

**Mgr Artur Szmigielski**

Polska Akademia Nauk

ORCID: 0000-0002-8916-4911

e-mail: a.szmigielski@inp.pan.pl

# Regulacja nieuczciwych i nietransparentnych praktyk handlowych w relacji między użytkownikami biznesowymi a platformami — znaczenie prawa antymonopolowego<sup>1</sup>

Regulation of unfair and non-transparent business-to-platform trading practices — the importance of antimonopoly law

## Streszczenie

Rozporządzenie P2B ustanawia zasady uczciwego i przejrzystego traktowania użytkowników biznesowych, korzystających z platform internetowych (usług pośrednictwa internetowego). Wskazany akt prawny dotyczy wielu kwestii o charakterze antymonopolowym oraz stanowi pierwszy krok w kierunku stworzenia regulacji *ex ante* platform internetowych. Autor artykułu zabiera głos w dyskusji na temat potrzeby powstania i ewentualnego kształtu regulacji platform internetowych. Celem przedstawionych rozważań jest: (i) wskazanie interakcji między Rozporządzeniem P2B a prawem antymonopolowym, ze szczególnym uwzględnieniem znaczenia prawa antymonopolowego dla przyszłej regulacji *ex ante* dużych platform internetowych, (ii) określenie pożądanego standardu interwencji, w tym skutecznego mechanizmu egzekwowania przepisów Rozporządzenia P2B, po rozpoznaniu szkodliwych praktyk operatorów platform internetowych (tj. przedsiębiorców oferujących usługi pośrednictwa internetowego w ramach platformy). Wskazane zostaną argumenty za zasadnością publicznoprawnej interwencji w działalność operatorów platform internetowych w przypadku: znacznej przewagi siły rynkowej operatora platformy internetowej nad użytkownikami biznesowymi oraz szkody interesu publicznego.

**Słowa kluczowe:** Rozporządzenie P2B, platformy internetowe, uczciwość, transparentność, prawo antymonopolowe

JEL: K21, K24

## Uwagi wstępne

Znaczna część codziennej działalności w Internecie odbywa się za pośrednictwem niewielkiej liczby platform internetowych, czyli modeli biznesowych, w ramach których wyko-

## Abstract

The P2B Regulation lays down the principles of fair and transparent treatment of business users using online platforms (online intermediation services). This legal act, addressing many anti-trust issues, is the first step towards creating *ex ante* regulatory instruments for online platforms. To contribute to the discussion on the need and possible shape of online platforms regulation, the aim of the research is: (i) to indicate the interaction between the P2B Regulation and antitrust law, with particular emphasis on the importance of antitrust law for the future *ex ante* regulation of large online platforms, as well as (ii) to determine the desired standard of intervention, including an effective enforcement mechanism, with regard to harmful practices of online platform operators (i.e. entrepreneurs which provide online intermediation services on the platform) identified on the basis of the P2B Regulation. Arguments for the legitimacy of public intervention in the operation of online platform operators in the case of: (i) significant bargaining power of the online platform operator over business users and (ii) damage to the public interest will be elaborated.

**Key words:** P2B Regulation, online platforms, fairness, transparency, antimonopoly law

zystuje się internetową infrastrukturę, aby świadczyć usługi pośrednictwa internetowego co najmniej dwóm oddzielnym grupom użytkowników (zob. OECD, 2019, s. 20). Odnoszące sukcesy platformy internetowe stały się ważnymi kanałami dystrybucji dla wielu małych i średnich przedsiębiorców

w UE, konkurujących ze sobą na określonych rynkach detalicznych. Sukces komercyjny tych przedsiębiorców zależy od ich obecności na platformach internetowych, co otwiera drogę operatorom tych platform (tj. przedsiębiorcom oferującym usługi pośrednictwa internetowego w ramach platformy) do stosowania wielu potencjalnie szkodliwych praktyk handlowych wobec użytkowników.

Powyższe obawy skłoniły prawodawcę unijnego do przyjęcia 20.06.2019 r. rozporządzenia 2019/1150 w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego (Dz.Urz. UE z 2009 r., L 186, s. 57–79, dalej zwanego „Rozporządzeniem P2B”). Celem Rozporządzenia P2B, które stosuje się od 12.07.2020 r., jest zapewnienie przejrzystości, sprawiedliwości i możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń użytkownikom biznesowym korzystającym z usług pośrednictwa internetowego. Rozporządzenie P2B ma zastosowanie do stosunków umownych między użytkownikami biznesowymi a platformami (*platform-to-business*, P2B). Niniejszy akt prawny jest uznawany za pierwszy krok w kierunku stworzenia sektorowej regulacji platform internetowych (zob. Höppner i Schulz, 2019, s. 2329).

Włączając się w dyskusję na temat potrzeby stworzenia i ewentualnego kształtu regulacji *ex ante* platform internetowych, autor określił następujące cele artykułu: (i) wskazanie interakcji między Rozporządzeniem P2B a prawem antymonopolowym, ze szczególnym uwzględnieniem znaczenia prawa antymonopolowego dla przyszłej regulacji *ex ante* dużych platform internetowych, (ii) określenie pożądanego standardu interwencji, w tym skutecznego mechanizmu egzekwowania, po rozpoznaniu na gruncie Rozporządzenia P2B szkodliwych praktyk operatorów platform internetowych.

Aby zrealizować powyższy cel badawczy, w pierwszej kolejności zostaną wskazane zasady funkcjonowania platform internetowych oraz zidentyfikowane na poziomie UE problemy dotyczące potencjalnie nieuczciwych i nietransparentnych praktyk handlowych w relacji P2B. W dalszej kolejności autor skupi się na poszukiwaniu skutecznej regulacji platform, a następnie przeanalizuje rozwiązania prawne proponowane na gruncie Rozporządzenia P2B. Wnioski płynące z analizy pozwolą dokonać oceny przyjętej metody regulacji, a także wskazać znaczenie prawa antymonopolowego dla regulacji *ex ante* dużych platform internetowych oraz implikacje Rozporządzenia P2B dla prowadzonych postępowań antymonopolowych. Wskazane zostaną argumenty za zasadnością publicznoprawnej interwencji Rozporządzenia P2B w przypadku znacznej przewagi siły przetargowej operatora platformy internetowej nad siłą użytkowników biznesowych oraz szkody interesu publicznego. Zaproponowano również, aby krajowe organy ochrony konkurencji (*national competition authorities*; dalej: „NCAs”) stanowiły organy właściwe ze względu na cele egzekwowania przepisów Rozporządzenia P2B.

### Specyfika funkcjonowania platform internetowych

Platformy internetowe pełnią zarówno funkcje pośrednika, jak i kreatora rynku, a rolą operatora danej platformy jest

nadzorowanie systemu ekonomicznego, którego są gospodarzami. Powszechnie wskazuje się, że platformy internetowe tworzą rynki o dwustronnym (wielostronnym) charakterze (Evans i Schmalensee, 2007, s. 152). Kluczowe dla działalności tego typu modeli gospodarczych jest zapewnienie wspólnej, wirtualnej przestrzeni spotkań oraz ułatwienie interakcji pomiędzy dwoma grupami klientów. Platformy internetowe tworzą wartość dla swoich użytkowników, używając zasobów, których nie posiadają i nie kontrolują. Podstawową rolą danej platformy jest przez to służyć swoim użytkownikom, których aktywność i interakcje (np. komentarze, rezerwacje czy dokonywane zakupy) pośrednio przekładają się na wartość całej platformy.

Platformy B2C (*business-to-consumer*), których dotyczy Rozporządzenie P2B, łączą co najmniej dwie strony: użytkowników biznesowych (np. sprzedawców) z użytkownikami indywidualnymi — konsumentami. Na początku swojego rozwoju, bez użytkowników (poszczególnych stron platformy), platforma nie generuje wartości, będąc wyłącznie cyfrową infrastrukturą (stroną internetową, aplikacją lub innym oprogramowaniem). Z tego względu operatorzy platform muszą zainteresować swoją ofertą obie strony, aby przekroczyć krytyczny moment, decydujący o powodzeniu danego przedsięwzięcia (często określa się to mianem dylematu „jajko czy kura?”, zob. Caillaud, Jullien, 2003, s. 310). Platformy internetowe generują pośrednie efekty sieciowe, które mogą być pozytywne lub negatywne. Wraz z rozwojem danej platformy efekt ten może być współzależny, tj. zmiany w warunkach oferowanych jednej stronie platformy mogą wpływać na skłonność do korzystania z platformy uczestników drugiej strony rynku i vice versa (zob. Shengli, Yipeng, Subhaji, 2010, s. 245–246).

Umiejętne minimalizowanie negatywnych efektów wymaga odpowiedniego „moderowania” platformy, tak aby zwiększać szanse tworzenia pozytywnych połączeń między użytkownikami poprzez zapewnienie pozytywnych doświadczeń korzystania z platformy. Nie ułatwia tego jednak fakt, że platformy internetowe angażują różne strony, które często mogą reprezentować rozbieżne interesy. Sprawia to, że operatorom platform internetowych może być trudno zapewnić pozytywne doświadczenia z korzystania z usług pośrednictwa wszystkim swoim użytkownikom. W związku z tym operatorzy platform internetowych działają jako „regulatorzy” systemów gospodarczych, które te platformy internetowe tworzą. Nie tylko określają poziom cen świadczonych usług (np. wysokość prowizji za zrealizowane transakcje), lecz również zarządzają interakcjami między stronami na platformie (Twigg-Flesner, 2018, s. 1).

### Stosunki zależności oraz nieuczciwe i nietransparentne praktyki

Rozporządzenie P2B skupia się na relacji między operatorami platform a grupą użytkowników biznesowych. Analiza wniosku rozporządzenia, a także przeprowadzonych badań i konsultacji społecznych, wskazuje na zidentyfikowany problem zawodności wolnego rynku, tj. znaczną siłę rynkową po-

szczególnej platformy internetowych, które mogą odgrywać funkcję „quasi-strażników” w zakresie dostępu do rynków i konsumentów (Komisja Europejska, 2018, s. 1; Ecosyr, 2017, s. 12). Źródłem siły rynkowej platform internetowych są silne pośrednie efekty sieciowe, a także gromadzone przez te platformy znaczne ilości danych, które są niezbędnym wkładem do funkcjonowania przedsiębiorstw w gospodarce cyfrowej (Małobęcka-Szwast, 2018, s. 142). Gdy dana platforma staje się popularna i przyciągnie znaczną liczbę użytkowników biznesowych (sprzedawców), dalsza konkurencja między sprzedawcami może nie generować już tak szybkich przyrostów na platformie jak na początkowym etapie jej rozwoju. Operator danej platformy może uzyskać znaczną przewagę nad swoimi użytkownikami biznesowymi pod względem siły przetargowej, a jednocześnie przedsiębiorcy ci stają się silnie uzależnieni od świadczonych im usług pośrednictwa (zob. Ezrachi, Stucke, 2016, s. 147–158).

Z uwagi na silną zależność użytkowników biznesowych od niektórych platform internetowych — będącą warunkiem dotarcia do konsumentów — użytkownicy ci mogą nie mieć realnej możliwości przekierowania swojej sprzedaży lub świadczonych usług do innych kanałów. Brak „realnej możliwości” oznacza, że rezygnacja z korzystania z usług pośrednictwa internetowego może w praktyce oznaczać koniec funkcjonowania lub drastyczne zmniejszenie skali działalności gospodarczej użytkowników biznesowych. W wyniku tej rosnącej zależności operatorzy platform internetowych mają często znacznie większą siłę przetargową. Umożliwia im to w praktyce podejmowanie jednostronnych działań w sposób, który może być niesprawiedliwy i szkodliwy dla uzasadnionych interesów ich użytkowników biznesowych oraz, pośrednio, również dla konsumentów.

Wielu uczestników konsultacji przeprowadzonych przez Komisję Europejską wskazało na brak przejrzystości funkcjonowania platform, a jednostronne i niezapowiedziane zmiany warunków zostały wymienione jako typowe nieprzejrzyste praktyki kontraktowe. To samo dotyczy sytuacji usuwania różnych towarów i usług z wyników wyszukiwania oraz blokowania kont użytkowników biznesowych na platformach internetowych bez podania przyczyny. Krytyce poddano również arbitralny i niejasny ranking stron internetowych w wynikach wyszukiwania. Miejsce pozycjonowania (plasowania) ofert lub stron użytkowników biznesowych ma istotny wpływ na wybory dokonywane przez konsumentów oraz sukces komercyjny tych przedsiębiorców. Plasowanie ofert zapewnia względną przewagę konkurencyjną niektórych produktów wobec innych, ponieważ są one łatwiejsze do odkrycia lub bardziej widoczne dla konsumentów (Autoridade da Concorrença, 2019, s. 67–68). Użytkownicy biznesowi skarżyli się także na liczne, potencjalnie nieuczciwe praktyki handlowe w zakresie usług pośrednictwa internetowego, wskazując sytuacje, w których operatorzy platform zapewniają uprzywilejowane traktowanie lub wyłączny dostęp do zbieranych danych wybranej grupie podmiotów. Skrytykowano także faworyzowanie własnych ofert i usług w ramach tej samej platformy internetowej.

## Kryteria skutecznej regulacji platform internetowych

Skuteczność prawna na gruncie nauk socjologiczno-prawnych oznacza stopień, w jakim normy prawne są przestrzegane, stosowane i egzekwowane w praktyce. Dane przepisy można zdefiniować jako skuteczne, jeżeli osiągają cele, dla których zostały przyjęte, a istniejące krajowe środki prawne i przepisy proceduralne nie utrudniają dochodzenia roszczeń opartych na przyjmowanych normach prawnych (zob. Friedman, 1975, s. 45; Allott, 1980, s. 28).

Aby zrealizować ambitne plany budowy jednolitego rynku cyfrowego, prawodawca unijny musi najpierw w pełni zrozumieć funkcjonowanie platform internetowych, w tym mogące pojawić się niedoskonałości na rynkach pośrednictwa internetowego, a następnie opracować odpowiednie instrumenty regulacji. Doświadczenie organów ochrony konkurencji oraz analizy dokonywane na gruncie prawa antymonopolowego dotyczące kwestii badania rynku i oceny zachowań przedsiębiorców dostarczają cennych wskazówek dla legislatora, próbującego opracować sektorową regulację platform internetowych. Wnioski z powyższej analizy mogą pomóc w odpowiedzi na następujące pytania i wątpliwości: (i) czy zaobserwowane praktyki operatorów platform internetowych w każdej sytuacji są bezwzględnie szkodliwe, (ii) czy istniejące prawo konkurencji, obowiązujące na poziomie Unii i państw członkowskich jest niewystarczające, aby przeciwdziałać tym praktykom, a jeżeli tak, to (iii) czy przepisy ustanawiające wymogi *ex ante* powinny mieć charakter komplementarny czy też subsydiarny do przepisów prawa antymonopolowego oraz (iv) czy należy ustanowić wyjątki odnośnie do niektórych operatorów platform, np. start-upów lub małych przedsiębiorców.

Jedną ze wskazanych cech usług świadczonych przez platformy internetowe jest ich skalowalność (tj. potencjał do zwiększania liczby użytkowników oraz interakcji w ramach platformy), a cyfrowe modele biznesowe, pozbawione fizycznych granic, mają transgraniczny charakter. Brak jednolitych ram prawnych dla nowych modeli biznesowych działających globalnie generuje większe koszty ich działalności (Mazur, Szmigielski, 2018, s. 43). Ponieważ zjawisko platform ma charakter globalny, skoordynowana i jednolita reakcja prawna między państwami członkowskimi Unii Europejskiej jest logiczna i właściwa. Interwencje mające na celu zaradzenie potencjalnym szkodom powodowanym przez działalność operatorów platform internetowych powinny być zaprojektowane tak, aby uniknąć negatywnych skutków w postaci nałożenia niepotrzebnych lub nadmiernych ciężarów administracyjnych na przedsiębiorców. Należy zatem skupić się wyłącznie na zidentyfikowanych niedoskonałościach rynku oraz praktykach handlowych, które powinny być oceniane jako bezwzględnie szkodliwe. Nie ułatwia tego jednak fakt, że rynki cyfrowe ewoluują szybko, a przez to trudno jest znaleźć stabilne i jasne kryteria, które dokładnie wskazywałyby możliwości wyrządzenia szkody konkurencji. Na gruncie prawa antymonopolowego te same zachowania rynkowe mogą być różnie oceniane w odmiennych kontekstach gospodarczych. Nawet przed-

siębiorca dominujący ma prawo obrony swoich słuszných interesów, jeśli jego działania są obiektywnie i ekonomicznie uzasadnione. Przy ocenie potencjalnie nieuczciwych zachowań operatorów platform należy ważyć różne interesy oraz uzasadnione powody określonych zachowań rynkowych. W przeciwnym razie interwencja w swobodę działalności gospodarczej operatorów platform byłaby szkodliwa, gdyż zniechęcałaby tych przedsiębiorców do innowacji i rozwoju własnej działalności gospodarczej, co ostatecznie szkodziłoby konsumentom.

Narzućenie szerokiego zakresu zasad uczciwości wszystkim operatorom platform, niezależnie od ich wielkości i pozycji rynkowej, byłoby nieproporcjonalne i doprowadziłoby do powstania barier wejścia na rynek dla nowych uczestników. Mogłoby to zwłaszcza ograniczać niektóre uzasadnione strategie operatorów platform mające na celu przyciągnięcie niezbędnej masy krytycznej użytkowników. Rozciągnięcie niektórych obowiązków, do tej pory egzekwowanych wyłącznie od podmiotów zajmujących pozycję dominującą, na małe podmioty rynkowe byłoby zatem niekorzystne dla tych mniejszych graczy. Paradoksalnie stanowiłoby również pośrednie uprzywilejowanie przedsiębiorców dominujących, na których ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszali skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku<sup>2</sup>. Z tego względu regulacja platform internetowych powinna być asymetryczna, tzn. musi mieć wyłącznie zastosowanie do określanych przedsiębiorców dysponujących co najmniej względną siłą rynkową (przewagą przetargową nad swoimi użytkownikami biznesowymi).

Prawodawca, chcąc opracować sektorową regulację platform internetowych, może zdecydować się na różne rozwiązania prawne. Jedną z możliwych metod regulacji jest określenie precyzyjnych norm-reguł w postaci zakazów i obowiązków o charakterze *ex ante*, zawierających „czarną listę” zakazanych praktyk rynkowych. Podejście to opiera się na przejrzystym zestawie zakazów i obowiązków obejmujących udowodnione i bezwzględnie szkodliwe praktyki. Z drugiej strony, regulacja może opierać się na określonych klauzulach generalnych (normach-zasadach) odwołujących się do ogólnej definicji uczciwości, np. określających wymagania, aby operatorzy platform internetowych działali w sposób, który nie jest arbitralny ani stronniczy oraz aby wszystkich użytkowników, będących w jednakowej lub porównywalnej sytuacji, traktować jednakowo. O ile pierwsze z podejść wzmacnia pewność prawną dla przedsiębiorców oraz ułatwia im samodzielną ocenę własnych zachowań rynkowych, o tyle — w przeciwieństwie do drugiego podejścia — nie daje możliwości elastycznego reagowania na potencjalnie nowe i coraz bardziej wyrafinowane, szkodliwe strategie przedsiębiorców.

Z tego względu, aby minimalizować wady tych podejść, należy opowiedzieć się za podejściem mieszanym. Przepisy chroniące przed nieuczciwymi warunkami i praktykami w relacji P2B powinny być oparte na klauzulach generalnych (np. określonych zasadach uczciwości), a jednocześnie powinny one być uzupełnione „czarną listą” szczególnie szkodliwych praktyk oraz bardziej szczegółowymi wytycznymi (np. w formie aktów miękkiego prawa) co do podejmowanych interwencji (zob. de Streel, 2018, s. 22).

## Platformy internetowe jako usługi pośrednictwa internetowego

Na mocy Rozporządzenia P2B platformy internetowe zostały określone jako „usługi pośrednictwa internetowego”, a operator takiej platformy jako „dostawca usług pośrednictwa internetowego”, którym jest przedsiębiorca (osoba fizyczna lub prawna) świadcząca lub oferująca usługi pośrednictwa dla użytkowników biznesowych (art. 2 pkt 3 Rozporządzenia P2B). Geograficzny zakres zastosowania Rozporządzenia P2B rozciąga się na wszystkie platformy internetowe, niezależnie od siedziby lub miejsca pobytu dostawców usług, jeżeli tylko użytkownicy biznesowi platform internetowych mają siedzibę lub miejsce pobytu w UE i oferują swoje towary lub usługi konsumentom w Unii (art. 1 ust. 2 Rozporządzenia P2B).

Usługi pośrednictwa internetowego, zgodnie z Rozporządzeniem P2B, to usługi spełniające kumulatywnie następujące wymogi. Po pierwsze, stanowią one usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy 2015/1535 z 9.09.2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz. UE z 2015 r., L 241, s. 1), a zatem usługa ta musi być normalnie świadczona: (i) za wynagrodzeniem, (ii) na odległość, (iii) drogą elektroniczną oraz (iv) na indywidualne żądanie odbiorcy usług. Po drugie, tego typu usługi umożliwiają użytkownikom biznesowym oferowanie towarów lub usług konsumentom, z zamiarem ułatwienia inicjowania transakcji bezpośrednich między tymi użytkownikami biznesowymi a konsumentami, niezależnie od tego, gdzie te transakcje są ostatecznie zawierane. Po trzecie, są one świadczone użytkownikom biznesowym na podstawie stosunków umownych między dostawcą tych usług a użytkownikami biznesowymi, którzy oferują towary lub usługi konsumentom.

W Rozporządzeniu P2B powiedziano się za tym, aby wszyscy operatorzy platform, niezależnie od ich wielkości czy znaczenia, byli odpowiedzialni za standardy uczciwości i przejrzystości. Rozporządzenie to ma w związku z tym zastosowanie do kilku tysięcy operatorów platform, przy bardzo znacznej części bardzo małych przedsiębiorców. Podana definicja nie opiera się na wyłącznym fakcie wykorzystywania aplikacji lub infrastruktury cyfrowej („statusie platformy”), a na analizie faktycznej działalności poszczególnych modeli internetowych. Przyjęta definicja jest przez to neutralna pod względem technologicznym i obejmuje zarówno platformy handlu elektronicznego (np. Amazon), porównywarki cenowe (np. Ceneo), jak też platformy ogłoszeń lokalnych (np. Facebook Marketplace). Usługi świadczone przez internetowe media społecznościowe, w ramach świadczonych usług pośrednictwa, również są objęte zakresem obowiązywania Rozporządzenia P2B.

Rozporządzenie P2B nie znajduje natomiast zastosowania, w sytuacji gdy wykorzystywanie danej platformy (np. w postaci aplikacji) ma charakter wyłącznie wspomagający transakcje (np. przelewy internetowe) lub gdy przedsiębiorca wykorzystuje Internet lub inne technologie cyfrowe wyłącznie do

świadczenia własnych usług (np. Netflix). Przedmiotowy akt prawny nie będzie miał również zastosowania do usługi pośrednictwa stanowiącej integralną część złożonej usługi, której głównym elementem jest usługa objęta inną kwalifikacją prawną. Odnosi się to do platform z sektora gospodarki na żądanie (takich jak Uber), gdzie celem usługi pośrednictwa jest natychmiastowe wykonanie usługi głównej (np. przewozu), a zatem usługa pośrednictwa jest niezbędna dla tej usługi<sup>3</sup>. Rozporządzenie nie odnosi się również do platform, które umożliwiają dostarczanie towarów i usług między konsumentami (np. platformy wynajmu turystycznego między nieprofesjonalistami), a które są kluczowe dla gospodarki dzielenia się.

W związku z powyższym definicja „platform” (usług pośrednictwa internetowego), wskazana w Rozporządzeniu P2B, jest równocześnie za wąska oraz za szeroka. Z jednej strony, nie uwzględnia silnych platform z sektora gospodarki na żądanie, jak np. usług świadczonych przez Ubera. Z drugiej zaś, definicja ta nie ogranicza się wyłącznie do przedsiębiorców posiadających przewagę rynkową nad swoimi użytkownikami. Zakres podmiotowy Rozporządzenia P2B obejmuje przez to również nowe przedsięwzięcia biznesowe i start-upy, na które nałożone zostały dodatkowe obowiązki regulacyjne.

### **Wymagania dotyczące przejrzystości oraz mechanizmy rozstrzygania sporów**

Rozporządzenie P2B ma na celu zapewnienie przejrzystości w korzystaniu przez użytkowników biznesowych z usług pośrednictwa internetowego. W związku z tym rozporządzenie to zawiera liczne obowiązki służące zapewnieniu transparentności stosunków umownych operatorów platform internetowych dla użytkowników biznesowych. Wymogom przejrzystości towarzyszą również określone terminy, w których operatorzy platform internetowych muszą podejmować pewne działania. Przepisy dotyczące transparentności można podzielić na ogólne wymagania, które obejmują wszystkie (ogólne) warunki korzystania z platform internetowych, a także specjalne (szczegółowe) wymagania, które dotyczą tylko indywidualnych praktyk handlowych. Poniżej wskazane zostaną niektóre z tych obowiązków.

Ogólne wymogi przejrzystości zostały wskazane w art. 3 ust. 1 lit a Rozporządzenia P2B. Zgodnie z tym artykułem, warunki korzystania z usług pośrednictwa internetowego muszą być sformułowane prostym i przystępnym językiem. Dodatkowo, w lit. b tego artykułu sprecyzowano, że wskazane warunki muszą być łatwo dostępne dla użytkowników biznesowych na wszystkich etapach ich stosunków handlowych z dostawcą usług pośrednictwa internetowego, w tym na etapie poprzedzającym zawarcie umowy. Operator platformy jest zobowiązany do uprzedniego powiadomienia użytkownika biznesowego o proponowanej zmianie na stałym nośniku danych (art. 3 ust. 2 Rozporządzenia P2B).

Szczegółowe wymagania odnoszą się m.in. do pozycjonowania (plasowania) ofert w wynikach wyszukiwania (art. 5 Roz-

porządzenia P2B). Plasowanie ofert zostało zdefiniowane jako przyznawanie określonej widoczności towarom lub usługom oferowanym w ramach danej platformy, niezależnie od formy czy sposobu technicznego. W tym zakresie operatorzy platform muszą podawać główne parametry determinujące pozycjonowanie ofert oraz powody, dla których większe znaczenie nadano tym, a nie innym, parametrom. W przypadku gdy główne parametry obejmują możliwość wywierania wpływu na pozycjonowanie ofert w zamian za wynagrodzenie, operatorzy platform muszą również wyjaśnić tę możliwość oraz związane z nią skutki.

Zgodnie z art. 7 Rozporządzenia P2B operatorzy platform muszą ujawnić wszelkie nierówne traktowanie ofert na platformie. Dotyczy to zarówno faworyzowania ofert pochodzących od danego operatora platformy lub kontrolowanych przez nich użytkowników (tzw. preferowanie własnych zintegrowanych produktów lub usług, *self-preferencing*), jak również uprzywilejowanego traktowania ofert wystawianych przez niezależnych użytkowników. Jeżeli operatorzy platform traktują użytkowników w różny sposób, muszą to wyjaśnić w warunkach korzystania z usług. Wyjaśnienie musi opierać się na najważniejszych względach ekonomicznych, biznesowych lub prawnych.

Artykuł 8 lit b Rozporządzenia P2B wymaga, aby operatorzy platform informowali w swoich warunkach korzystania z usług o możliwości rozwiązania umowy na świadczenie usług pośrednictwa internetowego. Operatorzy ci muszą zatem wskazywać warunki, na których stosunek umowny łączący ich z użytkownikami biznesowymi może zostać przez nich rozwiązany. Artykuł 9 Rozporządzenia P2B reguluje z kolei obowiązek udzielania informacji dotyczących dostępu do danych. Operator platformy musi wskazać, czy (i ewentualnie w jakim zakresie) posiada on dostęp do danych, a także jaki dostęp do danych mają użytkownicy biznesowi.

Rozporządzenie P2B zawiera również nakazy określonych zachowań. Operatorzy platform nie mogą np. zmieniać warunków korzystania z platform bez uprzedniego powiadomienia użytkowników. W tym zakresie muszą oni przekazywać użytkownikom komercyjnym odpowiednie informacje na trwałym nośniku co najmniej 15 dni przed każdą zmianą (art. 3 ust. 2 Rozporządzenia P2B). Przewidziano również sankcję nieważności warunków niezgodnych z tym wymogiem. Art. 4 Rozporządzenia P2B zawiera zakaz zawieszania lub ograniczania usług pośrednictwa internetowego na rzecz użytkowników biznesowych bez uprzedniego ich powiadomienia oraz wskazania im powodu tych działań. W art. 8 lit a Rozporządzenia P2B uregulowano natomiast zakaz retrospektywnych zmian warunków korzystania z platform internetowych. Jest to jednak dozwolone, gdy tego typu zmiana wynika z obowiązku prawnego lub regulacyjnego lub gdy jest ona korzystna dla użytkowników biznesowych.

Rozporządzenie P2B jest także uzupełnione przepisami dotyczącymi mechanizmów rozwiązywania sporów. Operatorzy platform są zobowiązani do: (i) ustanowienia wewnętrznego systemu rozpatrywania skarg ze strony użytkowników biznesowych, (ii) informowania o tym użytkowników biznesowych, a także do (iii) rozpatrywania tych skarg w odpowiednim terminie z zachowaniem zasad przejrzystości i równego

traktowania. Użytkownicy biznesowi mają także prawo do pozasądowego rozwiązywania sporów z operatorami platform za pomocą mediacji. Usługi mediatorów muszą m.in. być przystępne cenowo oraz łatwo dostępne dla użytkowników biznesowych.

### Formalne i ostrożne podejście regulacyjne na przykładzie Rozporządzenia P2B

Ambitnym i oczekiwanym celem wniosku Komisji Europejskiej było zapewnienie zarówno sprawiedliwego, jak i przewidywalnego, zrównoważonego i budzącego zaufanie otoczenia dla użytkowników biznesowych. Miało to umożliwić ograniczenie występowania szkodliwych praktyk handlowych w relacji P2B oraz zapewnić zaufanie do gospodarki platform internetowych (Komisja Europejska, 2018, s. 3).

Przyjęta regulacja, charakteryzująca się dużą ostrożnością oraz ograniczająca się do formalnych wymogów transparentności, jest daleka od powyższych oczekiwań. Rozporządzenie P2B przede wszystkim łączy postanowienia dotyczące kwestii umownych, wymogów przejrzystości i rozstrzygania sporów z jednoczesnym wezwaniem zainteresowanych przedsiębiorców do samoregulacji (stworzenia kodeksów postępowania). Rozporządzenie P2B, nie określając precyzyjnych zakazów praktyk handlowych operatorów platform, dotyczy zatem przede wszystkim krajowego prawa umów (prawa prywatnego), a nie prawa publicznego (Twigg-Flesner, 2018, s. 20; Höppner i Schulz, 2019, s. 2330). Warto jednak odnotować, że w toku procedury ustawodawczej, Parlament Europejski zaproponował zmiany w kierunku nałożenia na platformy merytorycznych standardów dotyczących uczciwości i niedyskryminacji. Przykładowo, art. 6 ust. 2a projektu Rozporządzenia P2B (Parlament Europejski, 2018) zawierał zakaz nierównego traktowania użytkowników biznesowych wobec własnej działalności sprzedażowej operatora platformy. Odnosiło się to do przypadku podwójnej roli platformy, czyli sytuacji, w której operator platformy jest równocześnie użytkownikiem biznesowym, konkurującym z innymi użytkownikami biznesowymi na własnej platformie. Jednakże, w wyniku kompromisu politycznego ostatecznie zaaprobowano podejście Komisji Europejskiej i Rady oparte na sprzyjaniu uczciwości poprzez ustanowienie wymogów przejrzystości i mechanizmów rozwiązywania konfliktów.

Biorąc pod uwagę powyższe, na gruncie stosunków umownych rozporządzenie to ma na celu zapewnienie warunków „formalnej” uczciwości w relacji P2B poprzez zwiększenie przejrzystości działania operatorów platform internetowych, a przez to przyczynienie się do podejmowania przez użytkowników świadomych decyzji. Nie jest to jednak wystarczające, ponieważ strony umowy muszą mieć faktyczną możliwość podjęcia własnych decyzji. Umowa łącząca użytkowników biznesowych z operatorem platformy internetowej często ma charakter adhezyjny. W przypadku kluczowych platform internetowych użytkownicy biznesowi, podobnie jak konsumenci, albo muszą zaakceptować wszystkie postanowienia umowy lub regulaminu, albo w ogóle będą musieli zrezygnować z korzystania z danej usługi.

W Rozporządzeniu P2B przewidziano natomiast mechanizm, zgodnie z którym Komisja będzie oceniać niniejszą regulację w regularnych odstępach czasu i na tej podstawie będzie mogła przedstawiać nowe wnioski ustawodawcze (art. 18 Rozporządzenia P2B). Jednocześnie, w czasie powstawania tego artykułu, Komisja Europejska w ramach prac legislacyjnych nad Kodeksem usług cyfrowych (*Digital Services Act*) rozpoczęła prace nad propozycją rozporządzenia skierowanego ściśle do dużych platform internetowych, mających pozycję „quasi-strażników” rynków<sup>4</sup>. Powyższe może doprowadzić do jeszcze silniejszej regulacji niektórych obszarów funkcjonowania platform. W konsekwencji — oprócz obowiązków w zakresie przejrzystości — mogą zostać wprowadzone szczegółowe zakazy i nakazy dla operatorów platform odnośnie do ich zachowań rynkowych. Jedną z głównych zalet wcześniejszej identyfikacji dużych platform internetowych (posiadających określoną siłę rynkową), a także wskazania precyzyjnej listy zakazanych zachowań byłoby przyspieszenie prowadzonych postępowań antymonopolowych. W przeciwieństwie do zakazu nadużywania pozycji dominującej, gdzie zachowania operatorów platform badane są *ex post* (tj. po zidentyfikowaniu danej praktyki) w długotrwałych postępowaniach antymonopolowych, regulacja platform miałyby zastosowanie *ex ante*, a zatem z góry określałaby pozytywne nakazy pewnych zachowań rynkowych. Przyszła regulacja, odnosząca się również do relacji P2B, mogłaby obejmować: zakaz niektórych form *self-preferencing*, zasady dostępu do danych zbieranych przez operatorów platform czy też zakaz niektórych postanowień umownych<sup>5</sup>.

### Znaczenie Rozporządzenia P2B dla prowadzonych postępowań antymonopolowych

Zidentyfikowane w Rozporządzeniu P2B potencjalnie problematyczne praktyki w przypadku posiadania przez operatora platformy internetowej pozycji dominującej mogą stanowić problem o charakterze antymonopolowym. Z tego względu, sprawy tego typu były lub nadal są badane na gruncie reguł antymonopolowych, np. narzucania nieuczciwych warunków handlowych i innych praktyk eksploatacyjnych<sup>6</sup>, antykonkurencyjnego wykluczenia lub zamknięcia dostępu do rynku, transferowania siły rynkowej na sąsiadujący rynek czy też stosowania *self-preferencing*<sup>7</sup>.

W Rozporządzeniu P2B nie wskazano jednak, czy (i ewentualnie w jakim zakresie) wymogi nałożone na platformy mogą mieć znaczenie dla prawa konkurencji, a w szczególności dla zakazu nadużywania pozycji dominującej. W artykule 1 ust. 5 Rozporządzenia P2B sprecyzowano jedynie, że regulacja ta pozostaje bez uszczerbku dla prawa konkurencji. Warunki przejrzystości mają jednak znaczenie dla prawa konkurencji, a brak transparentności w funkcjonowaniu usług pośrednictwa internetowego może prowadzić do reakcji prawnej na gruncie prawa antymonopolowego (zob. Polley, Pesch, 2019, s. 497). Z tego względu w dalszej części artykułu rozważaniu poddano implikacje Rozporządzenia

P2B dla prowadzonych postępowań antymonopolowych, a także niektóre punkty stykające się z teorią szkody mające zastosowanie w omawianych przypadkach. Zostanie wskazane, że standardy nałożone na gruncie Rozporządzenia P2B mogą stanowić istotne okoliczności faktyczne oraz punkt odniesienia do oceny zachowania podmiotu dominującego. W niektórych przypadkach zachowanie przedsiębiorcy zajmującego pozycję dominującą cechujące się oczywistym brakiem przejrzystości, jest bowiem nie do pogodzenia ze szczególną odpowiedzialnością, która ciąży na tym przedsiębiorcy, aby swym zachowaniem nie naruszał skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku<sup>8</sup>. Powyższe twierdzenie można zobrazować na przykładzie sprawy Amazona prowadzonej przez niemiecki organ antymonopolowy (Bundeskartellamt) oraz sprawy Google Ads prowadzonej przez francuski organ antymonopolowy (Urząd Ochrony Konkurencji, Autorité de la concurrence).

### Sprawa Amazona (Bundeskartellamt)

W sprawie Amazona, wszczętej w grudniu 2018 r. przez Bundeskartellamt, niemiecki organ antymonopolowy badał, czy narzucenie użytkownikom biznesowym (sprzedawcom) warunków korzystania z usług Amazona, nie stanowiło eksploatacyjnego nadużycia pozycji dominującej, tj. praktyki polegającej na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych warunków handlowych, a tym samym na wyzyskiwaniu użytkowników biznesowych Amazona. Wątpliwości Bundeskartellamtu budziły m.in. potencjalnie nieprzejrzyste warunki handlowe stosowane przez platformę Amazon wobec sprzedawców, jak również zasady blokowania i zawieszania kont tych sprzedawców. W związku z tym można postawić pytanie, czy naruszenie standardów wskazanych w Rozporządzeniu P2B przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą może automatycznie kwalifikować zachowanie tego przedsiębiorcy jako nadużycie pozycji dominującej w postaci narzucenia „nieuczciwych” warunków handlowych. Zgodnie z orzecznictwem sądów niemieckich<sup>9</sup> i wcześniejszą praktyką decyzyjną niemieckiego organu antymonopolowego<sup>10</sup> poza cenowe warunki handlowe niezachowujące zasady równości stron, w tym warunki sprzeczne z inną niż prawo antymonopolowe regulacją prawną, narzucone przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą mogą stanowić formę eksploatacyjnego nadużycia pozycji dominującej. Jednakże nie każda klauzula regulaminu narzucona niezgodnie z daną regulacją prawną, np. Rozporządzeniem P2B, która jest potencjalnie niekorzystna lub uciążliwa dla sprzedawców, równocześnie stanowi naruszenie na gruncie prawa antymonopolowego. Decydujące jest to, czy na podstawie ogólnej oceny zachowania przedsiębiorcy dominującego narzucenie przez niego określonych warunków umownych ogranicza konkurencyjną działalność innych podmiotów gospodarczych na rynku lub wręcz uniemożliwia im prowadzenie skutecznej konkurencji. Test prawny stosowany przez Bundeskartellamt polega na „wyważeniu” interesów zainteresowanych stron, w sytuacji braku równowagi siły rynkowej, z uwzględnieniem

prawa konkurencji, a także innych regulacji prawnych, w tym wymogów określonych przez Rozporządzenie P2B. Brak przejrzystości w działaniach podmiotu dominującego może w szczególności stawiać niektórych jego kontrahentów w pozycji nadmiernej niepewności co do przyszłych warunków finansowych ich działalności. W każdym przypadku, gdy określone zachowanie Amazona wydawało się nieuzasadnione, organ badał także, jakie potencjalnie korzyści mogło ono przynosić temu podmiotowi. Bezpodstawne blokowanie kont na platformie handlowej Amazona mogłoby być uznane za blokowanie dostępu do rynku, a jednostronna interpretacja regulaminu przez przedsiębiorcę zajmującego dominującą pozycję za narzucanie nieuczciwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Do zakwalifikowania danego zachowania jako nadużycia pozycji dominującej nie jest przy tym konieczne, aby było ono wynikiem lub stało się możliwe dzięki sile ekonomicznej przedsiębiorstwa, ponieważ nie jest wymagany żaden związek przyczynowo-skutkowy między pozycją dominującą a jej nadużywaniem<sup>11</sup>.

Chociaż Rozporządzenie P2B formalnie nie obowiązywało podczas postępowania prowadzonego przez Federalny Urząd Antykartelowy, można zauważyć, że organ ten zaakceptował zmiany poczynione w regulaminie przez platformę Amazon „w duchu” Rozporządzenia P2B, co w konsekwencji przyczyniło się do zaprzestania prowadzenia postępowania przez Bundeskartellamt. Amazon zapewnił m.in., że udostępni swoje warunki umowne użytkownikom biznesowym w sposób łatwiejszy do ich znalezienia, a także że w przyszłości ogłosi sprzedawcom zmiany warunków korzystania z jego usług z 15-dniowym wyprzedzeniem. Odpowiada to warunkom wskazanym w art. 3 ust. 1 lit b oraz art. 3 ust. 2 Rozporządzenia P2B. Amazon zobowiązał się także do przestrzegania 30-dniowego okresu wypowiedzenia w przypadku wypowiedzenia swoich usług oraz blokowania kont sprzedawców, a także do podawania przyczyn podjętych przez siebie działań. Zmiany te odpowiadały z kolei wymogom wskazanym w art. 4 ust. 1 i 2 Rozporządzenia P2B. Bundeskartellamt uznał również znaczenie Rozporządzenia P2B dla przyszłych prowadzonych przez siebie postępowań antymonopolowych<sup>12</sup>.

### Sprawa Google Ads (Autorité de la concurrence)

Francuski organ antymonopolowy 20.12.2019 r. stwierdził, że Google nadużył swojej dominującej pozycji na rynku reklamy w wyszukiwarce, przyjmując nieprzejrzyste i trudne do zrozumienia zasady działania swojej platformy reklamowej Google Ads oraz stosując je w nieuczciwy i przypadkowy sposób. W związku z tym Autorité de la concurrence nałożył na Google sankcję w wysokości 150 mln euro, jak również nakazał temu przedsiębiorcy sprecyzować brzmienie regulaminu Google Ads, w tym procedury zawieszania kont użytkowników biznesowych (reklamodawców). Reklamy Google, które są następnie wyświetlane przed internautą, są wynikiem reali-

zacji aukcji, podczas których różni reklamodawcy chcący promować swoje strony, produkty lub usługi licytują słowa kluczowe na platformie Google Ads. Wynik tych aukcji zależy w szczególności od ceny, jaką reklamodawca jest gotowy zapłacić za każde kliknięcie. Działanie platformy Google Ads jest regulowane za pomocą opracowanego przez Google dokumentu pt. „Zasady Google Ads”, który określa warunki, na jakich reklamodawca może emitować reklamy na tej platformie. Aby móc otworzyć konto, każdy reklamodawca musi wyraźnie zgodzić się na ich przestrzeganie. W opinii francuskiego organu, Google jest zobowiązany do określenia zasad działania swojej platformy reklamowej w sposób obiektywny, przejrzysty i niedyskryminujący. Jednakże brzmienie „Zasady Google Ads” nie było, w opinii Autorité de la concurrence, oparte na żadnej precyzyjnej i stabilnej definicji, co dawało przedsiębiorcy pełną swobodę interpretowania tych zasad. Organ zauważył także, że Google często zmieniał swoje stanowisko w sprawie interpretacji przedmiotowych zasad. Ta niestabilność skutkowałą utrzymaniem niektórych reklamodawców w sytuacji niepewności prawnej i ekonomicznej. Byli oni narażeni na zmiany stanowiska przez Google, a tym samym na zawieszenie ich witryny lub konta, czego nie mogli przewidzieć<sup>13</sup>.

Jak wskazano wcześniej, na mocy art. 4 Rozporządzenia P2B operatorzy platform internetowych są zobowiązani do powiadomienia o wypowiedzeniu swoich usług lub stosunku umownego użytkownikom komercyjnym w odpowiednim czasie, a także do wskazania uzasadnienia takich działań. Naruszenie tego przepisu samo w sobie nie powinno automatycznie prowadzić do postępowania antymonopolowego. Natomiast, jak pokazuje sprawa francuska, jeżeli oprócz naruszenia przejrzystości istnieje faktyczne nieuzasadnione nierówne traktowanie innych użytkowników biznesowych, które może prowadzić do niekorzystnych warunków konkurencji, możliwe jest, że wszystkie te okoliczności mogą być badane przez organ antymonopolowy. Z tego względu przed wydaniem decyzji w przedmiotowej sprawie, w wyniku skargi złożonej przez Amadeusa (przedsiębiorcę świadczącego usługi wyszukiwania numerów katalogowych), francuski organ ochrony konkurencji zarządził również środki tymczasowe przeciwko Google w związku z niewystarczająco uzasadnionym oraz potencjalnie dyskryminacyjnym zawieszaniem kont w usłudze Google Ads oraz systematycznym odrzucaniem przez Google reklam Amadeusa<sup>14</sup>.

### **Znaczenie przejrzystości dla skuteczności postępowań antymonopolowych**

Prywatnoprawne egzekwowanie Rozporządzenia P2B, a także ustanowienie wewnętrznych mechanizmów rozwiązywania sporów może sprawić, że interwencja organów antymonopolowych w niektórych przypadkach może okazać się niepotrzebna. Dzięki warunkom przejrzystości działania operatorów platform internetowych mogą stać się również bardziej przejrzyste dla tych organów. Informacje uzyskane dzięki powyższym wymogom mogą w konsekwencji pomóc w zwiększe-

niu skuteczności egzekwowania prawa antymonopolowego. Jest to o tyle istotne, gdyż nawet ekspertom bardzo trudno jest oceniać funkcjonowanie platform internetowych i stosowanych przez nie algorytmów (zob. Brin, Page, 1998). Może przykładowo to odnosić się do kwestii pozycjonowania (plasowania) określonych ofert użytkowników biznesowych, a także potencjalnego zróżnicowanego traktowania użytkowników. Większa przejrzystość w tym zakresie może zapobiegać ewentualnym przypadkom nadużywania pozycji dominującej, np. w postaci praktyki *self-preferencing*. Przykładowo, w sprawie Google Search (Shopping) Komisja Europejska uznała, że Google nadużył swojej pozycji dominującej jako wyszukiwarka internetowa przez bezprawne faworyzowanie jednego produktu, czyli własnej porównywarki cenowej. Komisja stwierdziła, że Google systematycznie umieszczał w prominentnym miejscu własną porównywarkę cenową (w górnej części strony nad wynikami wyszukiwania), która nie podlegała ogólnym regułom algorytmu wyszukiwania. Jednocześnie Google obniżał pozycję wyświetlania konkurencyjnych usług porównywania cen w wynikach wyszukiwania, które podlegały regułom algorytmu wyszukiwania.

Jak wskazano, art. 7 Rozporządzenia P2B reguluje kwestie potencjalnego zróżnicowanego traktowania ofert (towarów lub usług) na platformie, w tym promowania własnych produktów lub usług względem ofert wystawianych przez niezależnych od operatora platformy użytkowników biznesowych. Artykuł ten nie zakazuje jednak praktyki *self-preferencing* (lub jej niektórych form), a jedynie wymaga, aby tego typu zachowanie operatora platformy było przejrzyste. Tym samym może to zapobiegać przypadkom nadużycia pozycji dominującej przez wskazywanie przez operatora platformy obiektywnego uzasadnienia dla podejmowanych przez siebie działań. Brak ustanowienia wyraźnego zakazu praktyki *self-preferencing* w Rozporządzeniu P2B jest uzasadniony, gdyż obecnie sądy unijne nie wskazały wyraźnych kryteriów prawnej oceny tego typu zachowania. W przypadku ustanowienia przez judykaturę wyraźnego testu nadużycia w tych przypadkach możliwe będzie w przyszłości zaostrenie przedmiotowego przepisu. W sytuacji stwierdzenia, że niektóre formy faworyzowania własnych zintegrowanych produktów lub usług przez operatora platformy mogą stanowić nadużycie, naruszenie przez operatora platformy obowiązków przejrzystości można by zaliczyć do istotnych okoliczności badanej sprawy. Nawet jeżeli samo naruszenie tych obowiązków z góry nie przesądzałoby o nadużyciu pozycji dominującej, to jednak wymogi te mogłyby mieć znaczenie dowodowe. Przykładowo, w przypadku braku wskazania przekonujących wyjaśnień przez operatora platformy lub gdyby jego zachowanie było sprzeczne z podawanym przez niego faktycznym uzasadnieniem podejmowanych działań, mogłoby to stanowić dodatkowy argument za uznaniem danego zachowania przedsiębiorcy dominującego za nadużycie pozycji dominującej.

W zakresie dostępu do danych zbieranych za pośrednictwem platformy sprawa Amazona wszczęta przez Komisję Europejską 17.07.2019 r. wskazuje, że podwójna rola platformy internetowej, działającej jako sprzedawca detaliczny (*retailer*) oraz jako platforma handlu elektronicznego (*marketplace*), w połączeniu z uprzywilejowanym dostępem do da-



nych zbieranych za pośrednictwem tej platformy może budzić wątpliwości na gruncie prawa antymonopolowego. W tym zakresie Amazon może wykorzystywać poufne informacje o działaniach niezależnych od niego sprzedawców, uzyskane za pośrednictwem platformy handlowej (np. informacji dotyczących sprzedawanych produktów oraz dokonywanych transakcji), do celów własnej działalności sprzedażowej<sup>15</sup>. Dzięki tym informacjom Amazon może lepiej optymalizować własną działalność sprzedażową oraz ponosić mniejsze ryzyko biznesowe w porównaniu z działalnością niezależnych użytkowników biznesowych.

Jednakże, jak wskazano, art. 9 Rozporządzenia P2B nie zakazuje zbierania czy też wykorzystywania danych biznesowych przez operatora platformy, co może być uzasadnione m.in. po to, aby operator platformy mógł poprawiać jakość usług świadczonych użytkownikom biznesowym. Przepis ten zobowiązuje jedynie operatorów platform do ujawniania użytkownikom biznesowym, czy i ewentualnie w jakim zakresie mają oni dostęp do danych generowanych w trakcie świadczenia przez operatora platformy usług pośrednictwa internetowego. Biorąc pod uwagę złożoność okoliczności faktycznych prowadzących do ewentualnego nadużycia pozycji w tym przypadku, ograniczenie na obecnym etapie regulacji unijnej do wymogów przejrzystości jest zatem uzasadnione.

### Egzekwowanie zakazu stosowania szkodliwych praktyk operatorów platform internetowych

Rozporządzenie P2B nie wymaga publicznoprawnego egzekwowania tego aktu prawnego, ani nie zobowiązuje państw członkowskich do ustanawiania właściwych organów odpowiedzialnych za egzekwowanie przedmiotowych przepisów, w tym nakładanie kar pieniężnych za stwierdzone naruszenia.

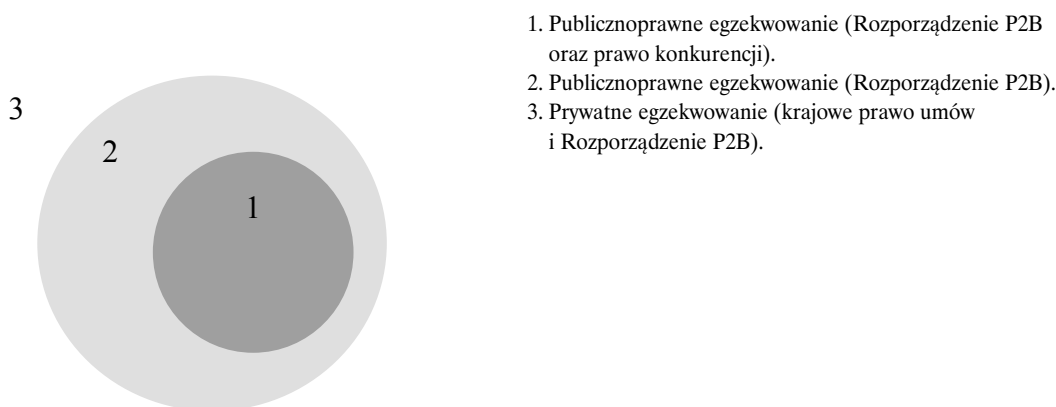
Skuteczność prawa nie zależy jednak wyłącznie od ustanowienia dobrych regulacji (które same w sobie mogą być rozwiązaniem tylko „na papierze”), ale również wymaga odpowiedniego egzekwowania przepisów. Z tego względu, art. 15 Rozporządzenia P2B nakłada na państwa członkowskie obowiązki zapewnienia właściwego i skutecznego egzekwowania przedmiotowych przepisów, w tym ustanowienia skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających środków.

Mechanizm egzekwowania zakazu stosowania nieuczciwych praktyk zidentyfikowanych w Rozporządzeniu P2B może opierać się na: (i) prywatnoprawnym egzekwowaniu zakazów określonych praktyk przez sądy krajowe; (ii) publicznoprawnym egzekwowaniu przedmiotowych zakazów przez organy administracyjne (np. NCAs), które mogą mieć różne uprawnienia dochodzeniowo-sankcyjne, (iii) wewnętrznych mechanizmach rozpatrywania sporów oraz samoregulacji (tj. kodeksach postępowania przyjętych przez przedsiębiorców z własnej inicjatywy). Samo prywatnoprawne egzekwowanie zakazów określonych praktyk operatorów platform internetowych może okazać się nieskuteczne, ponieważ słabsza strona umowy (użytkownik biznesowy) może obawiać się odwetu ze strony silniejszej strony umowy (operatora platformy), jeśli wnieśli sprawę do sądu (de Streel, 2018, s. 16). Sądy krajowe mogą nie mieć z kolei zdolności instytucjonalnej, aby samodzielnie rozwiązywać skomplikowane problemy wymagające fachowej wiedzy o charakterze ekonomicznym. Sądy cywilne, koncentrujące się na rozwiązywaniu sporów prywatnych, są zazwyczaj nieprzygotowane, aby radzić sobie z szerszymi negatywnymi skutkami systemowymi, wynikającymi z przedmiotowych praktyk. Bez ustanowienia publicznoprawnego egzekwowania zakazów praktyk operatorów platform internetowych przedsiębiorcy ci mogą nie mieć również wystarczającej motywacji, aby wprowadzić skuteczne mechanizmy samoregulacji.

W związku z tym, jak pokazano na rysunku 1, zasadne byłoby wprowadzenie trzech obszarów („kręgów”) egzekwowania zakazu nieuczciwych i nietransparentnych praktyk, ziden-

Rysunek 1

#### Proponowane obszary egzekwowania zakazów praktyk w relacji P2B



Źródło: opracowanie własne.

tyfikowanych na gruncie Rozporządzenia P2B. Pierwszy obszar dotyczyłby publicznoprawnego egzekwowania przez NCAs zarówno przepisów Rozporządzenia P2B, jak i prawa antymonopolowego, w szczególności zakazu nadużywania pozycji dominującej. W przypadku stwierdzenia nieuczciwego i nietransparentnego zachowania operatora platformy, które jednocześnie stanowiłoby ograniczenie konkurencji, organ ten byłby uprawniony do nałożenia kary w maksymalnej wysokości 10% obrotu przedsiębiorcy uzyskanego w poprzedzającym roku obrotowym (podobnie, jak w przypadku prowadzonych innych spraw antymonopolowych).

Drugi obszar odnosi się do tych zachowań operatorów platform, które nie mogą być rozwiązane w ogóle (przy braku pozycji dominującej) lub wystarczająco szybko i skutecznie na gruncie istniejących przepisów prawa konkurencji. W tych przypadkach, jeżeli siła ekonomiczna operatorów platform internetowych daje im możliwość prezentowania zachowań, które są sprzeczne z logiką wolnego rynku, może wystąpić publicznoprawny interes egzekwowania tych przepisów przez NCAs. Należy zauważyć, że NCAs zazwyczaj mają możliwość interwencji z urzędu, co zapewnia szeroki zakres swobodnego uznania w zakresie wykonywania ich uprawnień. Jednocześnie, w celu zwiększenia pewności prawnej należałoby opublikować szczegółowe wytyczne dotyczące interpretacji koncepcji „siły przetargowej” platform, a także priorytetów i kryteriów podejmowanych przez NCAs interwencji.

W przypadku ewentualnego zbiegu przepisów prawa antymonopolowego oraz regulacji platform internetowych, tj. w sytuacji, gdy dane zachowanie naruszałoby zarówno prawo antymonopolowe, jak również regulację *ex ante*, należy wprowadzić brak możliwości kumulowania kar pieniężnych w odniesieniu do tej samej praktyki, wymierzając maksymalną karę w wysokości 10% obrotu. Przyszła regulacja, wzorowana na dotychczasowych doświadczeniach organów antymonopolowych, powinna być równocześnie stosowana bez uszczerbku dla prawa ochrony konkurencji, na mocy którego organy te nadal powinni móc rozwiązywać nowo pojawiające się problemy antymonopolowe na rynkach cyfrowych. Należy odnotować, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów unijnych<sup>16</sup> reguły konkurencji nadal mogłyby mieć zastosowanie w sprawach objętych regulacją *ex ante*, jeżeli przepisy sektorowe nie zabraniałyby danym przedsiębiorcom podejmowania samodzielnych działań, które uniemożliwiają, ograniczają lub zakłócają konkurencję.

Zakładając, że dana praktyka jest objęta zakazami określonymi w Rozporządzeniu P2B, trzeci obszar reprezentuje sprawy o charakterze sporów prywatnych, które nie spełniają przesłanki „interesu publicznego”. Obejmują one przypadki, w których nie istnieje dominacja ani nadmierna siła przetargowa operatora platformy. Praktyki, które są objęte Rozporządzeniem P2B, ale które nie wiążą się z „siłą przetargową”, powinny być rozwiązywane przed sądami cywilnymi w ramach prywatnego egzekwowania przedmiotowych przepisów.

## Zakończenie

Jak wskazano w artykule, pomimo zidentyfikowanych na poziomie UE problemów dotyczących nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynków cyfrowych i ich zawodności, zaproponowane na gruncie Rozporządzenia P2B rozwiązania prawne są niewystarczające i nieadekwatne. Przyjęte przepisy zasadniczo ograniczają się do nałożenia na operatorów platform internetowych, niezależnie od ich wielkości i siły rynkowej, minimalnych wymogów informacyjnych (standardów transparentności). W znacznie mniejszym zakresie przyjęta regulacja koncentruje się z kolei na kwestiach uczciwości oraz rozwiązywaniu problemów związanych z zawodnością rynku i mechanizmów konkurencji. Obecne ramy regulacyjne na poziomie UE, oprócz międzysektorowych przepisów prawa antymonopolowego, nie odnoszą się do kontroli siły ekonomicznej, jaką posiadają niektórzy operatorzy platform internetowych, ani nie zapobiegają niekorzystnym konsekwencjom jej wykorzystywania.

Jednakże, przepisy Rozporządzenia P2B nie tylko dotyczą szeregu problemów o charakterze antymonopolowym. Możliwe jest również, że także organy antymonopolowe wezmą pod uwagę standardy i wymogi określone w tej regulacji w kontekście kontroli nadużywania pozycji dominującej. W tym zakresie wskazano na wzajemną relację zachodzącą pomiędzy Rozporządzeniem P2B a prawem konkurencji. Jak pokreślono, głównym problemem na gruncie prawa antymonopolowego, pozostaje ustalenie, kiedy określone zachowanie operatora platformy w danym kontekście rynkowym prowadzi do szkody dla konsumentów. Z tego względu, biorąc pod uwagę doświadczenie związane z egzekwowaniem prawa antymonopolowego, regulacja *ex ante* platform internetowych powinna być skierowana wyłącznie do silnych podmiotów działających jako „quasi-strażnicy” rynku. Przepisy te powinny opierać się również na określonych zasadach uczciwości i przejrzystości, uzupełnionych „czarną listą” zakazanych praktyk oraz wytycznymi wskazującymi na bardziej precyzyjne kryteria interwencji. Jednocześnie przyszła regulacja *ex ante* platform internetowych powinna być stosowana bez uszczerbku dla prawa antymonopolowego, na mocy którego NCAs nadal będą mogły rozwiązywać nowo pojawiające się problemy antymonopolowe na rynkach cyfrowych.

Zasadne jest, aby NCAs były właściwe do stosowania rozporządzenia P2B w przypadkach, gdy kumulatywnie zostaną spełnione następujące przesłanki: (i) znaczna siła rynkowa operatora platformy internetowej; (ii) szkoda interesu publicznego. Możliwości wystąpienia szkody interesu publicznego istnieje w zakresie, w jakim dany spór może mieć wpływ na właściwe funkcjonowanie rynków fizycznych lub cyfrowych ekosystemów, a zatem może wykraczać poza prywatny interes poszczególnych stron sporu.

## Przypisy/Notes

<sup>1</sup> Artykuł powstał w wyniku realizacji projektu badawczego nr 2017/27/N/HS5/00059 pt. „Nadużycie pozycji dominującej na rynkach cyfrowych na przykładzie darmowych usług oferowanych przez platformy internetowe”, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

<sup>2</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 6.10.2015 r., C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, pkt 23.

<sup>3</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 20.12.2017 r., C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi, EU:C:2017:981, pkt 39–40.

- <sup>4</sup> Zob.: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers>
- <sup>5</sup> Ze względu na wyznaczony zakres i przedmiot badań, który skupia się na Rozporządzeniu P2B, w niniejszym artykule nie będą analizowane poszczególne zakazane praktyki platform internetowych, mogące być przedmiotem przeszej, zapowiedzianej przez Komisję Europejską, regulacji *ex ante* dużych platform internetowych, a także relacja, która może zachodzić między przyszłą regulacją *ex ante* a normami prawa konkurencji, jak również inicjatywą pod nazwą „Nowe narzędzie konkurencji” (New Competition Tool; zob.: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>).
- <sup>6</sup> Zob. sprawa prowadzona przez Federalny Urząd Antykartelowy, Bundeskartellamt, w odniesieniu do warunków oferowanych sprzedawcom przez przedsiębiorstwo Amazon. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17\\_07\\_2019\\_Amazon.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html)
- <sup>7</sup> Zob. decyzja Komisji Europejskiej z 27.06.2017 r. w sprawie AT. 39740, Google Search.
- <sup>8</sup> Zob. wyrok Sądu z 1.07.2010, T-321/05, AstraZeneca, ECLI:EU:T:2010: 266, pkt 493.
- <sup>9</sup> Np. wyroki Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 6.11.2013 r., KZR 61/11, VBL-Gegenwert I, jur 2013, 44268 oraz z 7.06.2016 r., KZR 6/15, Pechstein, open-Jur 2016, 7218.
- <sup>10</sup> Zob. decyzja Bundeskartellamt z 6.02.2019 r., B6-22/19, Facebook.
- <sup>11</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21.02.1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:1975:50, pkt 27.
- <sup>12</sup> [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=5)
- <sup>13</sup> <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-150-meu-pour-abus-de-position>
- <sup>14</sup> <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/31-january-2019-online-advertising-directory-enquiry-services-0>
- <sup>15</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291)
- <sup>16</sup> Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2010:603, pkt 80.

## Bibliografia/References

### Literatura/Literature

- Allott, A. N. (1980). *The limits of law*. London: Butterworths.
- Autoridade da Concorrência (2019). *Digital ecosystems, Big Data and Algorithms*. Lizbona: Autoridade da Concorrência.
- Brin, S., Page, L. (1998). *The Anatomy of a Large-Scale Hyper-textual Web Search Engine*, <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html> (2.07.2020).
- Caillaud, B., Jullien, B. (2003). Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers. *The RAND Journal of Economics*, 34(2). <https://doi.org/10.2307/1593720>
- Ecosyr (2017). *Business-to-Business relations in the online platform environment*. Bruksela: Komisja Europejska.
- Evans, D. S., Schmalensee, R. (2007). *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, *Competition Policy International*, 3(1).
- Ezrahi, A., Stucke, M. E. (2016). *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Londyn: Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674973336>
- Friedman, L. M. (1975). *The Legal System: A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation.
- Höppner, T., Schulz, A. (2019). Die EU-Verordnung 2019/1150 für Fairness und Transparenz von Online-Vermittlungsdiensten („P2B-Verordnung“). *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 49.
- Komisja Europejska (2018). *Wniosek rozporządzenia w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego*. Bruksela: Komisja Europejska.
- Małobęcka-Szwast, I. (2018). Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako nadużycie pozycji dominującej? Postępowanie Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(7). <https://doi.org/10.7172/ikar>
- Mazur, J., Szmigielski, A. (2018). Czy działalność Ubera jest usługą społeczeństwa informacyjnego? *Europejski Przegląd Sądowy*, (5).
- OECD (2019). *An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation*. Paryż: OECD.
- Parlament Europejski (2018). *Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego*. Bruksela: Parlament Europejski.
- Polley, R., Pesch, T. (2019). Die P2B-Verordnung und ihre Bedeutung für das Kartellrecht. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 69(10).
- Shengli, L., Yipeng, L., Subhajyoti, B. (2010). Network effects in online two-sided market platforms: A research note. *Decision Support Systems*, 49.
- Streel, A. de (2018). *Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal*. <https://ssrn.com/abstract=3248723> (2.07.2020). <https://doi.org/10.2139/ssrn.3248723>
- Twigg-Flesner, Ch. (2018). The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms — Transparency, Fairness and Beyond. *Journal of European Consumer and Markets Law*, (6), <https://ssrn.com/abstract=3253115> (2.07.2020).

### Strony internetowe/Sites

- <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/31-january-2019-online-advertising-directory-enquiry-services-0> (2.07.2020).
- <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers> (2.07.2020).
- [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17\\_07\\_2019\\_Amazon.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html) (2.07.2020).
- [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (2.07.2020).
- <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-150-meu-pour-abus-de-position> (2.07.2020).
- [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291) (2.07.2020).

### Mgr Artur Szmigielski

Asystent naukowy w Zakładzie Prawa Konkurencji  
Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

### Mgr Artur Szmigielski

Research assistant of the Competition Law  
Department at the Institute of Law Studies of the  
Polish Academy of Sciences (INP PAN).