

Antitrust Alert



W NUMERZE:

- Na czym polega ruch określany przez jego przeciwników mianem hipster antitrust?
- Czy Komisja Europejska zmodyfikuje reguły wyznaczania rynku właściwego określone obwieszczeniem z 1997 r.?
- Das Kartell – nowa zmowa na rynku samochodowym
- Zero szans na zero-rating?

NA CZYM POLEGA RUCH OKREŚLANY PRZEZ JEGO PRZECIWNIKÓW MIANEM HIPSTER ANTITRUST?

#konkurencja #hipster_antitrust #big_tech

Maciej Majewski

Hipster antitrust – wprowadzenie

Opis ruchu będącego przedmiotem niniejszego tekstu poprzedzić należy uwagą terminologiczną. Jak wskazano w tytule, nazwa *hipster antitrust* nie została nadana wskazanemu ruchowi przez jego założycieli ani członków. Wprost przeciwnie, określeniem tym pierwotnie posłużono się w wypowiedzi o charakterze de facto prześmiewczym[1]. Jej autor sugerował, że członkowie wspomnianego ruchu przedstawiają jako atrakcyjne pomysły oraz rozwiązania stare i – w domyśle – takie, które nie sprawdziły się w praktyce. Z tego też powodu ukute sformułowanie część osób postrzega nawet jako pejoratywne.

Sami zainteresowani najczęściej mówią o sobie oraz swojej inicjatywie, używając terminu *new Brandeis movement* lub *neo-Brandeis movement*. Z tego też powodu to właśnie tym określeniem autor będzie posługiwał się w dalszej części tekstu (zamiennie ze skrótem NBM). Wskazane nazwy utworzone zostały od nazwiska znanego amerykańskiego prawnika Louisa Brandeisa, żyjącego na przełomie XIX i XX w., który w latach 1916–1939 pełnił funkcję członka Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. W swojej działalności często i jednoznacznie wyrażał się negatywnie o funkcjonowaniu na rynku monopoli gospodarczych[2]. Mówiąc w uproszczeniu, to właśnie ta niechęć do nadmiernej koncentracji prywatnej siły i władzy, jaką dają monopole, wydaje się kluczowym punktem wspólnym w poglądach przywołanego sędziego oraz przedstawicieli NBM.



Neo-Brandeis movement – geneza

Początek ruchu NBM najczęściej utożsamiany jest z ukazaniem się w 2017 r. w „The Yale Law Journal” publikacji pt. *Amazon’s Antitrust Paradox* autorstwa Liny M. Khan. Należy jednak wskazać, za samą autorką, że w istocie stanowiska bliskie jej własnemu wyrażane były w nauce prawa amerykańskiego także wcześniej[3]. To jej artykuł jednak bezsprzecznie doprowadził do ich nagłośnienia. Warto zwrócić przy tym uwagę również na sam tytuł przywołanej pracy. Nawiązuje on do książki pt. *The Antitrust Paradox* pióra Roberta Borka, z którego poglądami i spojrzeniem na rolę prawa konkurencji Khan oraz członkowie ruchu NBM silnie polemizują.



Robert Bork był przedstawicielem tzw. szkoły chicagowskiej, tj. kręgu osób zajmujących się nauką o ekonomii i prawie skupionych wokół uniwersytetu w Chicago. W zakresie prawa konkurencji jej członkowie prezentowali – i czynią to także dzisiaj[4] – pogląd mówiący, że nadrzędnym (o ile nie jedynym) interesem, na którego straży stoją normy amerykańskiego prawa antymonopolowego, jest dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*). W tym ujęciu na dalszy plan schodzi prawna ochrona konkurencji jako takiej, tj. określonego stanu i ukształtowania

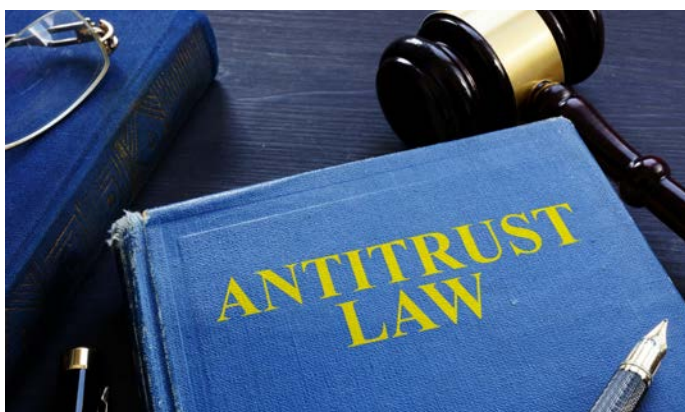
[1] Zgodnie przyjmuje się, że pierwszy raz pojęciem tym posłużył się Konstantin Medvedovsky w ramach wpisu w portalu Twitter (treść wpisu: *Antitrust hipsterism. Everything old is cool again*).

[2] Miał wypowiedzieć m.in. zdanie „Możemy mieć demokrację lub majątek skupiony w rękach nielicznych, ale nie możemy mieć obu” (tłum. własne).

[3] Zob. m.in. L.M. Khan, Book Review. *The End of Antitrust History Revisited. The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age. By Tim Wu*, „Harvard Law Review”, vol. 133, s. 1671.

[4] Oczywiście spojrzenie przedstawicieli wskazanej szkoły na pewne szczegółowe zagadnienia na przestrzeni lat mogło ulec pewnej zmianie. Nie mogła być ona jednak bardzo istotna, jeśli weźmie się pod uwagę to, że naukowcy głoszący potrzebę rewizji niektórych aspektów w myśleniu szkoły chicagowskiej okrzyknięci zostali mianem przedstawicieli nowej szkoły – postchicagowskiej.

rynku. Zdaniem przedstawicieli szkoły chicagowskiej nadmierna ingerencja państwa w strukturę rynku prowadzić może bowiem do utrzymywania się na nim przedsiębiorców nieefektywnych, niebędących w stanie zaoferować produktów równie tanich jak ich konkurenci. Zwolennicy takiego podejścia upatrują jego zalet w tym, że ma ono „obiektywizować” prawo konkurencji, wyposażając osoby stosujące prawo w instrumenty pozwalające łatwo, w sposób powtarzalny i – w założeniu – bezstronnie zmierzyć wpływ planowanych lub podjętych przez przedsiębiorców zachowań na dobrobyt konsumentów, a przez to określić, czy są one sprzeczne czy też zgodne z prawem konkurencji. Prawo konkurencji traktują oni konsekwentnie jako dziedzinę, która stanowić powinna przedmiot zainteresowania specjalistów posiadających wiedzę prawniczą i ekonomiczną.



Członkowie ruchu NBM nie zgadzają się w zasadzie z samym fundamentem, na którym oparte zostały założenia szkoły chicagowskiej. W ich ocenie nie można uznać za trafne stwierdzenia, że nadrzędną wartością prawa antymonopolowego jest jedynie zapewnienie dobrobytu konsumentów. Odwołując się do początku regulacji antytrustowych w Stanach Zjednoczonych, eksponują oni rolę prawa antymonopolowego jako narzędzia mającego zapewnić funkcjonowanie w państwie sprawiedliwych (możliwie korzystnych dla ogółu społeczeństwa) warunków społeczno-gospodarczych. Bywa, że prawo konkurencji postrzegają jako swoiste „przedłużenie” prawa konstytucyjnego, determinującego przecież sam ustrój kraju. Ich zdaniem problemy takie jak konkurencyjność, nierówność przychodów, prawa konsumenta, bezrobocie czy wielkość wynagrodzeń wcale nie powinny pozostawać poza zakresem zainteresowania prawa konkurencji. Wskazują oni, że tylko prawidłowa struktura rynku, zapewniająca możliwość rzetelnego konkurowania, pozwoli na osiągnięcie poprawy we wskazanych obszarach. Koncentrowanie analiz prawnych wyłącznie na efektach krótkoterminowych, np. zmianach cenowych i doraźnych korzyściach konsumentów, uważają za zgubne. W tym zakresie dowodzą, że wdrażane przez ostatnie kilkadziesiąt lat w praktyce postulaty szkoły chicagowskiej doprowadziły do ogromnej polaryzacji na rynku i powstania

podmiotów prywatnych o takiej potędze ekonomicznej, że konkurowanie z nimi jest zwyczajnie nierealne. Co więcej, ich pozycja pozbawia w zasadzie wszystkich ich kontrahentów jakiegokolwiek zdolności negocjacyjnej, o konsumentach nie wspominając.

To właśnie sprzeciw wobec obecnego kształtu i stanu amerykańskiego rynku wydaje się głównym motorem napędowym nowego ruchu. Na podstawie przykładów z ostatnich lat przedstawiciele NBM starają się jednocześnie podważyć dotychczasowe przekonanie, że instrumentarium zaproponowane przez szkołę chicagowską uznać można za w pełni efektywne, a w niektórych przypadkach – w ogóle przydatne w analizie pewnych problemów. Tłumaczą m.in., że część teoretycznych koncepcji tej szkoły okazała się zawodna. Przykładowo założenie o wchodzeniu na rynek nowych podmiotów oferujących lepsze warunki w odpowiedzi na nadużywanie pozycji i siły rynkowej przez innego uczestnika zawiodło w związku z faktem, że nie uwzględnia ono wielu faktycznych trudności i przeszkód, jakie w takiej sytuacji napotkać mogą nowi przedsiębiorcy (abstrahując od niekiedy wręcz kolosalnych barier wejścia). Argumentacja tego rodzaju formułowana jest zwłaszcza w kontekście sytuacji na rynku towarów i usług cyfrowych lub świadczonych online, na którym firmy określane potocznie mianem *big tech* dyktować mają swobodnie wszelkie warunki współpracy (jako kontrahenci), prowadzenia działalności (jako dostawcy platform) itp. Członkowie ruchu NBM obwiniają za ten stan rzeczy dotychczasowe nazbyt technokratyczne w ich ocenie podejście do prawa konkurencji. Postulują oni jego „demokratyzację” poprzez z jednej strony otwarcie debaty o jego kształcie także na osoby nieposiadające specjalistycznej wiedzy prawnej i/lub ekonomicznej, a z drugiej poprzez dążenie do uformowania rynku na kształt ustroju demokratycznego, tj. zapewnienie między jego uczestnikami odpowiednika mechanizmu kontroli i równowagi (ang. *checks and balances*), który charakteryzuje prawidłowy rozkład władzy i kompetencji w państwie. Miałyby on uniemożliwiać skupianie zbyt wielkiej władzy w jednym lub kilku ośrodkach, w tym przypadku prywatnych (zbyt duże możliwości, działanie poza jakąkolwiek kontrolą). Przedstawiciele ruchu NBM zwracają przy tym uwagę, że w zasadzie nic tak bardzo nie kształtuje bezpośrednio doświadczeń obywateli konkretnego kraju (w różnych dziedzinach) jak właśnie struktura rynku. Dlatego również na tej płaszczyźnie jednostkom powinno się zapewnić autonomię i wolność od nacisku innych podmiotów prywatnych.

Stan debaty

Propozycje przedstawicieli ruchu NBM spotkały się w Stanach Zjednoczonych ze zróżnicowanym odzewem. Części osób przedstawiane postulaty wydały się nowatorskie i bardzo interesujące. Inne z kolei uznały je a *limine* za całkowicie

niedorzeczne. Przeciwnicy omawianego podejścia zwracają przede wszystkim uwagę na to, że według rozumowania członków ruchu NBM dbanie o strukturę rynku mogłoby wymagać podejmowania przez organ antymonopolowy nawet takich działań, które byłyby jednoznacznie niekorzystne dla konsumentów. Co więcej, ich zdaniem wszystkie inne niż dobrobyt konsumentów przesłanki i/lub kryteria, na podstawie których przedstawiciele ruchu NBM chcieliby podejmować decyzje o ewentualnej interwencji antymonopolowej, są w ogromnym stopniu subiektywne i uznaniowe. Przyjęcie ich skutkowałoby niechybnie daleko idącą niepewnością prawa, a przez to wywołałoby tzw. efekt mrożący. W związku z tym przeciwnicy ruchu NBM zarzucają jego przedstawicielom upolitycznianie instrumentów prawa antymonopolowego. Znaczenie dla kontroli mogłyby mieć takie niejednoznaczne zagadnienia, jak kwestie środowiskowe, prawa pracownicze czy inne aktualnie medialne problemy. Powiązanych z nimi wartości nie da się natomiast w żaden sposób obiektywnie zmierzyć. Kluczowe wydaje się też zwrócenie uwagi na fakt, że przeciwnicy ruchu NBM nierzadko utożsamiają go zwyczajnie z powrotem do dawnych standardów amerykańskiego prawa konkurencji (a nie np. z ich adaptacją). Argumenty i stanowiska krytyczne opierane są więc raczej na negatywnej ocenie przypadków historycznych i założeniu, że nowe propozycje doprowadzą do takich samych jak kiedyś rezultatów.

Mimo tych wszystkich zarzutów zwolennicy zmiany podejścia do roli prawa konkurencji nie dają za wygraną. Swoim oponentom odpowiadają m.in., że są świadomi zarzutów, jakie stawiane były prawu antymonopolowemu przed erą chicagowską, i nie postrzegają „decentralizacji” rynku jako celu samego w sobie. Dodają też, że broniona przez „chicagowców” teoria cen stanowiąca podstawę do analiz dobrobytu konsumenta może i dała prawnikom pewne narzędzia, jak rozumieć i stosować określone normy prawa konkurencji, ale – niejako tylnymi drzwiami – wprowadziła też stałe, a nie zawsze prawidłowe, założenia o zachowaniach uczestników rynku, w tym o zachętach, przyczynowości i skutkach (ang. *incentives, causality, effects*). Założenia te nigdy nie zostały zrewidowane, mimo że wydaje się, iż dziś są ku temu podstawy. Kwestionować można przynajmniej niektóre z nich – w całości, w pewnym zakresie lub w pewnych kontekstach. Poza tym teoria cen w ogóle nie odwołuje się do kryteriów pozaekonomicznych, co uniemożliwia jakikolwiek, chociażby szacunkowy, wpływ na analizy antymonopolowe takich kryteriów jak słuszność czy uczciwość. Jeśli chodzi natomiast o kryteria ekonomiczne, to mimo ich rzekomej obiektywności wcale nie są one proste w stosowaniu. W niektórych wypadkach nakładają one na organ ciężar dowodowy wręcz niemożliwy do udźwignięcia.



Podejście europejskie

Europejscy komentatorzy toczącej się w USA debaty zwracają uwagę, że w Unii Europejskiej pojęcie dobrobytu konsumenta w zasadzie nigdy nie było definiowane tak wąsko, jak proponowali to przedstawiciele szkoły chicagowskiej. Standard ten obejmował także inne parametry konkurencji niż końcowa cena produktu lub przynajmniej nie była ona jedynym kryterium brany pod uwagę. Znaczenie dla analizy antymonopolowej mogło mieć np. to, czy porozumienie albo koncentracja nie wpłyną negatywnie na chęć i potrzebę innowacji u przedsiębiorców. Tę inną perspektywę prawa europejskiego widać chociażby w nazwach aktów prawnych i przepisach, które odnoszą się do celów prawa antymonopolowego. W Polsce np. ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprost stanowi, że „określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji [jako takiej – przyp. aut.] oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”.

Na gruncie prawa unijnego przyjmuje się, że do każdego konkretnego przypadku stworzyć należy właściwą, zindywidualizowaną teorię szkody (ang. *theory of harm*). Szkada ta nie może jednak polegać wyłącznie na wystąpieniu jakiegoś ogólnego, niesprecyzowanego negatywnego skutku. To elastyczne podejście pozwoliło Komisji Europejskiej karać m.in. właśnie podmioty z sektora *big tech* za działania, za które w USA nie wyciągnięto wobec nich żadnych konsekwencji. Nie znaczy to jednak, że w Europie tematyka celów prawa anty-monopolowego została wyczerpana. Wręcz przeciwnie, dyskusja w tym zakresie zaczyna przybierać na sile. Przyczynkiem do niej są m.in. daleko idące zmiany technologiczne przekładające się na odmienny sposób funkcjonowania niektórych rynków, zwłaszcza cyfrowych, na których funkcjonuje m.in. cały szereg produktów udostępnianych konsumentom bezpłatnie. Z drugiej strony największy wpływ na praktyczne zasady stosowania europejskiego prawa konkurencji w najbliższym czasie będzie mieć prawdopodobnie wdrażana przez kraje unijne polityka zrównoważonego rozwoju (ang. *sustainability*). Póki co – nieco na przekór obawom przeciwników ruchu NBM – w Europie dyskusja w przedmiocie uwzględniania założeń *sustainability* w ramach prawa konkurencji zmierza jednak przede wszystkim do liberalizacji jego założeń. Wartość w postaci działania na rzecz środowiska usprawiedliwiać ma zachowania, które w innym wypadku mogłyby zostać uznane za naruszenie prawa konkurencji (szerzej o tym wątku pisaliśmy z kolei [w czerwcowym wydaniu newslettera](#)).

Konkluzje

Postulaty wysuwane przez przedstawicieli ruchu NBM z pewnością stanowią interesujący wkład w dyskusję o pożądanym kształcie i priorytetach prawa antymonopolowego. Wywołana przez jego członków debata publiczna toczy się wprawdzie głównie w Stanach Zjednoczonych, jednak jej echa wyraźnie dobiegają także do Europy. Mając na uwadze trwający obecnie proces dostosowywania przez Komisję Europejską prawa antymonopolowego do potrzeb nowoczesnej, cyfrowej gospodarki oraz założeń Europejskiego Zielonego Ładu (np. sprawiedliwe społeczeństwo, zasobooszczędna gospodarka, ochrona zdrowia i dobrostanu obywateli), należy zakładać, że unijne i krajowe organy będą uważnie śledzić rozwój wypadków za oceanem. Konstatacja ta dotyczy w szczególności działającego w Polsce Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Pracownicy urzędu analizują nowe trendy zarówno w ramach własnych wewnętrznych analiz, jak i we współpracy z przedstawicielami urzędów innych państw europejskich na forum Europejskiej Sieci Konkurencji. Argumenty podnoszone tak przez zwolenników, jak przez przeciwników omówionego w niniejszym tekście podejścia mogą więc okazać się pomocne nawet w ramach już toczących się w Polsce postępowań (np. jako kontrargumentacja wobec stanowiska reprezentowanego w konkretnej sprawie przez organ lub innego uczestnika rynku). Chociażby z tego względu z pewnością nie należy a priori deprecjonować wypowiedzi ani jednej, ani drugiej strony.



CZY KOMISJA EUROPEJSKA ZMODYFIKUJE REGUŁY WYZNACZANIA RYNKU WŁAŚCIWEGO OKREŚLONE OBWIESZCZENIEM Z 1997 R.?

#konkurencja #rynek_właściwy #Komisja_Europejska

Maciej Majewski

Rynek właściwy i jego znaczenie dla analiz antymonopolowych

Rynek właściwy stanowi unikatową dla prawa konkurencji konstrukcję prawną. Służy ona identyfikacji podmiotów pozostających w stosunku konkurencji z przedsiębiorcą, którego zachowanie poddaje analizie organ antymonopolowy. Na rynek właściwy składają się dwa aspekty: geograficzny oraz produktowy. Rynkiem właściwym jest więc taki rynek, na którym oferowane produkty postrzegane są jako zamienne lub substytucyjne (aspekt produktowy) i które funkcjonują na obszarze, gdzie warunki konkurencji są w odpowiednim stopniu homogeniczne i mogą być odróżnione od warunków na innych terytoriach, na których są one odczuwalnie odmienne (aspekt terytorialny). Prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego ma kluczowe znaczenie m.in. dla oceny dopuszczalności koncentracji przedsiębiorstw oraz identyfikacji przedsiębiorców posiadających na nim pozycję dominującą.



Jak wskazuje sama Komisja, badanie rynku właściwego nie jest konieczne przy każdej kontroli antymonopolowej. O ile jest ono niezbędne w przypadku wspomnianych postępowań koncentracyjnych oraz w sprawach nadużywania pozycji dominującej, o tyle przy niektórych porozumieniach zakazanych przez prawo

konkurencji określanie tego rynku jest wręcz niecelowe (np. odnośnie do pewnych porozumień zakazanych ze względu na przedmiot). Przykładowo ograniczenie zakazu porozumień horyzontalnych tylko do uzgodnień między konkurentami definiowanymi przez pryzmat rynku właściwego wykluczyłoby możliwość karania przedsiębiorców działających na różnych obszarach, którzy uzgodnili, że nie dokonają ekspansji na terytorium zajmowane przez drugiego z nich. Do problemu tego wprost odnoszą się zresztą tzw. wytyczne horyzontalne Komisji[1], które już w pierwszym punkcie wskazują, że „(...) wytyczne te obejmują także horyzontalne porozumienia kooperacyjne pomiędzy stronami niebędącymi konkurentami, np. pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami, które prowadzą działalność na tych samych rynkach produktowych, ale na różnych rynkach geograficznych, i nie są potencjalnymi konkurentami”. Jak widać, w celu zapewnienia skuteczności prawa konkurencji w odniesieniu do niedozwolonych porozumień konieczne okazało się nie tylko zrezygnowanie z powiązania pojęcia konkurenta z rynkiem właściwym, ale także objęcie zakazem uzgodnień między podmiotami niebędącymi nawet tylko potencjalnymi konkurentami[2].

Nowa definicja rynku właściwego – zarys inicjatywy

W marcu 2020 r. Komisja Europejska rozpoczęła proces ewaluacji obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.Urz.UE C 372 z 09.12.1997 r., s. 5–13; dalej: **Obwieszczenie**). Zamierzeniem ewaluacji było pozyskanie przez Komisję danych o tym, na ile skutecznie i efektywnie Obwieszczenie realizuje określone, wytyczone sobie przez Komisję cele. Przyjmując Obwieszczenie w 1997 r., Komisja zmierzała przede wszystkim do wyposażenia przedsiębiorców i prawników w skuteczne narzędzie pozwalające samodzielnie określić rynek właściwy

[1] Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.Urz.UE. C 11 z 14.01.2011 r., s. 1–72).

[2] Jeszcze do ok. 2010 r. prawo unijne, definiując termin „konkurent” wskazywało, że jest to „obecny lub potencjalny dostawca na rynku tego samego produktu” (zob. art. 1 lit. a dawnego rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.Urz.UE. L 336 z 29.12.1999 r., oraz pkt 26 również nieobowiązującego już obwieszczenia Komisji Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz.UE. C 291 z 13.10.2000 r., Polskie wydanie specjalne: Rozdział 08 Tom 001, s. 390–433). Powiązanie definicji z rynkiem właściwym przejawiało się więc poprzez wymóg stwierdzenia co najmniej potencjalnego stosunku konkurencji między zawierającymi porozumienie przedsiębiorcami.

na potrzeby wewnętrznych analiz antymonopolowych (poprzez przedstawienie stosowanej przez siebie samą metodologii). Narzędzie takie z jednej strony pozwoliłoby uniknąć naruszeń prawa przez uczestników rynku, a z drugiej zmniejszyłoby koszty weryfikacji zgodności z prawem podejmowanych inicjatyw.

Pomysł rewizji Obwieszczenia wpisuje się w szerszą kampanię Komisji Europejskiej na rzecz dostosowania unijnego prawa konkurencji do potrzeb nowoczesnej gospodarki. Najogólniej rzecz ujmując, wyniki ewaluacji miały pomóc w odpowiedzi na pytania, czy dokument taki jak Obwieszczenie nadal może być dla unijnego społeczeństwa przydatny oraz czy i w jakim zakresie zachodzi potrzeba jego uaktualnienia. Przyczynkiem do stawiania tego rodzaju pytań jest przede wszystkim błyskawiczny rozwój sektora usług, ze szczególnym uwzględnieniem usług świadczonych za pośrednictwem sieci Internet (także nieodpłatnie). Dodatkowych wątpliwości nastrocza fakt powiązania ze sobą poszczególnych usług oraz występowania między nimi zależności, które rzutować mogą na postrzeganie przez klientów ich substytucyjnego (lub nie) charakteru. Co więcej, w wielu przypadkach świadczenie usług wprost powiązane jest także z zakupem określonych towarów, których funkcjonalności powiązane są z dostarczaniem przez producentów aplikacjami. Wszystkie te okoliczności sprawiają, że zdaniem Komisji zachodzi istotna wątpliwość, czy Obwieszczenie w wersji z 1997 r. może być pomocne przy analizie tego rodzaju spraw związanych z rynkiem cyfrowym, w tym zwłaszcza z tzw. platformami wielostronnymi (ang. *multisided platforms*) [3]. Jako drugą przyczynę podjęcia się ewaluacji obowiązującego dokumentu Komisja wskazuje rozwój praktyki decyzyjnej i orzeczniczej, jak również postępy w nauce prawa konkurencji dokonane w literaturze. Uwzględnienie nowszych poglądów oraz stanowisk mogłoby w istotny sposób ubogacić obecne Obwieszczenie.



Sposób przeprowadzenia oraz wyniki ewaluacji

Ewaluacja Obwieszczenia została przygotowana na podstawie danych zebranych kilkoma metodami. Zorganizowane zostały konsultacje publiczne, o opinię w sprawie poproszono krajowe organy ochrony konkurencji należące do Europejskiej Sieci Konkurencji, podmiotom eksperckim z sektora prywatnego zlecone zostało także przeprowadzenie badania pomocniczego, a wreszcie dla pracowników Komisji zorganizowano tematyczne warsztaty i spotkania. 12 lipca 2021 r. ukazał się dokument roboczy zawierający podsumowanie i analizę zgromadzonych przez Komisję stanowisk, informacji i postulatów [4]. Do kluczowych konkluzji, które pojawiły się w raporcie, zaliczyć można następujące twierdzenia:

- w dalszym ciągu istnieje potrzeba zapewnienia uczestnikom rynku przewodnictwa po problematyce wyznaczania rynku właściwego;
- reguły przewidziane Obwieszczeniem powinny lepiej odzwierciedlać rozwój technologiczny i ekonomiczny, który zmienił zasady funkcjonowania niektórych rynków – uwzględnienia wymagają przede wszystkim problemy związane z platformami wielostronnymi, rynkami w „cyfrowych ekosystemach”, oceną konkurencji online i offline (w tym e-commerce), nowymi barierami wejścia, rosnącym znaczeniem czynników pozacenowych (np. wytwarzanie produktów w sposób odpowiadający zasadom zrównoważonego rozwoju), a także kosztami przestawienia się na innego dostawcę lub odbiorcę (ang. *switching costs*), obejmującymi przenoszalność danych, interoperacyjność, prywatność oraz efekty sieci (ang. *network effects*);
- Obwieszczenie powinno lepiej uwzględniać fakt, że zasady określania rynku właściwego mogą kształtować się różnie w zależności od rodzaju prowadzonej analizy (pod kątem koncentracji albo praktyk naruszających prawo konkurencji) i w sprawach dotyczących tej samej działalności gospodarczej prowadzić mogą ostatecznie do wyznaczenia odmiennych co do zakresu rynków właściwych;
- aktualizacji wymagają zasady oceny substytucyjności popytu – przykładowo nie do każdej kategorii produktów i/lub rynków możliwe jest zastosowanie testu SSNIP [5], w związku z czym konieczne jest zastąpienie go inną metodą oceny, np. testem SSNDQ [6] albo SSNIC [7] (np. przy rynku usług darmowych);

[3] Platformę wielostronną czy też firmę działającą na rynku wielostronnym definiuje się najczęściej jako obsługującą dwie lub więcej rozłącznych, choć wzajemnie komplementarnych, grup klientów (więcej na temat platform wielostronnych zob. np. T. Doligalski, *Platformy wielostronne: istota i rozwój relacji z klientami*, źródło: <http://www.e-mentor.edu.pl/arttykul/index/numer/48/id/994>, dostęp: 06.09.2021 r.).

[4] Dokument SWD(2021) 199 final, Commission Staff Working Document – Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997.

[5] Test zachowania klientów w przypadku nieznacznego, ale odczuwalnego i nieprzemijającego wzrostu cen (ang. *small but significant and non-transitory increase in price*). Polska wersja językowa Obwieszczenia posługuje się tłumaczeniem „mały, stały wzrost cen”.

[6] Analogiczny test w przypadku nieznacznego, ale odczuwalnego i nieprzemijającego spadku jakości (ang. *small but significant and non-transitory decrease in quality*).

[7] Analogiczny test w przypadku nieznacznego, ale odczuwalnego i nieprzemijającego wzrostu kosztów (ang. *small but significant and non-transitory increase in cost*).

- rozwinięcia wymagają reguły ustalania udziałów w rynku podmiotów działających na rynkach cyfrowych, z uwagi na to, że nie zawsze możliwe jest posłużenie się takimi miernikami jak wielkość czy wartość sprzedaży (albo nie są one najlepszymi możliwymi miernikami);
- dodatkowe wyjaśnienia należy sformułować wobec rynków tzw. produktów pobocznych[8] (ang. *aftermarkets*);
- pożądane są dodatkowe wskazówki w zakresie określania rynków właściwych w sektorach, w których konkurencja oparta jest na intensywnej innowacji (w tym też np. presja rynkowa ze strony podmiotów spoza danego rynku produktowego).

Perspektywy

Lektura dokumentu roboczego podsumowującego procedurę ewaluacji Obwieszczenia nie pozostawia większych złudzeń co do rozpoczęcia przez Komisję prac nowelizacyjnych. W konkluzjach Komisja wprost przyznaje, że przeprowadzone konsultacje i badania wykazały jednoznacznie, że Obwieszczenie w obecnym brzmieniu nie odzwierciedla w pełni najlepszych aktualnych praktyk i standardów w zakresie wyznaczania rynków właściwych w praktyce organów i sądów. W wielu aspektach pomija także zagadnienia, które w dzisiejszych realiach społeczno-gospodarczych wymagają co najmniej pewnego komentarza, jeśli już nie rozstrzygnięcia (zob. s. 68

dokumentu roboczego). Konstatacja ta wiąże się z kolejną obserwacją poczynioną przez autorów podsumowania ewaluacji Obwieszczenia – mianowicie o tym, że w niektórych obszarach związanych z definiowaniem rynku właściwego nie postępowania i oceny. Aktualizacja Obwieszczenia nie powinna więc sprowadzać się wyłącznie do internalizacji istniejących rozwiązań i pomysłów, ale powinna zapewniać „otwarty” charakter tego dokumentu. W ten sposób będzie on zorientowany także na przypadki i problemy nierozstrzygnięte, w tym – optymalnie i w miarę możliwości – także takie, których potencjalne wątpliwe zagadnienia nie zostały jeszcze wyczerpująco zidentyfikowane. Również w tym zakresie Komisja będzie jednak działać z uwzględnieniem kluczowego założenia, zgodnie z którym nowe rozwiązania muszą pozostawać w pełnej spójności z innymi aktami opracowywanymi obecnie w ramach inicjatywy dostosowania unijnego prawa konkurencji do potrzeb nowoczesnej gospodarki.

W świetle powyższego pozostaje bacznie śledzić dalsze poczynania Komisji dotyczące wprowadzania zmian w Obwieszczeniu. Już teraz jednak opracowane w ramach procedury ewaluacji dokumenty dostarczają cennej wiedzy oraz wglądu w perspektywę unijnego organu ochrony konkurencji. Można zakładać, że dalsze wskazówki istotne dla przedsiębiorców pojawią się na kolejnych etapach prac Komisji.

[8] Trudno znaleźć dobre tłumaczenie słowa *aftermarket* na język polski. Przez rynek produktów pobocznych rozumieć należy rynek produktów, na które zapotrzebowanie wynika z popytu na inny, „trwały” produkt. Produktami pobocznymi będą np. akcesoria, zamienniki albo usługi posprzedażne.



DAS KARTELL – NOWA ZMOWA NA RYNKU SAMOCHODOWYM

#konkurencja #komisjaeuropejska #spaliny

Krzysztof Witek

Das Kartell

Początek tegorocznych wakacji nie przyniósł wytchnienia niemieckim producentom samochodów. Komisja Europejska stwierdziła, że Daimler, BMW, Volkswagen, Audi i Porsche zawarły niedozwolone porozumienie rynkowe. Nałożyła na nie karę w łącznej wysokości 875 mln euro. Sankcje finansowe nie dotknęły tylko jednego z uczestników kartelu: spółki Daimler. To ona doprowadziła do ujawnienia zmowy i złożyła skuteczny wniosek *leniency*. Współpraca z Komisją się opłaca, bo w zamian spółka nie poniosła odpowiedzialności finansowej.



Zbrodnia...

Formalne postępowanie w tej sprawie zostało wszczęte we wrześniu 2018 r. Komisja postanowiła sprawdzić, czy Daimler, BMW, Volkswagen, Audi i Porsche (nazwane w komunikatach „kręgiem pięciu”) zmówiły się, żeby nie konkurować w zakresie rozwoju i wprowadzania na rynek technologii ograniczających szkodliwe emisje z samochodów osobowych z silnikami benzynowymi i wysokoprężnymi. Komisja zaczęła podejrzewać, że wskutek tych działań konsumenci zostali pozbawieni możliwości zakupu samochodów mniej zanieczyszczających środowisko, mimo że technologia ograniczająca szkodliwe emisje były dostępne dla producentów aut.



Wszczęcie postępowania poprzedziło przeprowadzenie w październiku 2017 r. kontroli w siedzibach wszystkich producentów. Komisja uzyskała informacje wskazujące, że strony zmowy uczestniczyły w spotkaniach, na których omawiano

m.in. rozwój i wdrażanie technologii ograniczających szkodliwe emisje spalin samochodowych. Producenci ustalali też wspólne wymogi jakościowe dla części samochodowych, procedury testowania jakości lub wymiany dotyczące własnych modeli samochodów obecnych na rynku. Dyskutowano także o maksymalnych prędkościach, przy których dachy kabrioletów mogą się otwierać i zamykać oraz przy których działa tempomat. Według Komisji spółki współpracowały również w zakresie testów zderzeniowych i manekinów do tych testów. W ramach współpracy przedsiębiorcy mieli połączyć wiedzę techniczną w celu poprawy procedur testowych w zakresie bezpieczeństwa samochodów.



Podczas postępowania Komisja skupiła się na ustalaniu, czy przedsiębiorcy porozumieli się w celu ograniczenia rozwoju i wprowadzania na rynek niektórych systemów kontroli emisji spalin samochodów wprowadzanych do obrotu na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Badano potencjalną znowę w zakresie:

- systemów selektywnej redukcji katalitycznej stosowanych w celu zmniejszenia szkodliwych emisji tlenków azotu z samochodów osobowych z silnikami wysokoprężnymi;
- filtrów cząstek stałych Otto stosowanych w celu zmniejszenia szkodliwych emisji cząstek stałych z samochodów osobowych z silnikami benzynowymi.

Okres objęty zakazaną praktyką objął lata 2009–2014.

W kwietniu 2019 r. Komisja poinformowała o wysłaniu do wszystkich przedsiębiorców „statement of objection”, czyli formalnej informacji wskazującej podnoszone zarzuty. Dwa lata później ukazał się oficjalny komunikat o wydaniu decyzji kończącej postępowanie.

W postępowaniu ustalono, że wszystkie spółki dysponowały technologią, która pozwalała **ograniczać emisję ponad to, co było wymagane przepisami**. Każdy przedsiębiorca mógł więc produkować samochody jeszcze mniej szkodliwe dla środowiska, niż wynika to z wymogów prawnych. Spółki unikały jednak konkurowania między sobą. **Według Komisji uzgodniły, że nie będą stosować rozwiązań zmniejszających emisję ponad poziom wymagany przepisami**.

Formalnie rozwiązania techniczne stosowane przez strony porozumienia były zgodne z prawem. Spełniały normy emisyjne i nie powodowały większej produkcji zanieczyszczeń, niż było to dozwolone. W praktyce jednak uniemożliwiły zmniejszenie emisji szkodliwych dla środowiska zanieczyszczeń. Spółki zablokowały więc możliwość jeszcze lepszego oczyszczenia spalin, niż wymagało tego prawo.



Ustalenia Komisji potwierdziły zdobyte wcześniej informacje dotyczące spotkań pomiędzy producentami. W okresie objętym porozumieniem przedstawiciele spółek mieli regularnie omawiać problem selektywnej redukcji katalitycznej (SCR). To technologia, która eliminuje szkodliwe emisje tlenków azotu (NOx) z samochodów osobowych z silnikami wysokoprężnymi poprzez wtrysk mocznika (zwanego również AdBlue) do strumienia spalin. Podczas spotkań producenci mieli na bieżąco koordynować unikanie konkurencji w zakresie oczyszczania emitowanych spalin.

Istota porozumienia dotyczyła rozmiarów zbiorników AdBlue i wspólnej interpretacji średniego szacowanego zużycia Adblue. **Spółki miały wymieniać poufne informacje handlowe dotyczące tych elementów**. Przedsiębiorcy mieli też wzajemnie informować się o przewidywanych rozmiarach zbiorników AdBlue oraz zasięgu i średnim zużyciu samego AdBlue w przyszłych modelach samochodów. Według Komisji w ten sposób wyeliminowały niepewność co do przyszłych zachowań konkurentów rynkowych w zakresie oczyszczania spalin z NOx ponad wymogi prawne.

Zdaniem Komisji producenci samochodów wiedzieli, że wtryskiwanie większej ilości AdBlue może prowadzić do skuteczniejszego oczyszczania emitowanych spalin z tlenków azotu. Wiedzieli też, że mają techniczne możliwości lepszego oczyszczania spalin, niż wymagają tego unijne przepisy dotyczące dopuszczalnego poziomu emisji niebezpiecznych substancji. Porozumieli się, żeby sprostać minimalnym wymaganiom, mimo że mogli produkować lepsze, bardziej ekologiczne samochody.

Wszyscy przedsiębiorcy przyznali się do postawionych zarzutów.

...i kara

Komisja nałożyła na strony porozumienia karę w łącznej wysokości 875 189 000 euro. Ukarane zostały BMW i wszystkie trzy spółki z grupy Volkswagen, czyli Volkswagen, Audi i Porsche. BMW otrzymało karę w wysokości 372 827 000 euro, a grupa Volkswagen – 502 362 000 euro. Daimler, jako spółka, która ujawniła złamanie prawa konkurencji, został zwolniony z odpowiedzialności finansowej.

Dlaczego to istotne?

Kara dla producentów samochodów jest wyjątkowa. Dotychczas kartele (czyli zakazane porozumienia konkurentów), które wykrywała Komisja, dotyczyły z reguły tak powszechnych praktyk jak uzgodnienia cenowe lub podziały rynku. Kara dla „kręgu pięciu” jest pierwszą decyzją Komisji Europejskiej dotyczącą porozumienia polegającego **wyłącznie** na ograniczaniu rozwoju technologicznego.

Uzasadniając szkodliwość praktyki zarzuconej przedsiębiorcom, komisarz Margrethe Vestager wskazała, że **prawidłowo działająca konkurencja i innowacyjność w obszarze redukcji emisji szkodliwych substancji są kluczowe dla osiągnięcia celów Europejskiego Zielonego Ładu**. Powiązała więc konkurencję z zapewnieniem osiągnięcia celów pozaekonomicznych, związanych z funkcjonowaniem zrównoważonego środowiska naturalnego, pozbawionego zanieczyszczeń. To istotne odejście od celu konkurencji (oraz prawa konkurencji) rozumianego tradycyjnie jako osiąganie dobrobytu konsumentów, czyli – w uproszczeniu – dostępu do produktów o korzystnej cenie.



Ważnym wątkiem badanym przez Komisję była wymiana informacji przez przedsiębiorców uczestniczących w zмовie. Opublikowane informacje wskazują, że Komisja Europejska uznała, że nie każda wymiana informacji przez konkurentów świadczy o naruszeniu prawa konkurencji. Zastrzeżeń organu w zasadzie nie wzbudza taki aspekt współpracy przedsiębiorców, który ma na celu samo spełnianie wymogów prawnych. Komisja nie dostrzegła też naruszeń w szczegółowych technicznych uzgodnieniach, które nie miały wpływu na ograniczenie konkurencji: standaryzacji szyjki wlewu AdBlue czy dyskusjach dotyczących standardów jakości tej substancji. Naruszenia konkurencji nie dopatrzone się też we wspólnym opracowaniu platformy oprogramowania do dozowania AdBlue.

To ważna wskazówka: choć wymiana informacji handlowych stwarza wysokie ryzyko uznania za wzmacnianie naruszeń konkurencji (a nawet naruszenie konkurencji samo w sobie), to nie zawsze takie działanie narusza prawo. W tym zakresie Komisja potwierdziła dotychczasową praktykę.

Na dzień sporządzenia tego tekstu nie opublikowano jeszcze wersji jawnej decyzji. Już teraz jednak można stwierdzić, że ze względu na poruszony temat może być ona istotnym źródłem informacji o poglądach Komisji w sprawie współpracy przedsiębiorców w zakresie rozwoju technologicznego.

Samo przypieczętowanie poglądu, że nie każda wymiana informacji jest zakazana, może nie wystarczyć. W świecie wyzwań związanych ze zmianami środowiska naturalnego wymiana pewnych informacji przez przedsiębiorców może być kluczowa dla stworzenia nowych rozwiązań technologicznych. Omawiana decyzja może dostarczyć nowych argumentów do dyskusji nad tą kwestią.



ZERO SZANS NA ZERO-RATING?

#TSUE #konsumenci #uokik

Krzysztof Witek
.....

Zero szans na zero-rating?

Na początku września Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wydał trzy wyroki za jednym zamachem. Odpowiadają na pytania prejudycjalne, dotyczą praktyki zero-rating i mogą doprowadzić do rewolucji w ofertach przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Hat-trick orzecznicy TSUE może wstrząsnąć całą branżą.

Czym są praktyki zero-rating?

To praktyki polegające na niewliczaniu danych, które pobiera się podczas korzystania z konkretnej treści, aplikacji lub usługi, do limitu danych użytkownika. Konsument, który używa pakietu oferującego określoną maksymalną ilość danych, ma pewność, że aplikacje objęte zero-ratingiem nie zmniejszą przysługującego mu limitu.

Praktyki zero-rating (znane też jako stawki zerowe lub taryfy zerowe) mogą przybierać różne formy. Niektórzy operatorzy wyłączają z limitu transferu konkretne aplikacje. Po wykorzystaniu całego limitu klienci mogą dalej korzystać z tych aplikacji z pełną prędkością Internetu. Inni operatorzy wyłączają aplikacje z dostępnego limitu danych, ale po wykorzystaniu pakietu spowalniają transfer także w ramach tych aplikacji. Jeszcze inni oferują preferencyjny dostęp nie do poszczególnych aplikacji, ale do ich określonych kategorii.

Możliwe jest tworzenie różnych wariantów stawek zerowych. Ich istota sprowadza się jednak do preferencyjnego traktowania przez operatora określonej kategorii ruchu w sieci. Mogą one w różny sposób oddziaływać na otwarty Internet.



W czym tkwi problem?

Dostawcy Internetu nie mogą dyskryminować żadnych rodzajów transmisji danych. Internet musi być neutralny i otwarty. Oznacza to, że jego użytkownicy muszą mieć dostęp do wszystkich treści, aplikacji i usług na równych, niedyskryminacyjnych warunkach. Dostawcy nie mogą utrudniać dostępu do żadnego z tych elementów. Nie mogą spowalniać Internetu w ramach określonych aplikacji lub stron. Zarządzanie ruchem w sieci nie może oznaczać dowolnego manipulowania transferem danych. Takie działania mogą mieć antykonsumenckie, a nawet antykonkurencyjne skutki.

Unia Europejska usankcjonowała zasadę neutralności sieci. Pod koniec 2015 r. przyjęto w tym zakresie rozporządzenie („Rozporządzenie TSM”)[2]. Ma ono m.in. zagwarantować równe traktowanie ruchu w sieci. Zakazuje stosowania przez dostawców Internetu nieodpowiednich środków zarządzania tym ruchem.

Żeby środki mogły być odpowiednie, muszą być przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne. Co istotne, nie mogą wynikać ze względów handlowych. Co do zasady dostawcy Internetu nie mogą więc blokować, spowalniać ani zmieniać określonych treści, aplikacji czy usług. Prawo nie pozwala im też ograniczać czy pogarszać jakości lub faworyzować określonych treści, aplikacji lub usług ani ingerować w nie.

Praktyki zero-rating są tylko jednym z przykładów dyskryminacyjnego traktowania ruchu w sieci. W 2016 r. BEREC[3] wydał wytyczne dotyczące wdrażania reguł neutralności sieci przez regulatorów krajowych. Wytyczne wskazały, że blokanie lub spowalnianie prędkości Internetu po wykorzystaniu limitu danych przy równoczesnym pozostawieniu pełnej prędkości sieci dla aplikacji objętej zero-ratingiem prawdopodobnie narusza Rozporządzenie TSM. Ryzyko naruszenia jest mniejsze, gdy zero-rating dotyczy całej kategorii treści,

[1] Sprawy: C-854/19, C-5/20 i C-34/20.

[2] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usług powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz. Urz. UE L 310, str. 1).

[3] Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej. Wytyczne są aktem soft law. Nie mają mocy prawnej, ale są brane pod uwagę przez organy stosujące prawo.

aplikacji lub usług (np. wszystkich aplikacji umożliwiających streaming muzyki).

Chociaż praktyki zero-rating mogą mieć pozytywny wpływ na rynek, to istnieje ryzyko naruszenia przez nie konkurencji. Mogą też zniekształcać zachowania konsumentów. Klasyczna postać praktyki wymieniona w wytycznych BEREC może wpływać na motywacje towarzyszące wyborowi aplikacji. Umożliwienie przez dostawcę Internetu nieograniczonego korzystania z określonej aplikacji zniechęca użytkowników do używania konkurencyjnych produktów, nawet jeśli byłyby lepsze. Może to doprowadzić do zwiększania siły rynkowej dostawców programów objętych stawkami zerowymi. To z kolei ułatwia uzyskanie pozycji dominującej bądź może ograniczyć dostęp do rynku dla przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Może też zakłócić konkurencję pomiędzy dostawcami Internetu.

Co na to TSUE?

Trybunał już 15 września 2020 r. zajął się praktykami zero-rating. W sprawie Telenor Magyarország Zrt.[4] stwierdził niezgodność z prawem jednej z odmian taryf zerowych. Chodziło o oferty, na podstawie których użytkownicy mogli kupować pakiety zero-ratingowego dostępu do określonych aplikacji, umożliwiające korzystanie z nich z pełną prędkością Internetu nawet po wyczerpaniu limitu danych (przy spowolnieniu dostępu do innych aplikacji lub wyłączeniu takiego dostępu). TSUE stwierdził, że takie praktyki naruszają art. 3 ust. 3 Rozporządzenia TSM, nawet jeśli są stosowane na podstawie umów z użytkownikami końcowymi. To pierwszy wyrok, w którym TSUE powołał się na przepisy Rozporządzenia TSM.

TSUE wrócił do tego problemu we wrześniu. Zajął się różnymi aspektami praktyk zero-rating.



W sprawie C-854/19 spółka Vodafone GmbH oferowała klientom możliwość dostępu do nieodpłatnych opcji taryfowych – „stawki zerowej”. Klienci korzystający z usług objętych stawką zerową nie zużywali danych z pakietu podstawowego. Po wykorzystaniu całego pakietu przedsiębiorca zwalniał prędkość Internetu dla wszystkich aplikacji – zarówno objętych stawką zerową, jak i nią nieobjętych. Stawka zerowa obowiązywała tylko w kraju. Korzystanie z objętych nią usług za granicą powodowało zużycie danych z pakietu podstawowego.

Trybunał stwierdził, że taka praktyka prowadzi w istocie do ograniczenia korzystania z roamingu (w razie aktywacji stawki zerowej). To z kolei naruszyło art. 3 ust. 3 Rozporządzenia TSM, który zakazuje operatorom stosowania praktyk dyskryminacyjnych wobec ruchu w sieci.

Oferta tego samego przedsiębiorcy została oceniona w sprawie o sygn. C-5/20. W tym przypadku TSUE zajął się wyłączeniem przez spółkę Vodafone stawki zerowej w przypadku korzystania z objętych nią aplikacji przez tethering (hotspot). Klienci, którzy korzystali z aplikacji objętych taryfą zerową za pomocą tetheringu (tworząc hotspot), musieli liczyć się ze zużyciem limitu danych z pakietu podstawowego. Operator wyłączał więc działanie stawki zerowej w odniesieniu do transmisji danych za pośrednictwem tetheringu. Trybunał uznał w tej sytuacji, że stanowiło to ograniczenie tetheringu ze względu na aktywację stawki zerowej przez użytkownika końcowego. Stwierdził przy tym, że taka praktyka naruszyła art. 3 ust. 3 Rozporządzenia TSM.

W obu przypadkach TSUE zaznaczył, że już samo wprowadzenie stawki zerowej prowadzi do rozróżnienia w ramach internetowej transmisji danych, bo do pakietu podstawowego nie wlicza się transmisji do aplikacji partnerskich. Przedsiębiorca nie wykonywał więc obowiązku, który wynika z art. 3 ust. 3 Rozporządzenia TSM: równego traktowania transmisji danych, bez dyskryminacji lub ingerencji. Trybunał podkreślił, że uchybienie istnieje niezależnie od ewentualnej możliwości dalszego posiadania swobodnego dostępu do treści dostarczonej przez partnerów dostawcy Internetu po wyczerpaniu pakietu podstawowego.

Z kolei w sprawie C-34/20 TSUE odpowiedział na pytania prejudycjalne dotyczące praktyk handlowych spółki Telekom. Oferowała klientom stawkę zerową w odniesieniu do transmisji strumieniowej audio i wideo rozpowszechnianej przez partnerów Telekomu. Aktywowanie przez klientów końcowych taryfy prowadziło do ograniczenia maksymalnej przepustowości Internetu do 1,7 Mb/s dla transmisji strumieniowej. Ograniczenie przepustowości dotyczyło zarówno partnerów Telekomu (dostarczających treści objęte taryfą), jak i innych dostawców. Trybunał uznał, że takie ograniczenie przepustowości wskutek aktywacji stawki zerowej narusza art. 3 ust. 3 Rozporządzenia TSM.



[4] Sprawy połączone C-807/18 i C-39/19.

Zero-rating a sprawa polska

Wyroki mogą oznaczać kłopoty dla branży telekomunikacyjnej. Choć rozporządzenie TSM jest stosowane od 2016 r., to do niedawna TSUE nie orzekał na jego podstawie. Sprawa Telenor dostarczyła pierwszego wyroku w sprawie naruszenia przepisów tego rozporządzenia. Niemal rok później TSUE wydał już trzy wyroki dotyczące jego stosowania. I możemy zakładać, że to dopiero początek.

Polskie organy pamiętają o Rozporządzeniu TSM. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej każdego roku wydaje sprawozdanie dotyczące przestrzegania regulacji w zakresie otwartego Internetu. Oprócz tego na podstawie ustawy Prawo telekomunikacyjne[5] może nałożyć karę finansową na przedsiębiorcę, który nie przestrzega obowiązków wynikających z rozporządzenia.

Nie można przy tym jednak zapominać o Prezesie UOKiK. Neutralność sieci i otwarty Internet bez wątplenia interesują urzędników. Przykładem jest decyzja Prezesa UOKiK nr DOZIK-13/2019 z 30 grudnia 2019 r., w której organ powołał się na dobry obyczaj wywodzący się właśnie z zasady otwartego Internetu i przywołał Rozporządzenie TSM. Choć to prezes UKE w pierwszej kolejności egzekwuje jego przepisy, to Prezes UOKiK może interweniować, gdy praktyki operatorów telekomunikacyjnych naruszają zbiorowe interesy konsumentów. Należy też pamiętać, że może on działać w razie podejrzenia naruszenia konkurencji.

Nawet pobieżna analiza działań Prezesa UOKiK wskazuje, że urząd uważnie śledzi orzecznictwo TSUE. Decyzje Prezesa UOKiK odwołują się do wykładni przepisów unijnych stosowanej przez Trybunał. Można więc oczekiwać, że tegoroczne wyroki nie zostaną przeoczone, a UOKiK wyciągnie z nich wnioski. To z kolei może oznaczać małą rewolucję na rynku usług telekomunikacyjnych.

[5] Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 576).



Zapraszamy do kontaktu



Prof. INP PAN dr hab. Paweł Podrecki

Adwokat, Senior Partner
pawel.podrecki@trapple.pl



dr Tomasz Targosz

Adwokat, Partner
tomasz.targosz@trapple.pl



dr Katarzyna Menszig-Wiese, LL.M.

Radca prawny, Senior Associate
katarzyna.wiese@trapple.pl



Krzysztof Witek

Adwokat, Senior Associate
krzysztof.witek@trapple.pl



Maciej Majewski

Aplikant adwokacki, Associate
maciej.majewski@trapple.pl

Artykuły zamieszczone w niniejszym materiale nie stanowią porady prawnej. Osoby zainteresowane uzyskaniem bardziej szczegółowych informacji dotyczących omawianych kwestii proszone są o bezpośredni kontakt z prawnikami kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy.