

## **Komentarze i uwagi**

### **1 Wybór odpowiedniego wariantu**

Po pierwsze, jeżeli Komisja Europejska wyraża chęć wprowadzania tak daleko idących rozwiązań, to słuszne zdaje się być podejście gwarantujące najszerszy możliwy zakres interwencji. W przypadku wariantów 1 i 2 interwencja koncentrowałaby się jedynie na podmiotach posiadających 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 2 i 4) mogłoby prowadzić do niejasności i potencjalnej arbitralności decyzyjnej, ponieważ sam podział na rynki cyfrowe i tradycyjne jest podziałem nieostrym. Jedynym wariantem, który w pełni pasuje do inicjatywy Komisji wydaje się być więc wariant numer 3.

### **2 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 połączeniu 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 dla aktywności instytucji Unii Europejskiej, które zapewniają efektywność tych przepisów dzięki wydaniu regulacji o charakterze wykonawczym, zapewniających 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 wdrażanie na rynek warunków konkurencji bez uprzedniego stwierdzenia naruszenia art. 101 i / lub 102 TFUE. Czy art. 103 TFUE mógłby być więc 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 (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 więcej polityk unijnych, a żadna z nich nie jest dominującym celem aktu (Kowalik-Bańczyk i Dąbrowska-Kłosińska, 2012). Podobnie uczyniono w związku z dyrektywą w sprawie odszkodowań, 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).

Być może Komisja Europejska powinna głębiej rozważyć, czy zaproponowane podstawy prawne będą wystarczające, czy jednak konieczne byłoby dokonanie zmian w TFUE, zgodnie z procedurą określoną w art. 48 Traktatu o Unii Europejskiej<sup>1</sup>.

### **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 proporcjonalności w rozumieniu prawnym dotyczy nakazu podejmowania środków adekwatnych do założonych celów (Maliszewska-Nienartowicz, 2007), a w zakresie stosowania prawa konkurencji wyznacza ona 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,

---

<sup>1</sup> Art. 48, Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.).

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 i / lub strukturalnych, mogących powodować radykalne zmiany modeli biznesowych przedsiębiorstw i / lub restrukturyzację całych branż może być ogromny i nawet potencjalnie znacznie większy niż samej kary pieniężnej.

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 artykuł 7 Rozporządzenia nr 1/2003, który określa zakres zastosowania zasady proporcjonalności w tych sytuacjach<sup>2</sup>. 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 zakończenia<sup>3</sup>. W tym celu Komisja może użyć zarówno środków zaradczych o charakterze behawioralnym jak i strukturalnym. Środki strukturalne zastosować można jednak 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 jednak 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,

---

<sup>2</sup> 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 związkom przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, by zaprzestały 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.

<sup>3</sup> Artykuł 7 Rozporządzenia 1/2003 z 16 grudnia 2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, OJ L 1, 4.1.2003, s. 1–25.

niż tych przewidzianych w art. 7 rozporządzenia 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, które były prowadzone w orzecznictwie na temat obowiązywania zasady proporcjonalności w stosunku do decyzji zobowiązujących, w których również nie ma wzmianki o obowiązku zachowania zasady proporcjonalności w przepisie je regulującym (tj. art. 9 Rozporządzenia 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 1/2003<sup>4</sup>. Takie rozwiązanie niewątpliwie zapewniłoby wysoki poziom ochrony przedsiębiorców przed dyskrejonalnym 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 w wyroku z dnia 29 czerwca 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, iż 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 ciążący na Komisji obowiązek zapewnienia poszanowania zasady proporcjonalności ma inny zakres i treść, w zależności od tego czy rozważany jest on w kontekście

---

<sup>4</sup> Wyr. SPI z 11.07.2007 r. w sprawie T-170/06 *Alrosa Company Ltd v. Komisja*, ECLI:EU:T:2007:220.

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 jest jeszcze jasne 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 narzucenymi środkami zaradczymi oraz z drugiej strony 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 1/2003 byłby zachowany.

#### **4. Podsumowanie**

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 (Mleczko, 2018)), nie stanowi szczególnego *novum* w prawie konkurencji. Przykładowo, jedna z najważniejszych prac dotyczących istoty problemu oligopolu powstała już w latach 60-tych dwudziestego wieku (Turner, 1962). Przez cały ten czas, unijne prawo konkurencji nie było sobie w stanie poradzić

ić z milczącymi znowami, co było marginalizowane ze względu na stosunkowo rzadkie ich występowanie na rynkach tradycyjnych. Przez ostatnie lata byliśmy świadkami ogólnostanowowego procesu refleksji na temat adekwatności obecnych reguł prawa konkurencji 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 unikalny. Istnieje kilka jurysdykcji, w szczególności Wielkiej Brytanii, Izraela, Grecji czy Meksyku, które posiadają podobny 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 za pomocą 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 do współpracy z zainteresowanymi stronami w kolejnych etapach konsultacji, aby wypracować rozwiązanie, który eliminowałoby wszelkie dostrzeżone luki w egzekwowaniu przepisów przy jednoczesnym zachowaniu jasnych ram prawnych i zapewnieniu skutecznej kontroli sądowej.