

Urszula Czarnomska-Bokowy*

Prawo konkurencji a projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – kto przypilnuje strażników?

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Uwagi wprowadzające
- III. Prawo konkurencji na rynkach cyfrowych
- IV. Prawo konkurencji jako inspiracja dla projektu rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym
- V. Projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym jako uzupełnienie prawa konkurencji
- VI. Relacja prawa konkurencji i projektu rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – poziom materialnoprawny
- VII. Relacja prawa konkurencji i projektu rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – poziom instytucjonalny
- VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł dotyczy projektu rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) (*Digital Markets Act*) – propozycji legislacyjnej Komisji Europejskiej zmierzającej do zapewnienia kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym. Celem artykułu jest przedstawienie proponowanych uregulowań oraz ich wpływu na prawo ochrony konkurencji. Artykuł zawiera wstępną analizę relacji projektowanych przepisów i regulacji dotyczących nadużycia pozycji dominującej, a także rozważania dotyczące optymalnego modelu egzekwowania rozporządzenia.

Słowa kluczowe: *Digital Markets Act*; akt o rynkach cyfrowych; rynek cyfrowy; strażnik dostępu; nadużycie pozycji dominującej; platformy internetowe; prawo ochrony konkurencji.

JEL: K21

* Autorka jest pracownikiem Departamentu Ochrony Konkurencji w UOKiK; adres e-mail: u.czarnomska@gmail.com; ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4099-3601>.

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym artykule są osobistymi opiniami autorki i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

I. Wstęp

Od czasu publikacji w grudniu 2020 roku projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (*Digital Markets Act*, dalej: rozporządzenie lub DMA) jest przedmiotem debat zarówno politycznych, jak i akademickich, dotyczących całego spektrum zagadnień, od zasadności i legalności proponowanych przepisów, przez ich zakres przedmiotowy i podmiotowy, aż po sposób ich stosowania.

DMA ma być nowym narzędziem służącym do przeciwdziałania szkodliwym praktykom na rynkach cyfrowych, do których nie mają zastosowania obecnie obowiązujące unijne reguły konkurencji albo wobec których reguły te nie są skuteczne¹.

Artykuł stanowi przyczynek do dyskusji na temat relacji projektowanego rozporządzenia i stosowanych już przepisów prawa antymonopolowego. Obie regulacje mają za zadanie realizować komplementarne cele, w związku z czym należy dążyć do tego, aby nie osłabiały się wzajemnie. Wymaga to jednak odpowiedniej harmonizacji zarówno samych przepisów, jak i ich egzekucji.

II. Uwagi wprowadzające

Celem proponowanej regulacji jest zapewnienie, że rynki cyfrowe będą funkcjonowały jako rynki kontestowalne i uczciwe poprzez ustalenie listy obowiązków i zakazów, których podmiotem będą duże platformy internetowe odgrywające rolę strażników dostępu (*gatekeepers*). Strażnikiem dostępu jest dostawca podstawowych usług platformowych obejmujących: (i) usługi pośrednictwa internetowego (w tym na przykład platformy handlowe, sklepy z aplikacjami i usługi pośrednictwa internetowego w innych sektorach, takich jak mobilność, transport lub energia); (ii) wyszukiwarki internetowe; (iii) serwisy społecznościowe; (iv) usługi platformy udostępniania wideo; (v) usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów; (vi) systemy operacyjne; (vii) usługi w chmurze oraz (viii) usługi reklamowe, który równocześnie: (a) wywiera znaczący wpływ na rynek wewnętrzny; (b) obsługuje co najmniej jeden istotny punkt dostępu umożliwiający dotarcie do konsumentów oraz (c) osiągnął lub oczekuje się, że osiągnie ugruntowaną i trwałą pozycję w zakresie prowadzonej działalności².

Rozporządzenie określa sposób wyznaczania dostawców podstawowych usług platformowych jako strażników dostępu, za pomocą kryteriów ilościowych, tj. liczby użytkowników platformy oraz obrotu uzyskanego na terenie EOG obrotu, a także transgranicznego charakteru działalności lub na podstawie oceny poszczególnych przypadków, dokonywanej w drodze badania rynku.

Potrzeba stworzenia odrębnej regulacji dla tych podmiotów wynika ze specyficznej struktury rynków cyfrowych, na których występuje szczególnie silne oddziaływanie efektów sieciowych oraz wysokie bariery wejścia³. Powoduje to wyjątkowe premiowanie pionierów rynkowych, którzy mają możliwość stworzenia i ukształtowania *de facto* zupełnie nowych rynków, a równocześnie rzucają wyzwania rynkom tradycyjnym poprzez kreowanie nowych modeli biznesowych w oparciu

¹ Uzasadnienie Wniosku Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych), s. 4. Pozyskano z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=pl> (20.02.2022).

² Ibidem, s. 3.

³ European Commission Memo z 25.04.2013 r. *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers*. Pozyskano z https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_383 (20.02.2022).

o gromadzenie i przetwarzanie dużej ilości danych⁴. Tacy przedsiębiorcy tworzą konglomeratowe ekosystemy wokół świadczonych przez siebie usług, dzięki czemu uzależniają użytkowników biznesowych od konkretnej platformy. To z kolei pozwala właścicielowi platformy przenieść zdobytą w ten sposób przewagę ekonomiczną na inne, powiązane rynki oraz skutecznie blokuje dostęp do takich rynków pozostałym przedsiębiorcom. Celem DMA jest więc wyeliminowanie występowania takich blokad (bądź przynajmniej ich zmniejszenie) poprzez wymuszenie na strażnikach dostępu stosowania mechanizmów mających zapewnić równy dostęp do swoich usług.

Rozporządzenie ma jednocześnie zapobiec fragmentaryzacji rynku wewnętrznego UE, która jest realnym zagrożeniem w wypadku podejmowania przez państwa członkowskie samodzielnych inicjatyw regulacyjnych prowadzących do rozwiązania problemów na rynkach cyfrowych⁵.

Kluczową częścią rozporządzenia są przepisy wskazujące jakie praktyki stosowane przez strażników dostępu są nieuczciwe lub ograniczają kontestowalność. Przepisy te wskazują automatycznie wykonywane obowiązki, jakie muszą spełniać strażnicy dostępu, (art. 5 DMA) oraz obowiązki podlegające dalszemu doprecyzowaniu, które powinni oni spełnić w odniesieniu do każdej ze swoich podstawowych usług platformowych wymienionych w odpowiedniej decyzji KE o wyznaczeniu tego przedsiębiorcy jako strażnika dostępu (art. 6 DMA)⁶. Rozporządzenie określa ponadto obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji strażników dostępu, zasady przeprowadzania badań rynku mających na celu wyznaczenie jako strażnika dostępu, badań dotyczących systematycznego niewypełniania obowiązków oraz badań nowych podstawowych usług platformowych i nowych praktyk. DMA zawiera również przepisy dotyczące jego wdrażania i egzekwowania oraz stopień zaangażowania państw członkowskich w jego stosowanie.

III. Prawo konkurencji na rynkach cyfrowych

Problemy dotyczące zachowania konkurencyjnej dynamiki na rynkach cyfrowych od wielu lat są przedmiotem zainteresowania organów ochrony konkurencji. Prawo konkurencji jest w stanie rozwiązywać problemy wynikające z praktyk stosowanych przez strażników dostępu posiadających pozycję dominującą na tych rynkach, dzięki temu, że przepisy stosowane są międzysektorowo (Nazzini, 2020, s. 23), co pozwala na objęcie nimi zachowań dotyczących całych ekosystemów platform. Szkodliwe dla rynku praktyki strażników dostępu wielokrotnie były przedmiotem postępowań dotyczących nadużycia pozycji dominującej (art. 102 TFUE i odpowiadające mu im przepisy krajowe). Szeroki zakres pojęcia „nadużycia pozycji dominującej” oraz elastyczność organów ochrony konkurencji pozwoliły na prowadzenie postępowań także w przypadku mniej oczywistych praktyk. Przykładowo można wskazać postępowanie niemieckiego organu przeciwko Facebookowi, w wyniku którego stwierdzono nadużywanie pozycji dominującej w związku z naruszeniem przepisów

⁴ Commission Staff Working Document Online Platforms Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market z 25.5.2016 r. Pozyskano z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0172&from=en> (20.02.2022).

⁵ Podstawą prawną do wydania rozporządzenia jest art. 114 TFUE określający działania zmierzające do zbliżenia przepisów państw członkowskich w sprawach rynku wewnętrznego.

⁶ Ponadto ustanawia się w nim ramy możliwego dialogu między dostawcą podstawowych usług platformowych wyznaczonym jako strażnik dostępu, a KE w odniesieniu do środków, które strażnik dostępu wdraża lub zamierza wdrożyć w celu spełnienia obowiązków określonych w art. 6 (art. 7). Określa się w nim również warunki zawieszenia obowiązków dotyczących poszczególnych podstawowych usług platformowych w wyjątkowych okolicznościach (art. 8) lub udzielenia zwolnienia ze względu na interes publiczny (art. 9), mechanizm aktualizacji wykazu obowiązków (art. 10) oraz wskazuje się, że obowiązki określone w rozporządzeniu mają zastosowanie niezależnie od tego, czy dana praktyka stosowana przez wyznaczonego strażnika dostępu ma charakter umowny, komercyjny, techniczny czy jakkolwiek inny (art. 11).

dotyczących ochrony danych osobowych⁷. Jednocześnie rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z 4.1.2003 r.), nie ogranicza państw członkowskich w zakresie przyjmowania bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003)⁸.

Nie ulega jednak wątpliwości, że specyfika rynków cyfrowych powoduje, że narzędzia dostępne w ramach prawa konkurencji nie zawsze są wystarczająco efektywne by rozwiązywać problemy wynikające z siły rynkowej strażników dostępu.

Pierwszą z przyczyn nieodpowiedniej efektywności jest brak możliwości wystarczająco szybkiego działania organów ochrony konkurencji. Możliwość szybkiego działania jest kluczowa dla skuteczności podejmowanych działań na rynkach cyfrowych oraz dla usunięcia występujących zakłóceń konkurencji (Heinemann, 2021, s. 2, i n.; Mantzari, 2020, s. 487). Europejskie organy ochrony konkurencji starają się zaradzić temu problemowi poprzez stosowanie środków tymczasowych i decyzji zobowiązaniowych⁹, które pozwalają na sprawniejszą i szybszą reakcję niż postępowania kończące się stwierdzeniem naruszenia. Z pewnością należy docenić takie starania, choć warto zaznaczyć, że organy sięgają po te środki wyjątkowo rzadko (decyzja dotycząca środków tymczasowych w sprawie *Broadcom* była pierwszym tego typu działaniem KE po 18-letniej przerwie). Dodatkowo jedną z przyczyn jest orzecznictwo TSUE, które nie ułatwiło stosowania tego narzędzia, uzależniając jego użycie od rygorystycznych warunków¹⁰. Ponadto niezależnie od tych inicjatyw, decyzje organów ochrony konkurencji w momencie wydawania odnoszą się zasadniczo do praktyk mających miejsce wiele lat wcześniej¹¹. Niejednokrotnie nie dotyczą aktualnych problemów, z którymi boryka się sektor i w konsekwencji nie mają realnego wpływu na poprawę warunków konkurencji – jeśli chodzi zarówno o zakończenie konkretnej praktyki, jak i o efekt odstraszący, wpływający na zachowania pozostałych uczestników rynku.

Ograniczona skuteczność prawa antymonopolowego wynika ze zindywidualizowanego charakteru spraw i braku generalnego skutku decyzji. Pomimo precedensowego charakteru niektórych rozstrzygnięć oraz ich efektu prewencyjnego, decyzje organów ochrony konkurencji nie oddziałują *erga omnes*, wobec czego nie przynoszą efektów dla całego sektora¹². Taki charakter decyzji sprawia, że zasadniczo osoby, które poniosły szkodę w wyniku zachowań analogicznych do objętych decyzją, jednak dokonywanych przez inny podmiot bądź ten sam podmiot, ale działający w innym państwie członkowskim, nie korzystają z ułatwień dowodowych wynikających z dyrektywy w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego¹³.

⁷ Dec. Bundeskartellamt z 6.02.2019 r. w sprawie B6-22/16. Podejście organu było jednak poddane krytyce (zob. m.in. Van den Bergh i Weber, 2021, s. 31; Malobęcka-Szwast, 2018, s. 139–153).

⁸ Niemcy, Austria, Grecja i Włochy podjęły już inicjatywę stworzenia przepisów dotyczących nadużycia pozycji dominującej dostosowanych specjalnie do sektora cyfrowego.

⁹ Dec. KE z 7.10.2020 r. w sprawie AT.40608 *Broadcom*; dec. Autorité de la concurrence (Francja) z 21.04.2015 r. w sprawie 15-D-06 (*Booking*); dec. KE z 4.05.2017 r. w sprawie AT.40153 *E-book MFNs and related matters (Amazon)*; dec. Bundeskartellamt (Niemcy) z 17.07.2017 r. w sprawie B2 – 88/18 (*Amazon*); dec. Autorité de la concurrence (Francja) z 9.04.2020 r. w sprawie nr 20-MC-01 (*Google*).

¹⁰ Orzeczenie TS z dnia 10.03.2005 r., w sprawie T-184/01 *IMS Health* (ECLI:EU:T:2001:200).

¹¹ Przykładowo, dec. KE w sprawie AT.39740 *Google Search (Shopping)* została wydana po 7 latach prowadzenia postępowania.

¹² OECD, *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, 2021. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>.

¹³ Szersze rozważania dotyczące tego zagadnienia wykraczają poza zakres tego artykułu.

Wreszcie standard, jaki wymagany jest dla podjęcia postępowania oraz wydania decyzji w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych praktyk, nie jest łatwy do osiągnięcia przez organy ochrony konkurencji. Warunkiem wstępnym interwencji jest stwierdzenie pozycji dominującej, co z kolei wymaga zdefiniowania właściwego rynku, a następnie ustalenie, że dominant nadużywa tej pozycji. Ponadto wydanie decyzji stwierdzającej stosowanie zakazanej praktyki wymaga stwierdzenia, że miała ona na celu lub skutkowała ograniczeniem konkurencji. DMA ma odpowiadać na te problemy, m.in. poprzez określenie warunków wyznaczających strażników dostępu, co zdejmuje obowiązek badania rynku właściwego i pozycji danego podmiotu na nim z organów ochrony konkurencji. Wprowadzenie katalogu obowiązków nakładanych na strażników dostępu, zamiast badania konkretnej praktyki i jej skutków, ma także znacząco usprawnić oddziaływanie regulacji na faktyczną działalność takich podmiotów.

IV. Prawo konkurencji jako inspiracja dla projektu rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym

Doświadczenia w zakresie trudności z egzekwowaniem reguł konkurencji pozwoliły na zidentyfikowanie potrzeby przyjęcia dodatkowych przepisów mających na celu zapewnienie sprawnego funkcjonowania rynków cyfrowych i były inspiracją dla nowoprojektowanej regulacji (Komninos, 2021, s. 425). Katalog obowiązków wskazanych w art. 5 i 6 DMA, stanowiących rdzeń regulacji, jest wypadkową dorobku decyzyjnego europejskich organów ochrony konkurencji.

Przykładowo, można wskazać że określony w art. 5 pkt a) obowiązek uzyskania zgody na łączenie danych osobowych z różnych źródeł danych (np. gdy dostawca serwisu społecznościowego zbiera dane uzyskane od użytkowników za pośrednictwem swoich innych usług) jest inspirowany decyzją niemieckiego organu ochrony konkurencji w sprawie *Facebook*¹⁴ oraz decyzją włoskiego organu ochrony konkurencji w sprawie *WhatsApp*¹⁵. Wskazany w art. 5 pkt b) zakaz stosowania szerokich klauzul największego uprzywilejowania (*most-favored-nation clause*, klauzule MFN) oraz środków o równoważnym skutku, takich jak np. podwyższenie stawek prowizji czy usunięcie ofert użytkownika powstał na kanwie spraw prowadzonych przez Komisję Europejską dotyczących platform, takich jak *Amazon*¹⁶, *Booking*¹⁷ oraz *Apple Store*¹⁸. Z kolei zakaz wykorzystywania pozycji „zależności” użytkowników biznesowych oraz użytkowników końcowych do korzystania z podstawowych usług platformy świadczonych przez strażnika wraz z innymi podstawowymi usługami platformy¹⁹, wprowadzony w art. 5 pkt f), ma swoje źródło w decyzji KE w sprawie *Google Android*²⁰.

Natomiast obowiązki podlegające dalszemu doprecyzowaniu, wymienione w art. 6 rozporządzenia, zostały wskazane w wyniku prowadzonych wcześniej postępowań na podstawie regulacji prawa konkurencji. I tak, potrzeba wprowadzenia w art. 6 ust. 1 pkt b) obowiązku umożliwienia użytkownikom końcowym odinstalowania wstępnie zainstalowanych aplikacji, takich jak przeglądarki lub aplikacje do obsługi wiadomości, wywodzi się ze spraw Komisji Europejskiej *Google*

¹⁴ Dec. Bundeskartellamt (Niemcy) z 6.02.2019 r. w sprawie B6-22/16 (*Facebook*).

¹⁵ Dec. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Włochy) z 11.05.2017 r. w sprawie n. 26597, PS10601 (*WhatsApp*).

¹⁶ Dec. KE z 4.05.2017 r. w sprawie AT.40153 *E-book MFNs and related matters (Amazon)*.

¹⁷ Dec. Autorité de la concurrence (Francja) z 21.04.2015 r. w sprawie 15-D-06 (*Booking*), analogiczne postępowania były prowadzone także we Włoszech oraz Szwecji.

¹⁸ Sprawa KE nr AT.40652 (*Apple – App Store Practices (e-books/audiobooks)*), sprawa KE nr AT.40716. (*Apple – App Store Practices*).

¹⁹ Np. aby skorzystać z serwisu randkowego strażnika, użytkownik końcowy musi zapisać się do serwisu społecznościowego strażnika.

²⁰ Dec. KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099 (*Google Android*).

*Android*²¹ oraz *Miscrosoft (Tying)*²². Art. 6 ust. 1 pkt d) wprowadza z kolei zakaz stosowania przez zintegrowanych pionowo strażników preferencyjnego traktowania własnej oferty na własnej platformie (np. gdy wyszukiwarka preferuje własne usługi poprzez umieszczenie własnych usług handlowych na górze wyników wyszukiwania lub gdy serwis społecznościowy umieszcza na osi czasu użytkowników własny serwis randkowy na bardziej eksponowanym miejscu niż serwisy konkurencyjne), co było przedmiotem sprawy *Google Search (Shopping)*²³.

Jak wynika z dokumentu roboczego KE w sprawie podsumowania raportu oceny skutków (Herrera i Esteves, 2020), także pozostałe obowiązki nakładane na strażników dostępu w rozporządzeniu są wynikiem badania stanów faktycznych w sprawach toczących się przed organami antymonopolowymi lub badań rynkowych przeprowadzonych przez te organy. Wśród takich obowiązków wymienić należy:

- zakaz nadużywania pozycji „zależności” użytkowników biznesowych od strażnika dostępu poprzez uniemożliwienie im (np. poprzez zawieranie w umowach z nimi klauzuli poufności) kontaktowania się i/lub składania do odpowiednich organów zawiadomień dotyczących (nieuczciwego) zachowania strażnika dostępu (art. 5 pkt d) rozporządzenia) lub zakaz nakładania na użytkowników biznesowych wymogu włączenia usług identyfikacji świadczonych przez strażnika dostępu wraz z jedną lub większą liczbą podstawowych usług platformy (art. 5 pkt e) rozporządzenia);
- obowiązek zapewnienia przejrzystości cen wobec reklamodawców i/lub wydawców usług reklamowych (art. 5 pkt g) rozporządzenia);
- obowiązek zapewnienia skutecznego przenoszenia danych w czasie rzeczywistym (np. umożliwienie użytkownikowi biznesowemu przeniesienia katalogu transakcji do alternatywnego dostawcy rynku) lub użytkownikowi końcowemu przeniesienia profilu wraz z danymi do alternatywnej platformy społecznościowej (art. 6 ust. 1 pkt h) rozporządzenia);
- obowiązek zapewnienia przez strażników dostępu przejrzystości w stosunku do reklamodawców i/lub wydawców w odniesieniu do skutków danej kampanii reklamowej (art. 6 ust. 1 pkt g) rozporządzenia);
- obowiązek zapewnienia dostępu, na uczciwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunkach, do rankingu, zapytań, kliknięć i przeglądania danych związanych z bezpłatnym i płatnym wyszukiwaniem generowanym przez konsumentów w usługach wyszukiwania online innym dostawcom takich usług, mający na celu usunięcie kluczowej bariery wejścia dla usług wyszukiwania online (tj. ekonomii skali, art. 6 ust. 1 pkt i) rozporządzenia).

V. Projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym jako uzupełnienie prawa konkurencji

Nie ulega wątpliwości, że prawo konkurencji nie tylko kształtuje, lecz także wzajemnie uzupełnia się z przepisami regulacyjnymi funkcjonującymi w poszczególnych sektorach²⁴. Ponadto przepisy antymonopolowe zmierzają do zapewnienia konkurencji na rynku, podczas gdy re-

²¹ Dec. KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099 (*Google Android*).

²² Dec. KE z 16.12.2009 r. w sprawie COMP/39.530 (*Miscrosoft (Tying)*).

²³ Dec. KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740 (*Google Search (Shopping)*).

²⁴ Przepisy antymonopolowe, z natury „horyzontalne” zakazują określonych zachowań, a interwencja organu dokonywana jest w ramach indywidualnych postępowań o charakterze *ex post*, natomiast regulacja stanowi zestaw przepisów *ex ante* skierowanych najczęściej do jednego sektora.

gulacja może realizować szerszy zestaw celów, takich jak np. ochrona danych osobowych lub środowiska²⁵.

Projektowane rozporządzenie ma być odpowiedzią na wskazane wyżej niedostatki prawa konkurencji. Możliwość szybszego i efektywniejszego reagowania, którą ma zapewnić DMA, nie wynika przede wszystkim ze specyfiki, jaką cechują się regulacje stosowane *ex ante*. W przeciwieństwie do prawa konkurencji, znajduje ona zastosowanie niejako automatycznie, po spełnieniu przez dostawcę usług platformowych określonych progów ilościowych i jakościowych²⁶. Nie jest zatem wymagane prowadzenie szczegółowego postępowania, w ramach którego konieczne jest wyznaczenie rynku właściwego (gdyż przedsiębiorca może działać na wielu rynkach w rozumieniu prawa antymonopolowego) bądź stwierdzenie jego pozycji dominującej (Colomo, 2021, s. 22), co na rynkach cyfrowych przysparza organom ochrony konkurencji szczególnych trudności. Dodatkowo projekt przewiduje, że określone działania tak wyznaczonych podmiotów są zakazane *per se*, bez konieczności wykazania (choćbyby potencjalnego) wpływu takich działań na konkurencję (Isaac i Chrétien, 2021, s. 14)²⁷. Taki charakter przepisów, stosowanych niezależnie od poziomu konkurencji na rynku oraz docelowo „permanentnie”, odróżnia DMA od wielu przepisów regulujących sektory sieciowe, w szczególności przepisów prawa telekomunikacyjnego²⁸. Regulacja na rynkach łączności stosowana jest w wypadku zidentyfikowania braku konkurencji na określonym rynku i ma na celu zrekompensowanie jej braku oraz realizację określonych polityk, w oparciu o zasadę, że regulacja powinna odpowiadać na zidentyfikowany problem, który nie może być rozwiązany przez prawo konkurencji i dla którego przewidziano środek naprawczy, stosowany przez pewien okres i wycofywany, gdy problem zostanie rozwiązany.

DMA stanowić ma uzupełnienie obowiązujących unijnych i krajowych reguł konkurencji. Zgodnie z uzasadnieniem projektu „[p]rzedmiotem niniejszego wniosku są nieuczciwe praktyki stosowane przez strażników dostępu, które nie są objęte zakresem stosowania obecnie obowiązujących unijnych reguł konkurencji albo, wobec których reguły te nie są skuteczne, mając na uwadze, że egzekwowanie przepisów w zakresie przeciwdziałania praktykom monopolistycznym dotyczy sytuacji na określonych rynkach, nieuchronnie ma miejsce po wystąpieniu ograniczającego zachowania lub zachowania stanowiącego nadużycie oraz wiąże się z przeprowadzeniem procedur dochodzeniowych w celu ustalenia nadużycia, co wymaga czasu”²⁹. KE wskazuje, że skuteczna egzekucja regulacji ma zminimalizować szkodliwe efekty strukturalne nieuczciwych praktyk *ex ante* bez ograniczania zdolności do interwencji *ex post* na podstawie unijnych i krajowych reguł konkurencji³⁰.

²⁵ OECD, 2021, Competition Enforcement and Regulatory Alternatives – Note by the European Union, Pozyskano z: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD\(2021\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD(2021)13/en/pdf) (20.02.2022).

²⁶ OECD, Ex ante regulation of digital markets, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-andcompetition-in-digital-markets.htm> (20.02.2022).

²⁷ Autorzy posługują się terminem domniemania winy: *presumption of competitive guilt*.

²⁸ Zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z 11.12.2018 r. ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej nałożenie obowiązków regulacyjnych na rynkach łączności jest możliwe jedynie, gdy same przepisy prawa konkurencji są niewystarczające, aby odpowiednio zaradzić stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku (art. 67). Zgodnie z Zaleceniem KE 2020/2245 z 18.12.2020 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej: *Jednym z celów ram regulacyjnych jest stopniowe zmniejszanie zakresu szczególnych regulacji sektorowych ex ante w miarę rozwoju konkurencji na rynku, tak aby doprowadzić do stanu, w którym rynki łączności elektronicznej będą podlegały wyłącznie prawu konkurencji*.

²⁹ Uzasadnienie Wniosku Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych), s. 4.

³⁰ Ibidem.

Relacja tych reżimów prawnych została określona w projekcie rozporządzenia – zgodnie w art. 1 ust. 6 „rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla stosowania art. 101 i 102 TFUE. Pozostaje ono również bez uszczerbku dla stosowania: przepisów krajowych zakazujących antykonkurencyjnych porozumień i decyzji związków przedsiębiorstw oraz przepisów krajowych zakazujących stosowania praktyk uzgodnionych i nadużywania pozycji dominującej; krajowych reguł konkurencji zakazujących innych form praktyk jednostronnych w zakresie, w jakim mają one również zastosowanie do przedsiębiorstw innych niż strażnicy dostępu lub w jakim wiążą się z nałożeniem dodatkowych obowiązków na strażników dostępu”.

Mając na uwadze, że jak wskazano powyżej katalog obowiązków wynikających z art. 5 i 6 DMA dotyczy przede wszystkim praktyk, które mogą być zakwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej, nie ulega wątpliwości, że prawo antymonopolowe i DMA będą mogły znaleźć zastosowanie w odniesieniu do tożsamyh zachowań platform cyfrowych³¹.

Równoległe obowiązywanie dwóch reżimów prawnych może wywoływać problemy o charakterze materialnoprawnym oraz instytucjonalnym. Poziom materialnoprawny dotyczy możliwości zastosowania w tym samym stanie faktycznym przepisów prawa konkurencji i DMA, natomiast instytucjonalny sprowadza się do kwestii wyznaczenia organów, które będą uprawnione lub zobowiązane do stosowania przepisów w ramach obydwu obszarów prawa.

VI. Relacja prawa konkurencji i projektu rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – poziom materialnoprawny

Konieczne jest rozważenie czy wskazana powyżej norma kolizyjna, zgodnie z którą przepisy DMA pozostają bez uszczerbku dla stosowania przepisów prawa konkurencji, jest wystraszająca i czy w istocie możliwe jest jednoczesne stosowanie DMA oraz przepisów prawa konkurencji (krajowego lub unijnego) do tego samego stanu faktycznego, w szczególności w kontekście zasady *ne bis in idem*.

Zasada ta stanowi podstawową zasadę prawa Unii³², potwierdzoną w art. 50 Karty Praw Podstawowych w odniesieniu do postępowań i sankcji karnych. Jednocześnie stosowana jest w odmienny sposób w zależności od gałęzi prawa jakiej dotyczy³³.

Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że w postępowaniu w sprawie nałożenia grzywny przewidzianym w przepisach z zakresu prawa konkurencji zasada *ne bis in idem*, ze względu na jej quasi-karny charakter, powinna być przestrzegana³⁴. Oznacza to, że nie można ponownie ścigać lub karać przedsiębiorcy w związku z działaniem, za które zostało ono już prawomocnie ukarane lub stwierdzono, że nie podlega ono odpowiedzialności (wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., *Toshiba Corporation i in.*, C-17/10, pkt 97). Dotyczy to sytuacji równoległego stosowania unijnych

³¹ Niezależnie od tego, że DMA swoim zastosowaniem może obejmować przedsiębiorców, którzy nie posiadają pozycji dominującej w rozumieniu prawa konkurencji.

³² Wyr. TS z 15.10.2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij i inni* (ECLI:EU:C:2002:582), pkt 59.

³³ Opinia Rzecznika Generalnego Michala Bobeka z 2.09.2021 r. w sprawie C-117/20 *bpost SA przeciwko Autorité belge de la concurrence*, (ECLI:EU:C:2021:680), pkt 6.

³⁴ Wyr. TS z 7.01.2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P *Aalborg Portland* (ECLI:EU:C:2004:6), pkt 338–340.

przepisów antymonopolowych przez organy krajowe w różnych państwach członkowskich lub jednocześnie przez organy krajowe i KE.

Zastosowanie zasady *ne bis in idem* w postępowaniu na podstawie prawa konkurencji zależy od: (i) istnienia wcześniejszej, ostatecznej decyzji (warunek *bis*) oraz (ii) od tożsamości zachowania antykonkurencyjnego będącego przedmiotem wcześniejszej decyzji oraz późniejszych postępowań lub późniejszych decyzji (warunek *idem*)³⁵. Spełnienie warunku *idem* jest natomiast uzależnione od spełnienia trzech przesłanek: (i) tożsamości zdarzeń; (ii) tożsamości podmiotu popełniającego naruszenie oraz (iii) tożsamości chronionego interesu prawnego³⁶.

Natomiast zgodnie z orzecznictwem ETPCz oraz TSUE na gruncie art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen wynika, że w pozostałych obszarach prawa dla stwierdzenia istnienia *idem* konieczne jest wykazanie jedynie dwóch pierwszych warunków, tj. tożsamości sprawcy oraz istotnych okoliczności faktycznych (Szmigielski, 2018, s. 30).

Rezygnacja z kryterium chronionego interesu prawnego na gruncie prawa konkurencji groziłaby pozbawieniem go jakiegokolwiek skuteczności. Jednocześnie możliwość zmodyfikowania tego standardu jest uzasadniona ze względu na to, że postępowanie nie jest stricte postępowaniem karnym³⁷.

Nie można wykluczyć, że w wypadku kolizji DMA i prawa konkurencji zgodność z zasadą *ne bis in idem* byłaby badana w sposób analogiczny do spraw z zakresu prawa konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że w wypadku postępowań na gruncie tych dwóch porządków prawnych dotyczących strażników dostępu, wysoce prawdopodobne byłoby stwierdzenie tożsamości zdarzeń i podmiotu. Zatem brak *idem* musiałby wynikać z odmienności chronionego interesu prawnego.

Chroniony interes prawny jest to dobro społeczne lub wartość społeczna, które dane ramy prawne lub ich część mają chronić i zachować³⁸.

Z projektu DMA wynika, że cele prawa konkurencji i rozporządzenia są odmienne – motyw 10: „Art. 101 i 102 TFUE oraz odpowiadające im krajowe reguły konkurencji dotyczące antykonkurencyjnych praktyk wielostronnych i jednostronnych, jak również kontroli połączeń przedsiębiorstw, mają na celu ochronę niezakłóconej konkurencji na rynku. Niniejsze rozporządzenie służy osiągnięciu celu, który ma charakter uzupełniający, lecz różny od celu polegającego na ochronie niezakłóconej konkurencji na danym rynku, określonego w prawie konkurencji, czyli służy zapewnieniu, aby rynki, na których działają strażnicy dostępu, były i pozostały kontestowalne i uczciwe, niezależnie od faktycznych, prawdopodobnych lub domniemanych skutków zachowania danego strażnika dostępu objętego niniejszym rozporządzeniem dla konkurencji na danym rynku. Niniejsze rozporządzenie ma zatem na celu ochronę innego interesu prawnego niż te przepisy i powinno pozostawać bez uszczerbku dla ich stosowania”³⁹.

Przepisy DMA nie precyzują jaki jest cel regulacji. Wskazują jedynie, że ma ona służyć zapewnieniu „uczciwości” i „kontestowalności”, nie definiując jednak tych pojęć (Petit, 2021, s. 5). Równocześnie obowiązki nakładane na strażników dostępu zmierzają do zwiększenia pewności

³⁵ Wyr. TS z 25.02.2021 r. w sprawie C-857/19 *Slovak Telekom A.S. przeciwko Protimonopolný Úrad Slovenskej Republiky* (ECLI:EU:C:2021:139), pkt 43.

³⁶ Wyr. TS z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation i in.*, (ECLI:EU:C:2012:72), pkt 97; wyr. TS z 25.02.2021 r. w sprawie C-857/19 *Slovak Telekom A.S. przeciwko Protimonopolný Úrad Slovenskej Republiky*, (ECLI:EU:C:2021:139), pkt 44.

³⁷ Nie jest to „twardy rdzeń prawa karnego” (zob. Szmigielski, 2018).

³⁸ Opinia Rzecznika Generalnego Michala Bobeka z 2.09.2021 r. w sprawie C-117/20 *bpost SA przeciwko Autorité belge de la concurrence* (ECLI:EU:C:2021:680).

³⁹ Regulacja ma mieć charakter komplementarny w stosunku do prawa konkurencji – zgodnie z motywem 9 projektu „niniejsze rozporządzenie ma na celu uzupełnienie egzekwowania prawa konkurencji”, także w uzasadnieniu wskazano, że „[DMA] stanowi uzupełnienie obecnie obowiązujących unijnych (i krajowych) reguł konkurencji”.

prawa użytkowników biznesowych, zapewnienia im sprawiedliwego traktowania, osiągnięcie konkurencji na platformie oraz umożliwienia wejścia na rynki potencjalnym konkurentom (Colomo, 2021). Ponadto jako cel regulacji wskazywana jest ochrona danych osobowych (Bazenov, 2021, s. 8). Uzasadnienie projektu rozporządzenia wskazuje, że jego przedmiotem są praktyki nieobjęte zakresem obowiązywania prawa konkurencji, ale także takie wobec których prawo konkurencji nie jest skuteczne, przede wszystkim ze względu na długotrwały charakter postępowań⁴⁰. Jednocześnie motyw 32 i 33 Rozporządzenia podkreślają, że pojęcie kontestowalności odnosi się do zdolności przedsiębiorstw do skutecznego pokonywania barier wejścia i rozwoju oraz do kwestionowania pozycji strażnika dostępu, a uczciwość dotyczy sytuacji braku równowagi między prawami a obowiązkami użytkowników biznesowych, w której to sytuacji strażnik dostępu uzyskuje nieproporcjonalną przewagę.

Tożsamość obowiązków, jakie mają być nakładane na strażników dostępu, z praktykami, które identyfikowane były dotychczas jako nadużycie pozycji dominującej przez organy ochrony konkurencji, świadczy o tym, że planowana regulacja w istocie służy realizacji tych samych lub bardzo zbliżonych celów co prawo konkurencji, jedynie innymi metodami (zwłaszcza jeśli nie postrzegamy prawa konkurencji jedynie jako instrumentu do zapewnienia efektywnej alokacji zasobów).

Bliskość celów obu regulacji może świadczyć o tożsamości chronionego przez nie dobra, co z kolei powinno zasadniczo skutkować wykluczeniem ich równoległego stosowania do tożsamych stanów faktycznych. Niewątpliwie kryteria stwierdzenia tożsamości interesu prawnego będą wymagały dalszego doprecyzowania w orzecznictwie, zwłaszcza że w żadnej ze spraw, w których TSUE badał kryteria zastosowania zasady *ne bis in idem* nie zostało dotychczas wyjaśnione jak należy je rozumieć (okoliczności spraw, których dotyczyły orzeczenia pozwalały na stwierdzenie braku *idem* już na podstawie braku tożsamości okoliczności faktycznych np. odmienności rynku).

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że TSUE stał przed możliwością ujednoczenia podejścia do zasady *ne bis in idem* w związku z postępowaniem w sprawie C-117/20 *bpost SA przeciwko Autorité belge de la concurrence*, w którym zostało zadane następujące pytanie prejudycjalne:

Czy zasadę ne bis in idem, taką jak zagwarantowana w art. 50 karty, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie nałożeniu przez właściwy organ administracji państwa członkowskiego grzywny za naruszenie europejskiego prawa konkurencji w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie, w której ta sama osoba prawna została już prawomocnie uniewinniona w sprawie, w której krajowy pocztowy organ regulacyjny nałożył na nią karę administracyjną za zarzucane naruszenie prawa pocztowego związane z tymi samymi lub podobnymi okolicznościami faktycznymi, ze względu na to, że nie zostało spełnione kryterium tożsamości chronionego interesu prawnego, ponieważ niniejsza sprawa dotyczy dwóch odrębnych czynów stanowiących naruszenie dwóch odrębnych ustawodawstw należących do dwóch odrębnych dziedzin prawa?

W sprawie 2 września 2021 rzecznik generalny, Michał Bobek, wydał opinię, w której jednoznacznie opowiada się za ujednoczeniem kryteriów dotyczących zastosowania zasady *ne bis in*

⁴⁰ Przedmiotem niniejszego wniosku są nieuczciwe praktyki stosowane przez strażników dostępu, które nie są objęte zakresem stosowania obecnie obowiązujących unijnych reguł konkurencji albo wobec których reguły te nie są skuteczne, mając na uwadze, że egzekwowanie przepisów w zakresie przeciwdziałania praktykom monopolistycznym dotyczy sytuacji na określonych rynkach, nieuchronnie ma miejsce po wystąpieniu ograniczającego zachowania lub zachowania stanowiącego nadużycie oraz wiąże się z przeprowadzeniem procedur dochodzeniowych w celu ustalenia nadużycia, co wymaga czasu.

idem i każdorazowym badaniem kryterium chronionego interesu prawnego niezależnie od dziedziny prawa, której sprawa dotyczy⁴¹.

Ostatecznie TSUE zastosował wykładnię odmienną od proponowanej przez Rzecznika Generalnego. Rozstrzygnięcie w tej sprawie jest istotne dla wyjaśnienia w jaki sposób prawo antymonopolowe stosuje się równoległe do regulacji sektorowych i (pomimo odmienności od tego typu regulacji) może także stanowić wskazówkę w przypadku kolizji stosowania prawa konkurencji i DMA (Zdzieborska i Ciubotaru, 2021). Zdaniem Trybunału możliwość komplementarnego zastosowania regulacji prawa konkurencji i regulacji sektorowej jest uzasadniona tym, że postępowania wszczęte przez organy służą celom uzupełniającym, których przedmiotem są różne aspekty tego samego bezprawnego zachowania

(...) należy zaznaczyć, że organy władz krajowych powinny mieć możliwość wyboru komplementarnych reakcji prawnych na zachowanie szkodliwe społeczne za pomocą różnych procedur stanowiących spójną całość, tak aby możliwa była całościowa odpowiedź na wszystkie aspekty danego problemu społecznego, z zastrzeżeniem jednak, że taka skumulowana, komplementarna reakcja prawna nie będzie stanowić nadmiernego obciążenia dla zainteresowanej jednostki. (...) Wobec powyższego fakt, że dwa postępowania służą odmiennym celom interesu ogólnego, których łączna ochrona jest słuszna, może zostać uwzględniony w ramach analizy proporcjonalności kumulacji postępowań i sankcji jako czynnik zmierzający do uzasadnienia tej kumulacji, pod warunkiem że te postępowania są komplementarne i że dodatkowe obciążenie, jakie stanowi wspomniana kumulacja, może być w ten sposób uzasadnione dwoma realizowanymi celami.⁴²

VII. Relacja prawa konkurencji i projektu rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – poziom instytucjonalny

Obok problemu zapewnienia podstawowych gwarancji prawnych przy równoległym stosowaniu reguł konkurencji i DMA, kolejną trudnością może być zapewnienie spójności rozstrzygnięć. Projekt rozporządzenia z grudnia 2020 r. przewidywał, że jedynym organem uprawnionym do egzekwowania przepisów będzie KE ze względu na ogólnoeuropejski zasięg platform internetowych, których dotyczy rozporządzenie oraz w celu uniknięcia fragmentacji regulacyjnej. KE odpowiedzialna byłaby zarówno za wyznaczanie strażników dostępu, jak i za przeprowadzanie badań rynkowych oraz prowadzenie postępowań i nakładanie kar. Taki scentralizowany model egzekwowania przepisów, a zwłaszcza ich wykonywanie w DG Comp w KE, pozwoliłby także na faktyczne koordynowanie działań podejmowanych na rynkach cyfrowych na gruncie przedmiotowych regulacji. Temu celowi służyć ma także wynikający z art. 38 ust. 3 DMA spoczywający na organach ochrony konkurencji obowiązek informowania KE o podjęciu wobec strażnika dostępu w rozumieniu DMA, środków dochodzeniowych na podstawie przepisów prawa konkurencji. Należy jednak zwrócić uwagę, że na etapie negocjacji rozporządzenia krajowe organy ochrony konkurencji twierdziły, że KE będzie wąskim gardłem w egzekucji, w związku

⁴¹ Opinia Rzecznika Generalnego Michala Bobeka z 2.09.2021 r. w sprawie C-117/20 *bpost SA przeciwko Autorité belge de la concurrence* (ECLI:EU:C:2021:680).

⁴² Wyrok z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20 *bpost SA przeciwko Autorité belge de la concurrence* (ECLI:EU:C:2022:202).

z czym proponowały decentralizację stosowania niektórych przepisów rozporządzenia jako sposób na wsparcie KE, a także na efektywne wykorzystanie posiadanych zasobów⁴³.

Brzmienie przyjęte przez Radę (*General approach*) w porównaniu z pierwotną propozycją z 15 grudnia 2020 r. zakładało pewien udział organów krajowych w egzekwowaniu DMA. Organy te miały zostać zobowiązane do współpracy oraz do informowania się wzajemnie o działaniach podejmowanych na podstawie omawianych przepisów, za pośrednictwem Europejskiej Sieci Konkurencji. Dodatkowo projekt zakłada możliwość przeprowadzania przez organy, wyposażone w odpowiednie instrumenty na podstawie przepisów krajowych, dochodzenia w sprawie ewentualnego nieprzestrzegania na jego terytorium art. 5 i 6 DMA (art. 32a ust. 6 General Approach), co pozwoliłoby odciążyć KE oraz wykorzystać zasoby posiadane przez krajowe organy antymonopolowe. Wyznaczanie strażników dostępu oraz egzekwowanie przepisów, w tym nakładanie kar nadal byłoby jednak wyłączną kompetencją KE.

Problem udziału organów antymonopolowych w stosowaniu rozporządzenia był jedną z głównych osi negocjacji między Radą, a PE. Propozycja PE zakładała dużo większą dyskrejonalność KE, która mogłaby zablokować możliwość nałożenia obowiązków na strażnika dostępu przez krajowy organ ochrony konkurencji na podstawie przepisów prawa konkurencji, w wypadku jeśli stałyby one w sprzeczności z rozporządzeniem lub decyzją KE wydaną na podstawie rozporządzenia, a nawet dopiero planowaną przez KE⁴⁴.

Ostateczny kompromis zakłada, że KE oraz organy państw członkowskich odpowiedzialne za egzekwowanie reguł konkurencji będą ze sobą współpracować oraz informować się wzajemnie o podejmowanych działaniach w zakresie egzekwowania prawa za pośrednictwem Europejskiej Sieci Konkurencji. Krajowe organy antymonopolowe będą zobowiązane do udzielania KE wsparcia w zakresie przeprowadzania badania rynku na podstawie rozporządzenia (art. 38 ust. 6 DMA). Dodatkowo organy krajowe w przypadku przyznania im na podstawie przepisów wewnętrznych odpowiednich kompetencji i uprawnień, będą mogły przeprowadzać badania w sprawie ewentualnego nieprzestrzegania na ich terytorium art. 5, 6 i 7 rozporządzenia (informując o podjętych działaniach KE). Tego typu postępowania będą miały na celu usprawnienie prac KE, która pozostanie jednak jedynym organem egzekwującym rozporządzenie (art. 38 ust. 7 DMA). Wszczęcie postępowania przez KE będzie pozbawiało organ krajowy możliwości prowadzenia takiego badania.

VIII. Podsumowanie

W nadchodzących latach jednym z największych wyzwań, z jakimi przyjdzie się zmierzyć organom regulacyjnym będzie powstrzymanie przedsiębiorców *Big tech* zniwelowaniem konkurencji na rynkach cyfrowych w praktycznie nieodwracalny sposób, co będzie wymagało skutecznego i szybkiego działania. Znacząco niższy standard, jaki musi zostać spełniony by zastosować przepisy DMA, jego ponadnarodowy zasięg oraz uprzedzający charakter, najprawdopodobniej spowodują, że narzędzia wynikające z rozporządzenia będą podstawowymi środkami stosowanymi w celu regulacji cyfrowych gigantów.

⁴³ Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union. Przyjęty na ECN Directors General's meeting, 22.06.2021. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf.

⁴⁴ Amendments adopted by the European Parliament on 15 December 2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD))(1) art. 31 ust. 3.

Jednocześnie przewagą prawa konkurencji jest elastyczność i zdolność do radzenia sobie z tym co niespodziewane, wynikająca z uniwersalnego charakteru przepisów. W związku z tym będzie ono stanowić „siatkę bezpieczeństwa” dla DMA, znajdując zastosowanie w przypadku praktyk nieobjętych regulacją (ewentualnych luk) oraz pozwalając na dynamiczne reagowanie na nowe zachowania platform, czyniąc cały system odpornym na dynamiczne zmiany charakterystyczne dla rynków cyfrowych⁴⁵.

Bibliografia

- Bazenov, P. (2021). The Digital Markets Act (DMA): A Procompetitive Recalibration of Data Relations? *Journal of Law, Technology and Policy*, 2022(1). Pozyskano z: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3970101>.
- Colomo, P.I. (2021). The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(7).
- Dunne, N. (2021). The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment. *LSE Legal Studies Working Paper*, (09). Pozyskano z: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871315>.
- Heinemann, A. (2021). Competition law in need for speed. *Concurrences*, (4).
- Herrera, J. i Esteves, F. (2020). *Digital Markets Act : impact assessment support study : executive summary and synthesis report*. Publications Office. Pozyskano z: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/791349>.
- Isaac, H. i Chrétien, J. (2021). *Digital Markets Act: A revolution or a legal contradiction?*, Renaissance Numérique. Pozyskano z: https://www.renaissancenumerique.org/system/attach_files/files/000/000/285/original/Renaissance_Nume%CC%81rique-NOTE_DMA_English.pdf?1617294205 (20.02.2022).
- Kominos, A. (2021). The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement. W N. Charbit, S. Gachot (red.), *Eleanor M. Fox Liber Amicorum: Antitrust Ambassador to the World*. Institute of Competition Law.
- Małobęcka-Szwast, I. (2018). Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako nadużycie pozycji dominującej? Postępowanie Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi, *IKAR*, 8(7).
- Mantzari, D. (2020). Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications for Digital Markets. *Journal of European Competition Law & Practice*, 11(9). Pozyskano z: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa045>.
- Nazzini, R. (2020). Standard of Foreclosure under Article 102 TFEU and the Digital Economy. *King's College London Law School Research Paper*. Pozyskano z: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3650837>. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3650837> (20.02.2022).
- Petit, N. (2021). *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*. Pozyskano z: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3843497> (20.02.2022).
- Szmigielski, A. (2018). Między skutecznością równoległego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej a ochroną praw podstawowych – rozważania o zakazie podwójnego karania w jednym postępowaniu antymonopolowym w świetle sprawy C-617/17. PZU. *EPS*, (9).
- Van den Bergh, R. i Weber, F. (2021). The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law? *World Competition*, 44(1).
- Zdzieborska, M. i Ciubotaru, S. (2021). There and Back Again: Towards a Coherent Ne Bis In Idem Principle In EU, *Kluwer Competition Law Blog*. Pozyskano z: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/09/14/there-and-back-again-towards-a-coherent-ne-bis-in-idem-principle-in-eu-law/> (20.02.2022).

⁴⁵ DMA przewiduje możliwość aktualizacji obowiązków, jednak proces ten będzie długotrwały, ze względu na to, że jedynie w pewnych obszarach będzie dokonywany na podstawie aktów delegowanych, a w pozostałych będzie wymagał wypracowania politycznego porozumienia.