORCID: 0000-0002-6037-224X

e-mail: marcinmleczko@gmail.com

Nowe narzędzie w unijnym prawie konkurencji — uwagi *de lege ferenda*¹

New tool in EU competition law — remarks *de lege ferenda*

Streszczenie

Artykuł stanowi analizę inicjatywy Komisji Europejskiej dotyczącej wprowadzenia nowego, komplementarnego narzędzia do przepisów unijnego prawa konkurencji. Inicjatywa ta ma być jednym ze środków dostosowujących prawo i politykę konkurencji do realiów nowoczesnej gospodarki. Nowe narzędzie miałyby umożliwić Komisji prowadzenie badań rynkowych w zakresie problemów strukturalnych związanych z konkurencją, z możliwością narzucenia przedsiębiorcom środków zaradczych. W artykule przedstawiono uwagi dotyczące podstawy prawnej inicjatywy, wyboru odpowiedniego wariantu oraz kwestii związanych z zasadą proporcjonalności i środków zaradczych. Postulowane jest wypracowanie rozwiązania, które eliminowałoby luki w egzekwowaniu przepisów przy jednoczesnym zachowaniu jasnych ram prawnych i zapewnieniu skutecznej kontroli sądowej.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji, Komisja Europejska, badanie rynku, prawo UE

JEL: K21, L41

Abstract

The article analyses the European Commission's initiative to introduce a new, complementary tool to EU competition law. The initiative is one of the measures aimed at making sure that competition policy and rules are fit for the modern economy. The new tool would enable the Commission to conduct market investigations on structural problems, with the possibility of imposing remedies. The article presents some comments on the legal basis of the initiative, selection of the appropriate option, and issues related to the principle of proportionality and remedies. It is postulated to find a solution that would eliminate the gaps in enforcement while maintaining a clear legal framework and ensuring effective judicial control.

Keywords: competition law, European Commission, market investigation, EU law

Wprowadzenie

W dniu 2.06.2020 r. Komisja Europejska (dalej również „Komisja”) opublikowała inicjatywę dotyczącą Jednolitego Rynku Cyfrowego, przewidującą możliwość wprowadzenia nowego, uzupełniającego narzędzia służącego skuteczniejszemu egzekwowaniu reguł konkurencji (zwanego dalej: „Nowym Narzędziem”), które umożliwiłoby jej prowadzenie badań rynkowych w zakresie problemów strukturalnych związanych z konkurencją, z możliwością narzucenia przedsiębiorcom² środków zaradczych³. Inicjatywa ta ma być jednym ze środków dostosowujących prawo i politykę konkurencji do realiów nowoczesnej gospodarki. Ma ona

wypełnić luki w obecnych przepisach unijnych, zidentyfikowane na podstawie doświadczeń Komisji. Podstawą tych działań jest również przebiegający na całym świecie proces refleksji, w wyniku którego dostrzeżono potrzebę wprowadzenia zmian w przepisach.

Warto podkreślić, że Komisja jest już uprawniona do prowadzenia dochodzeń w sprawach poszczególnych sektorów gospodarki lub określonych typów porozumień, gdy uważa, że rynek nie działa tak dobrze, jak powinien. Taka możliwość jest uregulowana w art. 17 rozporządzenia nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (dalej: „rozporządzenie nr 1/2003”)⁴.

Zgodnie z treścią tego przepisu Komisja może prosić przedsiębiorców o dostarczenie wszelkich informacji, żądać

podania do wiadomości porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk oraz opublikować sprawozdanie na temat końcowych wyników badań. Po przeprowadzeniu dochodzenia Komisja może wykorzystać uzyskane w jego trakcie informacje do oceny, czy musi wszcząć postępowanie antymonopolowe skierowane już do konkretnych przedsiębiorców.

Przykładowo, badanie sektorowe dotyczące handlu elektronicznego, zakończone w 2017 r., było częścią koncepcji Jednolitego Rynku Cyfrowego i miało na celu zebranie informacji na temat ograniczeń występujących w transgranicznym handlu internetowym towarami i usługami w tych sektorach, w których handel elektroniczny jest najbardziej rozpowszechniony, takich jak elektronika, odzież i obuwie oraz treści cyfrowe. Między innymi ustalenia tego badania stanowiły bodziec do przyjęcia rozporządzenia w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego⁵. Podobnie na dochodzeniu przeprowadzonym przez Komisję Europejską w odniesieniu do sektora farmaceutycznego w 2009 r. oparto szereg decyzji stwierdzających naruszenia konkurencji w tym sektorze⁶.

Chociaż dochodzenia sektorowe mogą prowadzić do zmian polityki lub wszczynania postępowań w sytuacji wykrycia naruszenia przepisów, to Komisja nie jest uprawniona do nakładania środków zaradczych w celu rozwiązania jakichkolwiek problemów dotyczących całego rynku. Jest to instrument „miękki”, który bez działań dodatkowych nie może być wykorzystywany do egzekwowania prawa. W związku z tym Komisja rozważa obecnie możliwość wprowadzenia Nowego Narzędzia, które umożliwiłoby jej prowadzenie badań rynkowych w zakresie problemów strukturalnych związanych z konkurencją, z możliwością narzucenia przedsiębiorcom środków zaradczych.

Proponowane nowe uprawnienia Komisji Europejskiej (Nowe Narzędzie)

W dniu 10.09.2019 r. przewodnicząca Komisji Europejskiej Ursula von der Leyen zleciła wiceprzewodniczącej wykonawczej Margrethe Vestager w liście misyjnym upewnić się, że „polityka i reguły konkurencji są odpowiednie dla nowoczesnej gospodarki”, a także zaleciła „wzmocnienie egzekwowania konkurencji we wszystkich sektorach” (Von Der Leyen, 2019). Jak możemy przeczytać we wstępnej ocenie skutków, zdaniem Komisji coraz więcej dowodów ekonomicznych w UE wskazywało na rosnącą koncentrację rynków cyfrowych i tradycyjnych (Komisja Europejska, 2019), a coraz bardziej skoncentrowane rynki umożliwiają przedsiębiorcom monitorowanie zachowań swoich konkurentów i łagodzą zapędy do konkurencji (tzw. milczące zмовы) (Komisja Europejska, 2020, s. 1). Ponadto, rosnąca dostępność rozwiązań technologicznych opartych na algorytmach, które ułatwiają monitorowanie zachowania konkurentów i zwiększają przejrzystość rynku, może powodować takie samo ryzyko nawet na mniej skoncentrowa-

nych rynkach (Komisja Europejska, 2020, s. 2). Komisja wskazuje, że luki w unijnym prawie konkurencji mogą dotyczyć także sytuacji, w których przedsiębiorstwo mające silną pozycję rynkową, lecz nieposiadające pozycji dominującej, dąży do rozszerzenia jej na wiele powiązanych rynków lub do zmonopolizowania jednego z nich (Komisja Europejska, 2020, s. 2).

Za pomocą Nowego Narzędzia Komisja zamierza rozwiązać problemy dotyczące strukturalnych cech rynku, które mają niekorzystny wpływ na konkurencję i mogą ostatecznie prowadzić do nieefektywnych wyników rynkowych objawiających się wyższymi cenami, niższą jakością czy mniejszym wyborem i niższym stopniem innowacji. Komisja dzieli problemy z konkurencją strukturalną na dwie kategorie, w zależności od tego, czy ich skutki mają dopiero wpłynąć na rynek (strukturalne zagrożenia dla konkurencji), czy już na rynek wpłynęły (strukturalny brak konkurencji) (Komisja Europejska, 2020, s. 2).

Strukturalne zagrożenia dla konkurencji odnoszą się do scenariuszy, w których niektóre cechy rynku (Komisja wskazuje przykładowo efekt sieciowy i efekty skali, brak zjawiska *multi-homing*⁷ i występowanie efektu uzależnienia od dostawcy — *lock-in*⁸) oraz zachowania przedsiębiorców stwarzają zagrożenie dla konkurencji. Ryzyko może być związane z powstawaniem silnych graczy rynkowych o tzw. pozycji strażnika (*gatekeeper*), których pojawieniu się można by zapobiec dzięki odpowiednio wczesnej interwencji. Inne scenariusze należące do tej kategorii obejmują jednostronne strategie przedsiębiorców nieposiadających pozycji dominującej, mające na celu zmonopolizowanie rynku z wykorzystaniem praktyk antykonkurencyjnych.

Druga kategoria — Komisja nazywa ją „strukturalnym brakiem konkurencji” — obejmuje scenariusze, w których rynek nie funkcjonuje poprawnie ze względu na swoją strukturę (tzw. strukturalną niedoskonałość rynku). Należą do nich oligopolistyczne struktury rynku o zwiększonym ryzyku milczących zмов, w tym rynki charakteryzujące się większą przejrzystością dzięki rozwiązaniom technologicznym opartym na algorytmach, a także rynki, które ze względu na pewne cechy (takie jak wysokie bariery wejścia, efekt *lock-in*, itd.) wykazują się już strukturalną niedoskonałością (Komisja Europejska, 2020, s. 2).

Dokładna forma, jaką miałyby przyjąć Nowe Narzędzie, nie została przesądzona, ale we wstępnej ocenie skutków Komisja wyjaśniła, że rozważa cztery różne warianty (Komisja Europejska, 2020, s. 3).

Wariant nr 1 opierałby się na konstrukcji nadużywania pozycji dominującej i miałby zakres horyzontalny (podobnie jak w przypadku istniejących reguł konkurencji UE znajdowałby ogólne zastosowanie we wszystkich sektorach gospodarki). Narzędzie to umożliwiłoby Komisji narzucenie behawioralnych oraz — w stosownych przypadkach — strukturalnych środków zaradczych. Komisja nie stwierdzałaby jednak naruszenia unijnych reguł konkurencji ani nie nakładała kar finansowych, a tym samym wyłączona byłaby możliwość dochodzenia na tej podstawie roszczeń prywatnoprawnych.

Wariant nr 2 również miałby być oparty na konstrukcji nadużywania pozycji dominującej, ale w zakresie ograniczonym do sektorów, w których pewne cechy i problemy byłyby najbardziej rozpowszechnione (zakres wertykalny). Rozwiązanie mogłoby obejmować przykładowo wyłącznie rynki cyfrowe, które uznaje się za szczególnie podatne na takie ryzyko.

Wariant nr 3 nie byłby już ograniczony jedynie do zachowań jednostronnych przedsiębiorców, lecz pozwalałby Komisji identyfikować i rozwiązywać problemy związane z konkurencją strukturalną (gdy strukturalne zagrożenia dla konkurencji lub strukturalny brak konkurencji uniemożliwiałyby prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego). Ten wariant również miałby zasięg horyzontalny, obejmujący wszystkie sektory. Narzędzie to umożliwiłoby Komisji narzucenie behawioralnych oraz — w stosownych przypadkach — strukturalnych środków zaradczych. Podobnie jak we wcześniej wymienionych opcjach, Komisja nie stwierdzałaby naruszenia oraz nie nakładała żadnych kar finansowych.

Wariant nr 4 rozważany przez Komisję jest analogiczny do wariantu nr 3, natomiast jego zakres jest ograniczony jedynie do poszczególnych sektorów (zakres wertykalny).

Podstawa prawna Nowego Narzędzia

Komisja wskazuje, że zgodnie z ogólnym celem zapewnienia uczciwej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym podstawą prawną takiego nowego narzędzia konkurencji byłby art. 103 TFUE w powiązaniu z art. 114 TFUE. Można w tym miejscu zastanowić się, czy przyjęcie takiej podstawy prawnej jest poprawne i wystarczające.

Artykuł 103 TFUE uzupełnia normy materialne zawarte w art. 101 i 102 TFUE poprzez stworzenie podstaw do aktywności instytucji Unii Europejskiej, które zapewniają efektywność tych przepisów dzięki wydaniu regulacji o charakterze wykonawczym, gwarantujących skuteczne wdrażanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję, m.in. w drodze ustanowienia kar administracyjnych za naruszenie zakazów czy też modyfikacji zakresu ich stosowania (Jurkowska, 2007).

Nowe Narzędzie Komisji Europejskiej miałoby jednak również na celu niejako kształtowanie na rynku warunków konkurencji bez uprzedniego stwierdzenia naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Czy zatem art. 103 TFUE mógłby być podstawą prawną postępowania wykraczającego poza art. 101 i 102 TFUE? Wydaje się to wątpliwe. Najwyraźniej właśnie dlatego Komisja rozważa oparcie się również na podstawie prawnej dotyczącej rynku wewnętrznego (art. 114 TFUE). Podawanie jako podstawy prawnej kilku przepisów traktatu, w tym artykułów dotyczących zbliżania ustawodawstw, jest bardzo częstą praktyką unijnego ustawodawcy. Dzieje się tak zazwyczaj w przypadku, gdy przyjmowany akt prawny równocześnie dotyczy dwóch lub wię-

cej polityk unijnych, a żadna z nich nie jest dominującym celem aktu (Kowalik-Bańczyk i Dąbrowska-Kłosińska, 2012). Podobnie uczyniono w związku z tzw. dyrektywą odškodowawczą⁹, lecz wydaje się, że wtedy uzasadnienie było bardziej satysfakcjonujące (chodziło o harmonizację prawa konkurencji w całej UE w celu zapewnienia jednolitości i skuteczności egzekwowania przepisów).

Komisja Europejska powinna więc teraz rozważyć, czy nie byłoby konieczne dokonanie zmian w TFUE zgodnie z procedurą określoną w art. 48 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁰. Na marginesie należy dodać, iż nie jest jasne, dla czego Nowe Narzędzie miałoby być dostępne tylko dla Komisji, a nie również dla organów krajowych. Tym bardziej, że w myśl dyrektywy ECN+¹¹ egzekwowanie prawa konkurencji w UE miało zostać realnie zdecentralizowane.

Wybór odpowiedniego wariantu

Jeżeli chodzi o wybór odpowiedniego wariantu, to można zaryzykować stwierdzenie, że skoro Komisja Europejska wyraża chęć wprowadzania tak daleko idących rozwiązań, to słuszne zdaje się być podejście gwarantujące najszerszy możliwy zakres interwencji. W przypadku wariantów nr 2 i nr 4 interwencja koncentrowałaby się jedynie na podmiotach mających pozycję dominującą, co (nawet jeśli próg interwencji w stosunku do zachowań jednostronnych zostałby obniżony) nie rozwiązałoby pewnych problemów z konkurencją strukturalną wskazanych w dokumencie Komisji, takich jak powstawanie milczących, algorytmicznych zmów. Ograniczanie zakresu zastosowania Nowego Narzędzia jedynie do niektórych sektorów (warianty nr 2 i nr 4) mogłoby prowadzić do niejasności i potencjalnej arbitralności decyzyjnej, ponieważ sam podział na rynki cyfrowe i tradycyjne jest podziałem nieostry. Jedynym wariantem, który w pełni pasuje do inicjatywy Komisji, wydaje się być więc wariant nr 3.

Środki zaradcze i zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności stanowi kryterium zgodności z prawem wszelkich działań organów Unii Europejskiej, włącznie z decyzjami Komisji w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Podstawa traktatowa znajduje się w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej. Artykuł ten stanowi, że zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów oraz że instytucje Unii stosują zasadę proporcjonalności zgodnie z Protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Doprecyzowana w orzecznictwie treść zasady wymaga, aby akty instytucji unijnych nie wykraczały poza to, co jest odpowiednie i niezbędne do realizacji zgodnych z prawem celów. Zasada proporcjonal-

ności w rozumieniu prawnym dotyczy nakazu podejmowania środków adekwatnych do założonych celów (Maliszewska-Nienartowicz, 2007), a w zakresie stosowania prawa konkurencji wyznacza granice swobodnego uznania Komisji podejmującej działania władcze wobec jednostek.

Wstępna ocena regulacji może rodzić pewne wątpliwości w zakresie obowiązywania zasady proporcjonalności w stosunku do Nowego Narzędzia. Komisja po pierwsze twierdzi, że wszystkie rozważane przez nią warianty mają podobny zakres, ponieważ nie zakładają stwierdzenia naruszenia ani nakładania kar pieniężnych (Komisja Europejska, 2020, s. 4). Między wierszami można wyczytać, że fakt, iż Komisja nie nakłada na przedsiębiorców kar pieniężnych, oznacza jej zdaniem, że wpływ ekonomiczny Nowego Narzędzia będzie ograniczony. Byłoby to zaskakujące, ponieważ wpływ środków behawioralnych lub strukturalnych, mogących powodować radykalne zmiany modeli biznesowych przedsiębiorstw lub restrukturyzującą całych branż, może być ogromny, potencjalnie nawet znacznie większy niż samej kary pieniężnej (Harrington, s. 341).

Proporcjonalność poniesionych przez przedsiębiorców kosztów, zdaniem Komisji, miałyby zostać zapewniona przez fakt, iż środki zaradcze musiałyby być ograniczone jedynie do takich, które umożliwiałyby prawidłowe działanie badanego rynku, a korzyści dla konsumentów wynikające z interwencji powinny przewyższać te koszty (Komisja Europejska, 2020, s. 4).

Dotychczasowy reżim prawa konkurencji, którego głównym elementem jest stwierdzanie naruszenia art. 101 lub 102 TFUE, przewiduje w uproszczeniu, że środki zaradcze powinny być do tego naruszenia proporcjonalne. Reguluje to art. 7 rozporządzenia nr 1/2003, który określa zakres zastosowania zasady proporcjonalności w tych sytuacjach¹². Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 Komisja może użyć wobec zainteresowanych przedsiębiorców środków zaradczych o charakterze behawioralnym lub strukturalnym, proporcjonalnych do popełnionego naruszenia i koniecznych do jego skutecznego zakończenia¹³. Środki strukturalne można jednak zastosować jedynie wtedy, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawioralne lub gdy równie skutecznie środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne.

Przepis ten stosuje się jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów 101 lub 102 TFUE, którego nie przewiduje Nowe Narzędzie. Powstaje przez to obawa, że korzystanie przez Komisję z Nowego Narzędzia nie nakłada wprost obowiązku zachowania proporcjonalności, co umożliwiłoby jej stosowanie bardziej dalekosiężnych środków zaradczych niż tych przewidzianych w art. 7 rozporządzenia nr 1/2003. Wskazuje się, że byłaby to sytuacja wysoce niepożądana, ponieważ paradoksalnie stawiałaby ona w gorszej sytuacji podmioty, które nie popełniły naruszenia przepisów (Lamadrid, 2020).

Należy zastanowić się, czy takie obawy są uzasadnione. Pewnych wskazówek mogą dostarczyć rozważania prowadzone w orzecznictwie na temat obowiązywania zasady pro-

porcjonalności w stosunku do decyzji zobowiązujących, w których również nie ma wzmianki o obowiązku zachowania zasady proporcjonalności w przepisie regulującym te decyzje (tj. w art. 9 rozporządzenia nr 1/2003) oraz które też nie przewidują stwierdzenia naruszenia.

Wypowiadając się w tym zakresie, początkowo sąd pierwszej instancji w sprawie Alrosa przyjął, że w przypadku decyzji zobowiązujących spoczywający na Komisji ciężar dowodu połączony z obowiązkiem przeprowadzenia analizy faktyczno-ekonomicznej ma mieć tak samo wysoki stopień intensywności jak w przypadku decyzji stwierdzających naruszenie, zgodnie z art. 7 rozporządzenia nr 1/2003¹⁴. Takie rozwiązanie niewątpliwie zapewniłoby wysoki poziom ochrony przedsiębiorców przed dyskrecyjnym działaniem Komisji, natomiast sama procedura zobowiązaniowa straciłaby na swojej atrakcyjności. Komisja musiałaby sama przeprowadzić własną analizę faktyczną i ekonomiczną w poszukiwaniu mniej uciążliwych środków zaradczych od tych zaproponowanych przez przedsiębiorców i uznanych przez Komisję za wiążące. Ten pogląd nie został więc przyjęty przez Trybunał Sprawiedliwości (dalej jako: TS) w wyroku z 29.06.2010 r. TS po pierwsze słusznie uznał, że mimo iż w przeciwieństwie do art. 7 rozporządzenia nr 1/2003, w art. 9 tego aktu brak jest wyraźnej wzmianki o proporcjonalności, jednak jako ogólna zasada prawa Unii, zasada proporcjonalności powinna być respektowana. Po drugie, wyraźnie zostało stwierdzone, że zakres stosowania zasady proporcjonalności jest różny w przypadku przepisów art. 7 i 9 rozporządzenia nr 1/2003. W argumentacji TS można wskazać dwa powody, dla których ten zakres jest odmienny. Po pierwsze, TS wskazał, że konkretne „cechy mechanizmów” przewidzianych w art. 7 i 9 rozporządzenia nr 1/2003, a także „działania, których podjęcie umożliwia każdy z tych przepisów rozporządzenia”, są różne, przez co ciążyący na Komisji obowiązek zapewnienia poszanowania zasady proporcjonalności ma inny zakres i treść w zależności od tego, czy rozważany jest on w kontekście pierwszego, czy drugiego z omawianych przepisów. Po drugie, zdaniem TS przedsiębiorstwa proponujące zobowiązania na podstawie art. 9 rozporządzenia nr 1/2003 świadomie akceptują okoliczność, że ich ustępstwa mogą wykraczać poza zakres, który Komisja mogłaby sama wyznaczyć w decyzji wydanej zgodnie z art. 7 rozporządzenia.

Przenosząc te rozważania na grunt działań legislacyjnych w zakresie wprowadzania Nowego Narzędzia, nie da się jednoznacznie przewidzieć, w jakim stopniu Komisja będzie chciała zapewnić przestrzeganie zasady proporcjonalności. Sytuacja przedsiębiorców, którzy potencjalnie byłiby objęci środkami zaradczymi w ramach Nowego Narzędzia, jest inna niż tych będących adresatami decyzji uznających zobowiązania przedsiębiorców za wiążące. W pierwszym przypadku bowiem środki zaradcze byłyby nakładane jednostronnie, bez udziału przedsiębiorcy. Oznacza to, że standard stosowania zasady proporcjonalności w zakresie Nowego Narzędzia powinien być tożsamy (tak samo wysoki) z tym wynikającym z art. 7.

Zgodnie ze wstępną oceną regulacji przy badaniu proporcjonalności Komisja ma zamiar brać pod uwagę, z jednej strony, koszty poniesione przez przedsiębiorców związane z narzuconymi środkami zaradczymi oraz, z drugiej, korzyści dla konsumentów wynikające z interwencji. Wydaje się jednak, że poza samymi kosztami Komisja powinna również badać, czy korzyści wynikające z interwencji dla konsumentów równoważą same antykonkurencyjne skutki występujące na rynku, spowodowane, przykładowo, stwierdzonym strukturalnym brakiem konkurencji. W takim przypadku element stwierdzenia naruszenia byłby zastąpiony elementem stwierdzenia strukturalnego braku konkurencji, a standard ochrony wynikający z art. 7 rozporządzenia nr 1/2003 byłby zachowany.

Uwagi końcowe

Nowe Narzędzie stanowi zmianę paradygmatu w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji. Z systemu bazującego wyłącznie na interwencjach *ex-post* mielibyśmy przejść do systemu bazującego łącznie na interwencjach *ex-post* i *ex-ante*. Część problemów, które sprawiły, że Komisja zaczęła rozważać przedmiotową zmianę, takie jak problem milczących zmów i oligopolu (teraz problem algorytmicznych milczących zmów (Młeczko, 2018)), nie stanowi szczególnego *novum* w prawie konkurencji. Przykładowo, jedna z najważniejszych prac dotyczących istoty problemu oligopolu powstała już w latach 60. XX w. (Turner, 1962). Przez cały ten czas unijne prawo konkurencji nie było sobie w stanie poradzić z milczącymi zmwami, co było marginalizowane ze względu na stosunkowo rzadkie ich występowanie na rynkach tradycyjnych. Przez ostatnie lata byliśmy świadkami ogólnosiwiatowego procesu refleksji na temat adekwatności obecnych reguł prawa kon-

kurencji w dobie gospodarki cyfrowej. I chociaż to właśnie nowe realia rynków cyfrowych stanowiły impuls do refleksji, to wydaje się, że nowe uprawnienia Komisji Europejskiej obejmą również rynki tradycyjne. Mechanizm egzekwowania prawa konkurencji w zakresie praktyk ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej oparty na łączonym systemie *ex-post* i *ex-ante* nie jest zupełnie unikatowy. Istnieje kilka jurysdykcji, w szczególności Wielkiej Brytanii, Izraela, Grecji czy Meksyku, które mają podobne instytucje badania rynku w swoich systemach prawa konkurencji. Jest to wyjątkowo potężne narzędzie w arsenale organów ochrony konkurencji, które mogą interweniować przeciwko pewnej strukturze rynku lub nieprawidłowościom w jego funkcjonowaniu bez uprzedniego stwierdzenia naruszenia standardowych reguł konkurencji. Tym bardziej uzasadnione są obawy przed potencjalnym wykorzystywaniem takiego narzędzia niezgodnie z przeznaczeniem. Analogicznych przykładów dostarcza kontrowersyjny proces liberalizacji sektora energetycznego z zastosowaniem decyzji zobowiązujących sprzed kilku lat (Ostrowski, 2013).

Wydaje się jednak, że na tym etapie należy pozytywnie ocenić inicjatywę Komisji Europejskiej w zakresie Nowego Narzędzia. Unijne prawo konkurencji cechuje pewnego rodzaju ewolucyjny charakter, a jego cele i wartości zapewniają elastyczne narzędzie egzekwowania prawa, które można wykorzystać do uwzględnienia zmieniających się realiów na rynkach cyfrowych (Ezrachi, 2018, s. 26). Z oczywistych względów, wszelkie kroki w celu znacznego przereformowania reguł prawa konkurencji powinny być podejmowane z wyjątkową ostrożnością. Komisja, powinna być otwarta na współpracę z zainteresowanymi stronami w kolejnych etapach konsultacji, aby wypracować rozwiązanie, które eliminowałoby wszelkie dostrzeżone luki w egzekwowaniu przepisów przy jednoczesnym zachowaniu jasnych ram prawnych i zapewnieniu skutecznej kontroli sądowej.

Przypisy/Notes

¹ Sporządzenie niniejszej publikacji było finansowane z projektu NCN Preludium 16, nr UMO-2018/31/N/HS5/02255, pt. „Algorytmiczne ustalenie cen w świetle zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień”, którego kierownikiem jest autor. Fragmenty artykułu zostaną wykorzystane w celu przedstawienia stanowiska w ramach konsultacji społecznych dotyczących nowego narzędzia konkurencji.

² W prawie polskim krąg adresatów przepisów prawa ochrony konkurencji wyznacza termin „przedsiębiorca”, natomiast prawo europejskie posługuje się terminem „przedsiębiorstwo”. W niniejszym artykule autor będzie używał pojęcia „przedsiębiorca” (zob. Materna, 2009).

³ Inicjatywa i dokumenty z nią związane są dostępne na stronie Komisji: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool> (17.07.2020).

⁴ OJ L 1, 4.1.2003, s. 1–25.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z 28.02.2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE, Dz.Urz. L 60I z 2.03.2018 r., s. 1–15.

⁶ Przełomowe decyzje przeciwko porozumieniom zawierającym klauzule dotyczące zapłaty za opóźnienie (*pay-for-delay*) zostały wydane zarówno przez Komisję (sprawy Lundbeck, Fentanyl i Servier), jak i przez CMA — organ Zjednoczonego Królestwa (sprawa Paroxetine).

⁷ *Multi-homing* oznacza zjawisko, w którym konsumenci dołączają i korzystają z wielu konkurencyjnych platform internetowych jednocześnie.

⁸ Tzw. efekt zamknięcia użytkowników w ramach jednej platformy, przykładowo ze względu na brak satysfakcjonujących rozwiązań konkurencyjnych.

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, OJ L 349, 5.12.2014, s. 1–19.

¹⁰ Art. 48, Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.).

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień do skutecznego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego, Dz.Urz. UE L 11 z 14.01.2019 r.

¹² Przepis ten stanowi, że jeżeli Komisja, działając z urzędu lub na wniosek, stwierdzi naruszenie art. 81 lub 82 Traktatu, może w drodze decyzji nakazać przedsiębiorstwom lub związkowi przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, by zaprzęstały takiego naruszenia. W tym celu Komisja może użyć wobec przedsiębiorstw środków zaradczych o charakterze behawioralnym lub strukturalnym, proporcjonalnych do popełnionego naruszenia i koniecznych do jego skutecznego zakończenia.

¹³ Artykuł 7 rozporządzenia nr 1/2003 z 16.12.2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, OJ L 1, 4.1.2003, s. 1–25.

¹⁴ Wyr. SPI z 11.07.2007 r. w sprawie T-170/06 Alrosa Company Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2007:220.

Bibliografia/References

- Ezrachi, A. (2018). EU Competition Law Goals and the Digital Economy. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018*. Oksford: <https://ssrn.com/abstract=3191766> (20.07.2020). <https://doi.org/10.2139/ssrn.3191766>
- Harrington, J. (2018). A Proposal for a Structural Remedy for Illegal Collusion. *Antitrust Law Journal*, (1).
- Jurkowska-Gomułka, A. (2007). W: K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II. Warszawa: Wolters Kluwer Polska. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587648064/445504> (19.07.2020).
- Komisja Europejska (2019). *Sprawozdanie z funkcjonowania jednolitego rynku z 2019 r.*, SWD (2019) 444 final. Bruksela: Komisja Europejska. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1578392961060&uri=CELEX%3A52019SC0444> (19.07.2020).
- Komisja Europejska (2020). *Inception Impact Assessment: New Competition Tool*. Bruksela: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool> (19.07.2020).
- Kowalik-Bańczyk, K., Dąbrowska-Kłosińska, P. (2012). W: A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II, 521–643, Warszawa: Wolters Kluwer.
- Lamadrid, A. (2020). *Can This Be the New Normal? 10 Questions on the Proposed New Competition Tool*. Bruksela: <https://chillingcompetition.com/2020/06/11/can-this-be-the-new-normal-10-questions-on-the-proposed-new-competition-tool/> (20.07.2020).
- Maliszewska-Nienartowicz, J. (2007). *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*. Toruń: TNOIK.
- Materna, G. (2009). *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer Polska. <https://sip.lex.pl/#/monograph/369206825/15> (11.07.2020).
- Mleczo, M. (2018). Technologiczne wyzwania dla antropocentrycznego prawa konkurencji na przykładzie algorytmicznego ustalania cen w sektorze e-commerce. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (7–8), 63–72. <https://doi.org/10.7172/ikar>
- Ostrowski, F. (2013). Wprowadzanie unbundlingu własnościowego w sektorze energetycznym w drodze wydawanych przez Komisję Europejską decyzji zobowiązujących — próba oceny. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (2–6), 9–20. <https://doi.org/10.7172/ikar>
- Turner, D. (1962). The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal. *Harvard Law Review* (75), 655–706. <https://doi.org/10.2307/1338567>
- Von Der Leyen, U. (2019). *Mission letter. Executive Vice-President-designate for a Europe fit for the Digital Age*. Bruksela. https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/mission-letter-margrethe-vestager_2019_en.pdf (20.06.2020).

Mgr Marcin Mleczo

Asystent w Zakładzie Prawa Konkurencji, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

Mgr Marcin Mleczo

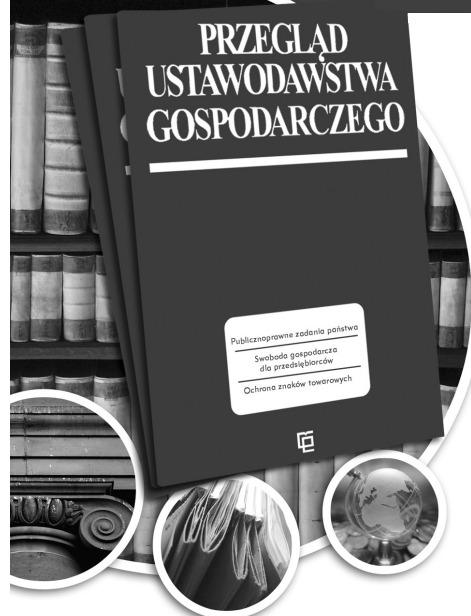
Research Assistant, Department of Competition Law, Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences.

Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

Business Law Journal

www.pug.pl

www.pwe.com.pl



ZNAJDZIESZ NAS TU

www.pug.pl

tel. 795 155 583

ul. Podwale 17

00-252 Warszawa