

ZWIĄZEK PRZEDSIĘBIORCÓW I PRACODAWCÓW



DIGITAL MARKETS ACT

WARSZAWA, MAJ 2021

WPROWADZENIE

**15 grudnia
2020 roku**

Komisja Europejska (KE) przedłożyła propozycję Rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (COM(2020) 842), znaną powszechnie jako Akt o rynkach cyfrowych, tudzież **Digital Markets Act (DMA)**. DMA próbuje odpowiedzieć na pewne wyzwania związane z digitalizacją i zapewnić sprawiedliwie warunki konkurowania online.

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców popiera wszelkie inicjatywy nakierowane na poprawę konkurencyjności i funkcjonowania rynków cyfrowych. Wydaje się jednak, że DMA może doprowadzić do szeregu nieprzewidzianych konsekwencji. Niedługo po objęciu stanowiska wiceprzewodniczącej wykonawczej ds. Europy na miarę ery cyfrowej Margarethe Vestager stwierdziła, że „będziemy potrzebować przepisów, w tym nowego aktu o usługach cyfrowych, które zapewnią, że platformy będą służyć ludziom, a nie odwrotnie” [1].



[1] Margarethe Vestager, Budowanie pozytywnego cyfrowego świata, przemówienie podczas szczytu cyfrowego w Dortmundzie 29 września 2019 r., dostępny pod adresem: https://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2019.html.

Zasady przedłożone w DMA stosują się do strażników dostępu, czyli dużych platform cyfrowych, które zdaniem KE są nieuniknionymi partnerami biznesowymi dla mniejszych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą online, w związku z czym wymagają szczególnej kontroli [2]. Używanie medialnych haseł nie stanowi jednak gwarancji dobrego prawa [3].

Nowe przepisy dotyczące sposobu wykorzystywania i łączenia danych oraz sposobu, w jaki platformy cyfrowe kierują konsumentów, mogą doprowadzić do zahamowania konkurencji i innowacji, co byłoby niekorzystne zarówno dla europejskich konsumentów, jak i dla przedsiębiorstw [4].

Eksperti wskazują, że do 2025 roku 24,3 proc. globalnej aktywności gospodarczej będzie odbywać się w sektorze cyfrowym, a wartość gospodarki cyfrowej wzrośnie do 23 bilionów dolarów [5]. Szeroko pojęta cyfryzacja słusznie jest uważana za jeden z ważniejszych motorów napędowych odbudowy gospodarczej UE [6]. Udział sektora cyfrowego w tworzeniu PKB Polski również dynamicznie wzrasta – z 3 proc. w 2014 roku, poprzez 6,2 proc. w 2016 roku, do przewidywanych 12 proc. w 2025 roku. W świetle rosnącego znaczenia gospodarczego sektora cyfrowego, należy podjąć wszystkie niezbędne środki, aby nadmierna regulacja nie stłumiła jego wzrostu oraz nie zagrażała odbudowie po kryzysie wywołanym pandemią koronawirusa.

DMA może doprowadzić do szeregu nieprzewidzianych konsekwencji.

digitize

shift

[2] Zob. Motyw 2 wniosku rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym COM(2020) 842 (DMA).

[3] Zob. Daniel Beard and Jack Williams, The pitfalls of preventing discrimination through ex ante regulation, dostępne pod adresem: <https://chillingcompetition.com/2020/09/04/the-pitfalls-of-preventing-discrimination-through-ex-ante-regulation-by-daniel-beard-and-jack-williams/>

[4] Carmelo Cennamo i Daniel Sokol, Can the EU Regulate Platforms Without Stifling Innovation?, dostępne pod adresem: <https://hbr.org/2021/03/can-the-eu-regulate-platforms-without-stifling-innovation#>.

[5] Oxford Economics, Digital Spillover - Measuring the true impact of the digital economy, dostępne pod adresem: <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/digital-spillover>.

[6] Rada Europejska, Cyfrowa przyszłość Europy, dostępne pod adresem: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/a-digital-future-for-europe/>.

DO 2025 ROKU

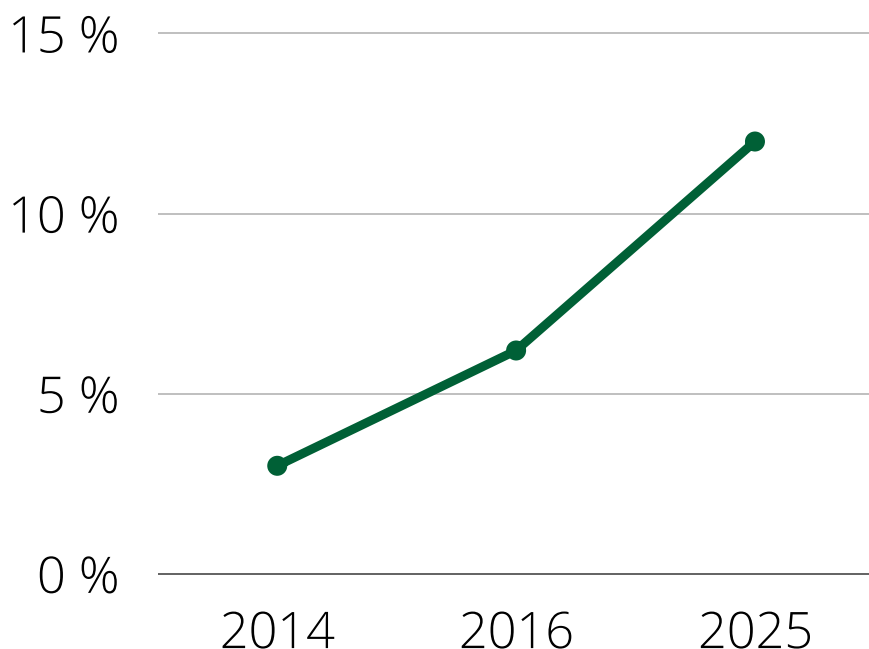
24,3 PROC.

**GLOBALNEJ AKTYWNOŚCI
GOSPODARCZEJ BĘDZIE
ODBYWAĆ SIĘ W SEKTORZE
CYFROWYM**

**DO 23 BILIONÓW
DOLARÓW**

**WZROŚNIE WARTOŚĆ
GOSPODARKI CYFROWEJ**

UDZIAŁ SEKTORA CYFROWEGO W TWORZENIU PKB POLSKI



Nowe przepisy dotyczące sposobu wykorzystywania i łączenia danych oraz sposobu, w jaki platformy cyfrowe kierują konsumentów, mogą doprowadzić do zahamowania konkurencji i innowacji, co byłoby niekorzystne zarówno dla europejskich konsumentów, jak i dla przedsiębiorstw.

Dużym wyzwaniem, z perspektywy regulacji cyfrowych, jest dostosowanie przepisów do stale rosnącego postępu technologicznego. Zamówiony przez rząd Wielkiej Brytanii raport argumentuje, że "uporczywa" i problematyczna dominacja charakteryzuje największe portale internetowe, ponieważ utrzymują one duży udział w rynku w swoich branżach przez długi czas [7].

Stwierdzenie to odzwierciedla tradycyjny sposób mierzenia konkurencji, oparty na udziałach w rynku, koncentracji i możliwościach wejścia na rynek [8]. Nie bierze jednak pod uwagę, że głównym źródłem konkurencji na rynkach cyfrowych nie jest imitacja i powielanie istniejących

produktów, ale ich uzupełnianie i zróżnicowanie [9].

Wyszukiwarki zdominowały punkty wejścia do sieci, zostawiając w tyle portale i przeglądarki. Telefonnia komórkowa wyparła komputery stacjonarne, a sieci społecznościowe na zawsze zmieniły komunikację osobistą i zawodową [10]. Tradycyjna analiza poszukuje podobieństw pomiędzy produktami, aby uznać rynek za konkurencyjny. Gdy dowodów na wymiennność produktów brakuje, regulator może łatwo stwierdzić niewystarczającą konkurencję, a w konsekwencji niepowodzenie rynkowe [11].

[7] Jason Furman et al., Unlocking digital competition, dostępne pod adresem:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

[8] Gregory Sidak i David Teece, Dynamic Competition in Antitrust Law, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 5, Nr. 4, (2019) 581-631.

[9] Zob. Nicolas Petit, Big Tech and the Digital Economy: the Monopolopoly Scenario, Oxford University Press, 2020.

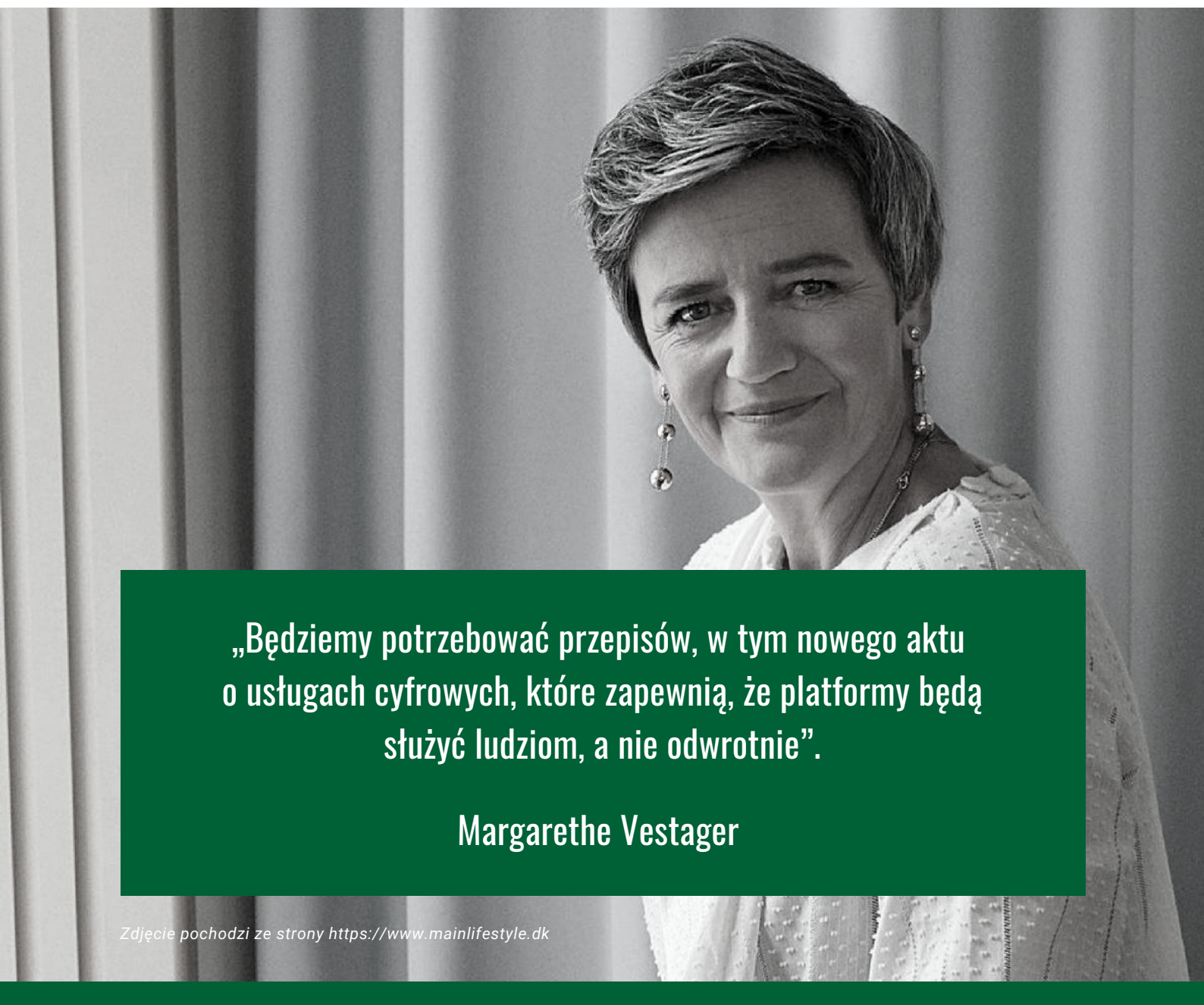
[10] Nicolas Petit, Big Tech Platforms and Schumpeter's Creative Destruction, dostępne pod adresem: <https://promarket.org/2020/11/19/big-tech-platforms-indirect-entry-antitrust/>.

[11] Nicolas Petit, Big Tech Platforms and Schumpeter's Creative Destruction, dostępne pod adresem: <https://promarket.org/2020/11/19/big-tech-platforms-indirect-entry-antitrust/>.

W naszym przekonaniu

DMA należy rozpatrywać w kontekście innych regulacji cyfrowych, pokazując zmiany obecnie zachodzące w otoczeniu prawnym sektora cyfrowego. Niniejszy raport wskazuje na konkretne elementy tej regulacji, które ze względu na swój

potencjalnie zbyt rygorystyczny charakter, mogą negatywnie odbić się na konsumentach, użytkownikach biznesowych, przedsiębiorstwach z sektora MŚP, ochronie danych oraz jakości środowiska naturalnego.



„Będziemy potrzebować przepisów, w tym nowego aktu o usługach cyfrowych, które zapewnią, że platformy będą służyć ludziom, a nie odwrotnie”.

Margarethe Vestager

REGULACJA

GOSPODARKI CYFROWEJ



Regulacja gospodarki cyfrowej jest obecnie jednym z najważniejszych tematów na agendzie największych światowych organizacji, w tym Światowej Organizacji Handlu, Międzynarodowego Funduszu Walutowego, Banku Światowego, Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju oraz Unii Europejskiej [12].

W ostatnim czasie tylko na poziomie Unii Europejskiej powstało wiele regulacji, których celem jest uregulowanie przedsiębiorstw działających w szeroko pojętej sferze cyfrowej. DMA jest tylko jednym z przykładów nowych regulacji, obok którego możemy wymienić RODO, rozporządzenie P2B, rozporządzenie ePrivacy, Akt o usługach cyfrowych, rozporządzenie ws. zapobiegania rozpowszechnianiu w internecie treści o charakterze terrorystycznym oraz regulację dotyczącą podatku cyfrowego.

W 2018 r. weszło w życie rozporządzenie 2016/679

w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych popularnie znane jako RODO, zastępujące dyrektywę 95/46/EC. Rozporządzenie to wprowadziło szczegółowe wymogi dla przedsiębiorstw i organizacji oraz w dużym stopniu zmieniło sposób gromadzenia, przechowywania i zarządzania danymi osobowymi [13]. RODO ma zastosowanie do podmiotów europejskich przetwarzających dane osobowe osób fizycznych w UE, jak również do podmiotów posiadających swoją siedzibę w państwach trzecich, kierujących swoją ofertę do mieszkańców Unii. Co istotne, RODO ma zastosowanie do wszystkich podmiotów niezależnie od ich wielkości. Szacuję się, że średni koszt wdrożenia RODO w MŚP plasował się na poziomie ponad 32 tys. zł [14]. Badanie na temat wpływu RODO na MŚP, przeprowadzone w lipcu 2019 r., pokazało, że wielu małym firmom brakowało zasobów – finansowych i ludzkich – pozwalających na dostosowanie się do nowych wymogów [15].



[13] YourEurope, Ochrona danych zgodnie z RODO, dostępne pod adresem: https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_pl.htm#shortcut-0.

[14] Instrum Justicia, Europejski Raport Płatności, dostępne pod adresem: <https://logsystem.pl/blog/32-tys-zlotych-to-sredni-koszt-wdrozenia-rodow-w-msp-az-20-firm-nie-wie-co-to/>.

[15] Support Small and Medium Enterprises on the Data Protection Reform II, Report on the SME experience of the GDPR, dostępne pod adresem: <https://www.trilateralresearch.com/wp-content/uploads/2020/01/STAR-II-D2.2-SMEs-experience-with-the-GDPR-v1.0-.pdf>.



Podobnie jak RODO zastąpiło dyrektywę 95/46/EC

rozporządzenie ePrivacy zastąpi obowiązującą od 20 lat dyrektywę o prywatności i łączności elektronicznej 2002/58/WE. Rozporządzenie ePrivacy reguluje kwestie związane z prywatnością w komunikacji elektronicznej w UE.

Oprócz dostosowania ram prawnych do nowych technologii, rozporządzenie ma również dostosować przepisy dotyczące komunikacji elektronicznej do RODO [16]. Nowa regulacja ma zwiększyć ochronę danych pochodzących z usług łączności elektronicznej. Przykładowo, obowiązkiem zachowania poufności zostaną objęte dane pozyskane poprzez świadczenie tradycyjnych usług łączności, ale również dane uzyskane w związku ze świadczeniem tzw. usług OTT, czyli over-the-top communications services. Usługi te odnoszą się do komunikacji w czasie rzeczywistym, działającej poprzez Internet, a więc w jej zakres wchodzi usługi telefonii internetowej (VoIP), usługi poczty elektronicznej oraz popularne komunikatory internetowe. Co ciekawe, przepisy ePrivacy, w odróżnieniu od RODO, mają stosować się do osób fizycznych jak również do osób prawnych. Nowe regulacje wywołają szereg zmian m.in. w polityce zarządzania plikami cookies i cookies walls, reklamami w sieci, marketingu elektronicznym czy administrowaniu metadanymi.



Nowe wymogi będą szczególnie dotkliwe dla start-upów oraz przedsiębiorstw z sektora MŚP, które nie mają dostępu do dużej ilości danych, kontaktów czy baz klientów. Jednocześnie, nowe ograniczenia przełożą się na wzrost cen usług takich jak reklama i obniżą możliwości konkurowania mniejszych podmiotów. W 2020 r. weszło w życie rozporządzenie 2019/1150 w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego, czyli tzw. rozporządzenie P2B. Ma ono zastosowanie do dostawców usług pośrednictwa internetowego i wyszukiwarek internetowych [17]. Z zakresu zastosowania rozporządzenia P2B zostały wyłączone internetowe usługi płatnicze, narzędzia reklamy internetowej, giełd reklamy internetowej, które nie są zapewniane w celu ułatwienia inicjowania transakcji bezpośrednich i które nie obejmują stosunków umownych z konsumentami [18].

Nowe wymogi będą szczególnie dotkliwe dla start-upów oraz przedsiębiorstw z sektora MŚP, które nie mają dostępu do dużej ilości danych, kontaktów czy baz klientów.

[17] Komisja Europejska, Zbiór pytań i odpowiedzi nt. rozporządzenia P2B, dostępny pod adresem: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/platform-business-trading-practices>.

[18] Błażej Grochowski i Agnieszka Sagan-Jeżowska, P2B: Nowe wymagania dla pośredników w eCommerce, dostępne pod adresem: <https://eizba.pl/eversheds-sutherland-wierzbowski-p2b-nowe-wymagania-dla-posrednikow-w-e-commerce/>.

Celem nowych zasad jest zapewnienie przejrzystych i sprawiedliwych warunków współpracy dla użytkowników biznesowych platform.

Aby zapewnić zgodność z rozporządzeniem P2B, dostawcy usług pośrednictwa internetowego muszą uwzględnić w warunkach świadczenia usług z użytkownikami biznesowymi wiele nowych elementów, pozwalających na sprawiedliwy dostęp do konsumentów. Tym samym, rozporządzenie wymusiło na dostawcach konieczność rewizji umów oraz regulaminów świadczenia usług.

Co istotne, rozporządzenie wprowadziło również nowe wymogi w zakresie rozpatrywania skarg użytkowników biznesowych oraz poddania spraw pod mediację [19]. Od wejścia w życie rozporządzenia P2B w lipcu 2020 r., nie została przeprowadzona ocena skutków jego funkcjonowania. Mimo tego KE zaproponowała nowe środki regulujące zachowanie dostawców usług internetowych oraz platform w postaci DMA oraz Digital Services Act.



**Szacuję się, że średni koszt wdrożenia RODO w MŚP
plasował się na poziomie ponad 32 tys. zł**

Równolegle do DMA procedowany jest Akt o usługach cyfrowych (COM(2020) 825),

znany również jako Digital Services Act (DSA), który ma zastąpić pochodzącą z 2000 roku dyrektywę o handlu elektronicznym. Tekst nowego rozporządzenia został przedstawiony w grudniu 2020 r., a prace nad nim trwają. Będzie ono regulować usługi pośrednictwa internetowego, w tym usługi hostingowe, platformy internetowe oraz bardzo duże platformy internetowe. Choć rozporządzenie utrzymuje część z zasad wprowadzonych przez dyrektywę o handlu elektronicznym, to tworzy nowe regulacje, które mogą zaburzyć funkcjonowanie cyfrowego wspólnego rynku. Przykładowo, zgodnie z wprowadzoną przez dyrektywę o handlu elektronicznym zasadą państwa pochodzenia, przedsiębiorstwa świadczące usługi cyfrowo są zobowiązane do przestrzegania prawa swojego pochodzenia, nie zaś prawa kraju, w którym znajduje się konsument.

**Rozporządzenie tworzy nowe regulacje, które mogą zaburzyć
funkcjonowanie cyfrowego wspólnego rynku.**





Obecnie zasada ta stanowi podstawowy element jednolitego rynku usług cyfrowych

który pozwala na rozwój cyfrowej działalności gospodarczej. Zasada państwa pochodzenia jest szczególnie ważna dla przedsiębiorstw z sektora MŚP oraz z regionu Europy Środkowo-wschodniej ponieważ niweluje ona obawy przed stosowaniem prawa obcego w przypadku sporu sądowego, a w konsekwencji przed koniecznością korzystania z usług wyspecjalizowanych prawników i kancelarii. Mimo iż formalnie zasada nie została podważona w projekcie, to duży zakres interwencji regulacyjnych koordynatorów może naruszyć tą zasadę i doprowadzić do dysharmonizacji zasad. Dodatkowo DSA wprowadza zmiany, które będą miały wpływ na treści publikowane w internecie. Przykładowo art. 17 projektowanego rozporządzenia zmienia system rozpatrywania skarg przez platformy internetowe. Co istotne, przepis ten stosuje się do wszystkich platform, nie zaś tylko bardzo dużych platform internetowych.

Na jego mocy, platformy są zobowiązane do zapewnienia czynnika ludzkiego w rozpatrywaniu skarg. Biorąc pod uwagę skalę, w jakiej odbywa się moderacja treści, w tym miliardy spamu lub nieodpowiednich treści, przepis ten jest zbyt bezkompromisowy w wymaganiach. Oznacza to również, że proces rozpatrywania skarg znacznie się wydłuży. Co ważniejsze, taki wymóg wpłynie szczególnie na mniejsze podmioty, które mają ograniczone zasoby ludzkie, a co za tym idzie ograniczone możliwości rozpatrywania skarg.



Proces rozpatrywania skarg znacznie się wydłuży.

Co istotne, niedawno, bo 28 kwietnia 2021 roku, Parlament Europejski przyjął rozporządzenie ws. zapobiegania rozpowszechnianiu w internecie treści o charakterze terrorystycznym, popularnie znane również jako rozporządzenie Terrorist Content Online (TCO). Nowe rozporządzenie zobowiązuje platformy do usunięcia lub zablokowania dostępu do treści oznaczonych jako terrorystyczne w przeciągu maksymalnie jednej godziny. Na platformy nie został nałożony obowiązek monitorowania lub filtrowania treści. Jednak jeśli organy krajowe ustalą, że określona platforma jest wyjątkowo narażona na kontakt z propagandą terrorystyczną, to będzie ona musiała podjąć odpowiednie środki zapobiegające publikacji takich treści. Rozporządzenie pozostawia dowolność w wyborze środków, niemniej wykorzystanie algorytmów czy zatrudnienie moderatorów bez wątpienia wygeneruje koszty dla platform i odbije się na cenach usług dla przedsiębiorstw i konsumentów.

Nie bez znaczenia pozostaje również ryzyko cenzury Internetu

wynikające z filtrowania treści. 79 organizacji działających na rzecz praw człowieka podpisało się pod listem otwartym do eurodeputowanych, nawołującym o niepopieranie rozporządzenia TCO [20]. W liście wskazano, że rozporządzenie zachęci platformy do korzystania z automatycznych narzędzi moderacji treści, które nie odróżniają celu publikacji i nie są w stanie rozróżnić materiałów propagandowych od satyrycznych [21]. Co istotne, w rezultacie zmian usuwane mogą być legalne materiały dokumentujące między innymi dyskryminację mniejszości [22]. Organizacje zaznaczyły, że usuwanie materiałów ujawniających przemoc w strefach działań wojennych jest już dziś poważnym problemem, utrudniających zebranie materiałów dowodowych oraz identyfikację winnych [23].

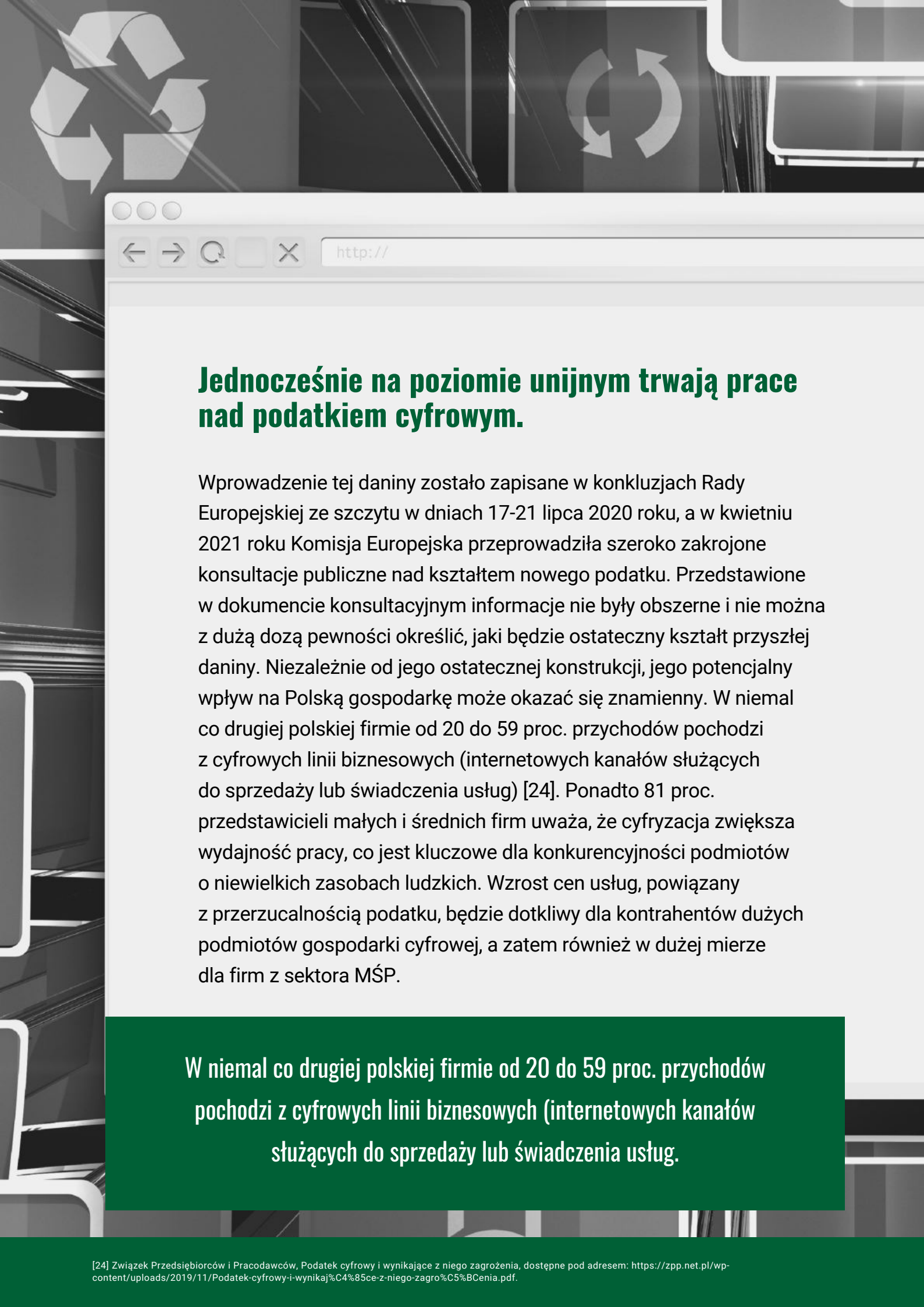
79 organizacji działających na rzecz praw człowieka podpisało się pod listem otwartym do eurodeputowanych, nawołującym o niepopieranie rozporządzenia TCO.

[20] Jowita Kiwnik Pargana, PE przyjął przepisy o usuwaniu treści terrorystycznych, dostępne pod adresem: <https://www.dw.com/pl/pe-przyj%C4%85%C5%82-przepisy-o-usuwaniu-tre%C5%9Bci-terrorystycznych/a-57379054>.

[21] Ibidem.

[22] Ibidem.

[23] Ibidem.



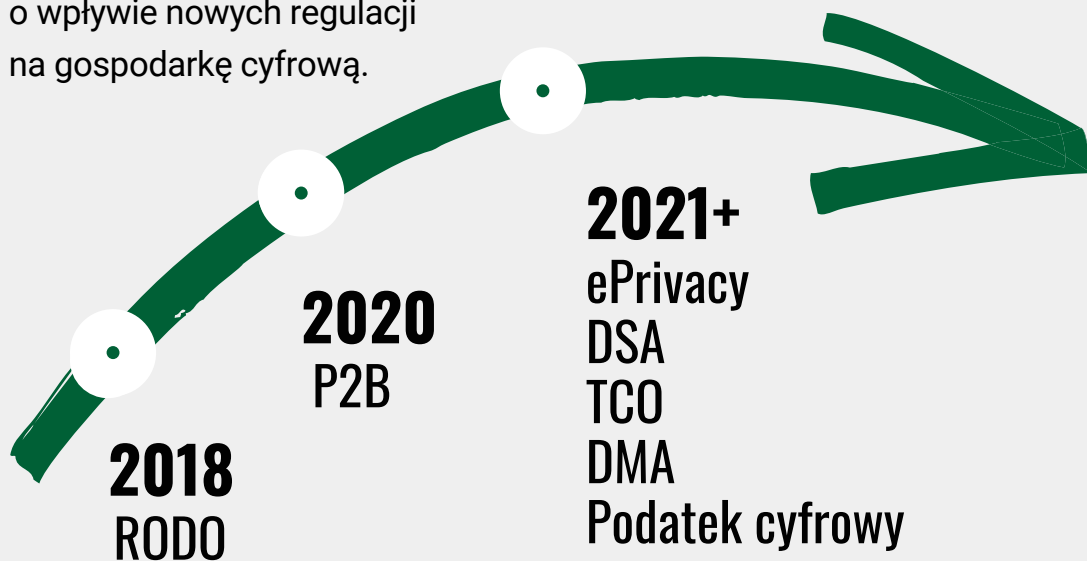
Jednocześnie na poziomie unijnym trwają prace nad podatkiem cyfrowym.

Wprowadzenie tej daniny zostało zapisane w konkluzjach Rady Europejskiej ze szczytu w dniach 17-21 lipca 2020 roku, a w kwietniu 2021 roku Komisja Europejska przeprowadziła szeroko zakrojone konsultacje publiczne nad kształtem nowego podatku. Przedstawione w dokumencie konsultacyjnym informacje nie były obszerne i nie można z dużą dozą pewności określić, jaki będzie ostateczny kształt przyszłej daniny. Niezależnie od jego ostatecznej konstrukcji, jego potencjalny wpływ na Polską gospodarkę może okazać się znamieny. W niemal co drugiej polskiej firmie od 20 do 59 proc. przychodów pochodzi z cyfrowych linii biznesowych (internetowych kanałów służących do sprzedaży lub świadczenia usług) [24]. Ponadto 81 proc. przedstawicieli małych i średnich firm uważa, że cyfryzacja zwiększa wydajność pracy, co jest kluczowe dla konkurencyjności podmiotów o niewielkich zasobach ludzkich. Wzrost cen usług, powiązany z przerzucalnością podatku, będzie dotkliwy dla kontrahentów dużych podmiotów gospodarki cyfrowej, a zatem również w dużej mierze dla firm z sektora MŚP.

W niemal co drugiej polskiej firmie od 20 do 59 proc. przychodów pochodzi z cyfrowych linii biznesowych (internetowych kanałów służących do sprzedaży lub świadczenia usług.

Okazuje się zatem, że mimo iż w sferze deklaracji podatek cyfrowy ma być zaprojektowany tak, by obciążyć finansowo „gigantów”, w istocie będzie stanowił dodatkowy koszt dla sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorców, utrudniając im korzystanie z nowoczesnych rozwiązań cyfrowych, tak istotnych dla rozwoju ich firm [25].

Mając powyższe na uwadze, można wyciągnąć dwa podstawowe wnioski o wpływie nowych regulacji na gospodarkę cyfrową.



Wzrost cen usług, powiązany z przerzucalnością podatku, będzie dotkliwy dla kontrahentów dużych podmiotów gospodarki cyfrowej, a zatem również w dużej mierze dla firm z sektora MŚP.



1. DYREKTYWY SĄ ZASTĘPOWANE PRZEZ ROZPORZĄDZENIA

Dyrektywa jest aktem prawnym,

który wiąże państwa członkowskie co do skutku, nie zaś co do określonego środka jego osiągnięcia. W procesie transpozycji dyrektyw pojawiają się różnice pomiędzy państwami członkowskimi, dlatego korzystanie w większym stopniu z rozporządzeń wzmocni integralność prawa cyfrowego jednolitego rynku. Natomiast w przypadku rozporządzeń, w tym Digital Markets Act, Komisja Europejska przewiduje możliwość doprecyzowania niektórych postanowień w drodze aktów delegowanych.

O treści tych aktów niższego rzędu decyduje w przeważającym stopniu Komisja Europejska, a tym samym państwa członkowskie czy Parlament Europejski nie mają na nią wpływu. Jednocześnie, istnieje ryzyko, że dokładna treść tych aktów będzie wykraczać poza określone w demokratycznym procesie ustalone ramy prawne tzw. backdoor regulation. Szerokie kompetencje KE w zakresie aktów delegowanych oznaczają, że staje się ona de facto regulatorem, nie podlegającym demokratycznej kontroli.



2. MNOGOŚĆ NOWYCH REGULACJI ZMNIEJSZA PEWNOŚĆ PRAWNĄ I UTRUDNIA DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ.

Mnogość nowych regulacji generuje ryzyko konfliktów pomiędzy aktami prawnymi. Po pierwsze, część z kwestii poruszonych w Digital Markets Act została uregulowana już przez rozporządzenie P2B. Nowe regulacje, wprowadzone przed oceną skuteczności regulacji P2B, grożą dalszym zwiększeniem złożoności dla uczestników gospodarki cyfrowej, bez osiągnięcia zamierzonego rezultatu. Po drugie, DSA ustanawia obowiązki i odpowiedzialność platform w zakresie usuwania treści publikowanych online – podobnie jak rozporządzenie ws. treści o charakterze terrorystycznym czy dyrektywa ws. praw autorskich. Dwa ostatnie akty prawne mają węższy zakres zastosowania niż DSA, niemniej wszystkie trzy de facto sprowadzają się

do regulowania treści online i ustanawiają różne obowiązki i próg odpowiedzialności dla platform internetowych.

Wysoka liczba nowych regulacji generuje trudności definicyjne i proceduralne, a w efekcie zmniejsza również pewność prawną. Jednocześnie oznacza to, że firmy, działające w sektorze cyfrowym, muszą liczyć się z wysokimi kosztami związanymi z dostosowaniem ich działalności do nowych wymogów. Ze względu na ograniczone zasoby, nieproporcjonalnie obciążone tymi kosztami zostaną firmy z sektora MŚP. Ostatecznie koszty zapewnienia zgodności mogą dla niektórych firm stać się barierą wejścia na rynek czy poszerzenia swojej działalności.

DIGITAL MARKETS ACT

DMA A PRAWO KONKURENCJI

Założenia DMA wydają się deklaratywnie służyć słusznym celom

– zabezpieczeniu konkurencyjności wewnątrz rynku i zapewnieniu konsumentom szerokiej palety dostępnych usług i ich dostawców. Jednak projekt rozporządzenia zawiera pewne rozwiązania, które mogą doprowadzić do negatywnych skutków dla konsumentów, przedsiębiorstw oraz rynku. Istotnym jest, aby dopracować przepisy w taki sposób, aby poprawiły, nie zaś pogorszyły jakość jednolitego cyfrowego rynku UE.

Jak wspomnieliśmy na wstępie, DMA proponuje nową koncepcję tzw. strażników dostępu, którymi są duże platformy internetowe, kontrolujące dostęp do informacji i usług w sektorze cyfrowym. Na strażników dostępu zostaje nałożony szereg nowych obowiązków, który ma zapewnić sprawiedliwe traktowanie użytkowników biznesowych oraz lepszą ofertę dla konsumentów. Nakładane obowiązki mają charakter kontroli ex ante, czyli regulują zachowanie przedsiębiorstw prewencyjnie, zanim dojdzie do potencjalnej nieprawidłowości w działaniu rynku



Kontrola ex ante

jest stosowana w przypadku regulacji sektorów użyteczności publicznej, czyli na rynkach, na których występują naturalne monopole. Przykładami takich rynków jest energetyka czy telekomunikacja. Prywatyzacja doprowadziła do sytuacji, w której dominujący operator „odziedziczył” monopol systemowy, a co za tym idzie znaczącą siłę rynkową [26]. Konkurowanie, poprzez stworzenie równoległej sieci np. energetycznej, jest nieopłacalne, a zatem aby zliberalizować rynek i stworzyć możliwość konkurencji, na firmy dominujące nakłada się wymogi ex ante dotyczące niedyskryminacji np. umożliwiające dostęp do sieci [27]. Wprowadzenie kontroli ex ante na rynkach cyfrowych, gdzie sieci powstały w wyniku inwestycji i konkurencji, a postęp opiera się na algorytmach i efektach skali, jest kopernikańskim przewrotem w stosunku do ustalonych zasad prawa konkurencji [28].

Prawo konkurencji rynkowej oparte jest na systemie kontroli ex post i zabrania m.in. nadużywania pozycji dominującej na rynku. W prawie UE można znaleźć odpowiednią regulację w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz w poszczególnych aktach krajowych. Gdy dane przedsiębiorstwo nadużywa swojej dominującej pozycji, np. poprzez stosowanie dyskryminujących praktyk wobec swoich partnerów handlowych (art. 102 lit. c), Komisja Europejska czy odpowiedni narodowy urząd ochrony konkurencji ma prawo wszcząć postępowanie i ukarać dane przedsiębiorstwo, co zresztą miało miejsce w niedawnych sprawach przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz sądami krajowymi [29].

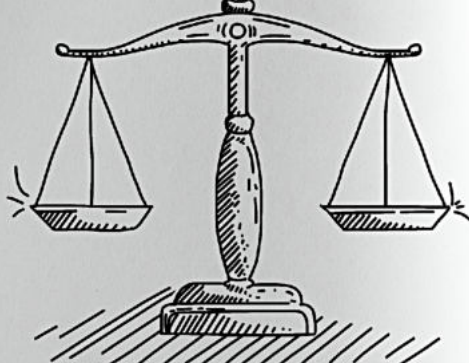
Wprowadzenie kontroli ex ante na rynkach cyfrowych, gdzie sieci powstały w wyniku inwestycji i konkurencji, a postęp opiera się na algorytmach i efektach skali, jest kopernikańskim przewrotem w stosunku do ustalonych zasad prawa konkurencji.

[26] Daniel Beard and Jack Williams, The pitfalls of preventing discrimination through ex ante regulation, dostępne pod adresem: <https://chillingcompetition.com/2020/09/04/the-pitfalls-of-preventing-discrimination-through-ex-ante-regulation-by-daniel-beard-and-jack-williams/>.

[27] Ibidem.

[28] Ibidem.

[29] Zob. C-525/16 MEO oraz CAT 27 Royal Mail v. Ofcom.



Regulations



Komisja Europejska uznaje jednak, że szkodliwe efekty strukturalne nieuczciwych praktyk na rynkach cyfrowych są tak poważne, że należy zastosować kontrolę ex ante [30]. Jako działania, które prowadzą do ograniczenia wyboru dla konsumenta i konkurencji, wnioskodawca wymienia m.in. efekty uzależnienia od jednego dostawcy oraz brak stosowania przez użytkowników multi-homingu [31], czyli praktyki jednoczesnego korzystania z różnych platform [32]. Dodatkowo udział użytkowników korzystających z multi-homingu oraz udział użytkowników przełączających się między różnymi platformami i usługami został wymieniony jako jeden z trzech wskaźników monitorowania DMA [33]. Również badanie wspierające ocenę skutków DMA uznaje bariery utrudniające zmianę dostawcy za „kluczowe wyzwanie” [34].

Mimo tak jasno zdefiniowanej tezy, DMA i wszystkie dokumenty akompaniujące zawierają szczątkowe dowody na poparcie zjawiska braku multi-homingu.

Wspomniane badanie wspierające przywołuje jedno odniesienie do badań przeprowadzonych dziesięć lat temu, w których zdecydowana większość posiadaczy iPhone’ów planowała zakup kolejnego telefonu tej samej firmy [35]. W badaniu nie przedstawiono żadnych dodatkowych dowodów empirycznych na poparcie braku multi-homingu [36].

W badaniu wspierającym stwierdzono również, że "silne efekty sieciowe" mogą utrudniać użytkownikom zmianę platform [37]. Na poparcie tej tezy przywołano wyniki konsumenckiej grupy fokusowej, przeprowadzonej na potrzeby badania wspierającego. Problem leży jednak w tym, że rzeczona konsumencka grupa fokusowa składała się z jednego 90-minutowego spotkania z dziewięcioma osobami [38]. W świetle powyższego należy stwierdzić, że KE nie przedstawiła żadnych dowodów, które uzasadniałyby podejmowanie systemowych działań o daleko idących konsekwencjach dla wielu platform i rynków cyfrowych [39].

[30] Uzasadnienie do DMA, 4.

[31] Motyw 2 DMA.

[32] Justus Haucap, Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy, dostępne pod adresem: <https://www.intereconomics.eu/contents/year/2019/number/4/article/competition-and-competition-policy-in-a-data-driven-economy.html>.

[33] Motyw 2 DMA.

[34] Pinar Akman, A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets, dostępne pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3835280.

[35] Ibidem.; Komisja Europejska, Digital Markets Act – Impact Assessment Support Study, Executive Summary and Synthesis Report, 15, dostępne pod adresem: available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0a9a636a-3e83-11ebb27b-01aa75ed71a1/language-en>.

[36] Ibidem.

[37] Ibidem.

[38] Ibidem.

[39] Pinar Akman, A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets, dostępne pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3835280.

Co gorsze,

wyniki badania przeprowadzonego na próbie ponad 11 tysięcy konsumentów, zlokalizowanych w dziesięciu krajach na pięciu kontynentach, ukazują dużo bardziej skomplikowany obraz konsumenckich zachowań. Choć stopień występowania zjawiska multi-homingu różni się w zależności od platform i kraju, to występuje on w każdym badanych kraju i w każdym objętym badaniem rodzaju platformy, włączając wyszukiwarki, komunikatory, e-commerce oraz portale społecznościowe [40]. Jednocześnie ponad 40 proc. badanych podjęło decyzję o zaprzestaniu korzystania z danej platformy w przeciągu ostatnich dwóch lat [41]. Powyższe wyniki jasno pokazują, że teza o braku multi-homingu nie znajduje poparcia w badaniach empirycznych [42].

Co więcej, mimo wprowadzenia systemu kontroli ex ante, DMA nie wyklucza kontroli ex post [43]. Innymi słowy, DMA nie zastępuje

obecnego reżimu prawnego, ustanowionego pod art. 102 TFUE, ale tworzy nową warstwę regulacji. Wiąże się to z poważnymi problemami. Po pierwsze, tworzenie nowej „infrastruktury regulacyjnej” może generować spory definicyjne i niepewność [44]. Po drugie, obecnie nie wiemy, jak będzie wyglądała interakcja pomiędzy „starym prawem konkurencji” oraz DMA. Podstawowe i kluczowe z perspektywy przedsiębiorstw pytanie dotyczy się środków zaradczych DMA – czy będą one stosowane dodatkowo ze środkami prawa konkurencji, czy środki zaradcze wprowadzone w DMA zostaną uznane za lex specialis i stosowanie oddzielnie? Oba te czynniki znacząco wpłyną na zmniejszenie pewności prawnej, co ograniczy chęć podmiotów do podejmowania ryzyka, a tym samym spowolni postęp technologiczny, ze szkodą dla konsumentów i użytkowników biznesowych [45].

KE nie przedstawiła żadnych dowodów, które uzasadniałyby podejmowanie systemowych działań o daleko idących konsekwencjach dla wielu platform i rynków cyfrowych



[40] Ibidem, 12.

[41] Ibidem, 34.

[42] Ibidem.

[43] Ibidem.

[44] Ibidem.

[45] Ibidem.



REGULATIONS

Spowolnienie rozwoju technologicznego

ma wymierne skutki. Próbę policzenia kosztów wynikających z wprowadzenia kontroli ex ante podjął Badri Narayan i Hosuk Lee-Makiyama z European Centre of Political Economy [46].

Z przeprowadzonego przez nich badania wynika, że wprowadzenie nowych regulacji doprowadzi do utraty około 85 mld PKB i 101 mld EUR utraconego dobrobytu konsumentów [47]. Starty te można porównać do utraty wszystkich korzyści, jakie gospodarka UE zdobyła do tej pory dzięki dwustronnym umowom o wolnym handlu.

Konkludując, Komisja Europejska przedstawiła fragmentaryczne dowody na poparcie tezy o problemach istniejących na rynku, które następnie wykorzystwała do uzasadnienia konieczności wprowadzenia obowiązków o charakterze horyzontalnym.

W rezultacie, DMA wywołała poważne zmiany w prawie konkurencji i tym samym zmniejszy pewność prawną oraz chęć przedsiębiorstw do inwestycji i innowacji. Za doskonałą puentę może posłużyć cytata Daniel Beard i Jack Williams:

„sponsorowanie prawników i działów zgodności w celu zaangażowania się w rozległą wymianę z organami regulacyjnymi jest doskonałym sposobem na przesunięcie zasobów od twórców technologii do dostawców usług profesjonalnych. Nie jest jednak jasne, czy taki proces zwiększa użyteczność społeczną i dobrobyt konsumentów.”[48]

Może on zwiększyć ryzyko nieuzasadnionej interwencji organów regulacyjnych. Może on zachęcać operatorów do nadmiernego konserwatyzmu. W szybko zmieniającej się branży złożony proces regulacyjny może być prawdziwą przeszkodą dla innowacji.

[46] Badri Narayan i Hosuk Lee-Makiyama, Economic Costs of Ex ante Regulations, dostępne pod adresem: https://ecipe.org/wp-content/uploads/2020/10/ECL_20_OccPaper_07_2020_Ex-ante_Regulations_LY06.pdf.

[47] Ibidem.

[48] Ibidem.



„Sponsorowanie prawników i działów zgodności w celu zaangażowania się w rozległe wymiany z organami regulacyjnymi jest doskonałym sposobem na przesunięcie zasobów od twórców technologii do dostawców usług profesjonalnych. Nie jest jednak jasne, czy taki proces zwiększa użyteczność społeczną i dobrobyt konsumentów”.

Daniel Beard i Jack Williams

OBOWIĄZKI STRAŻNIKA DOSTĘPU

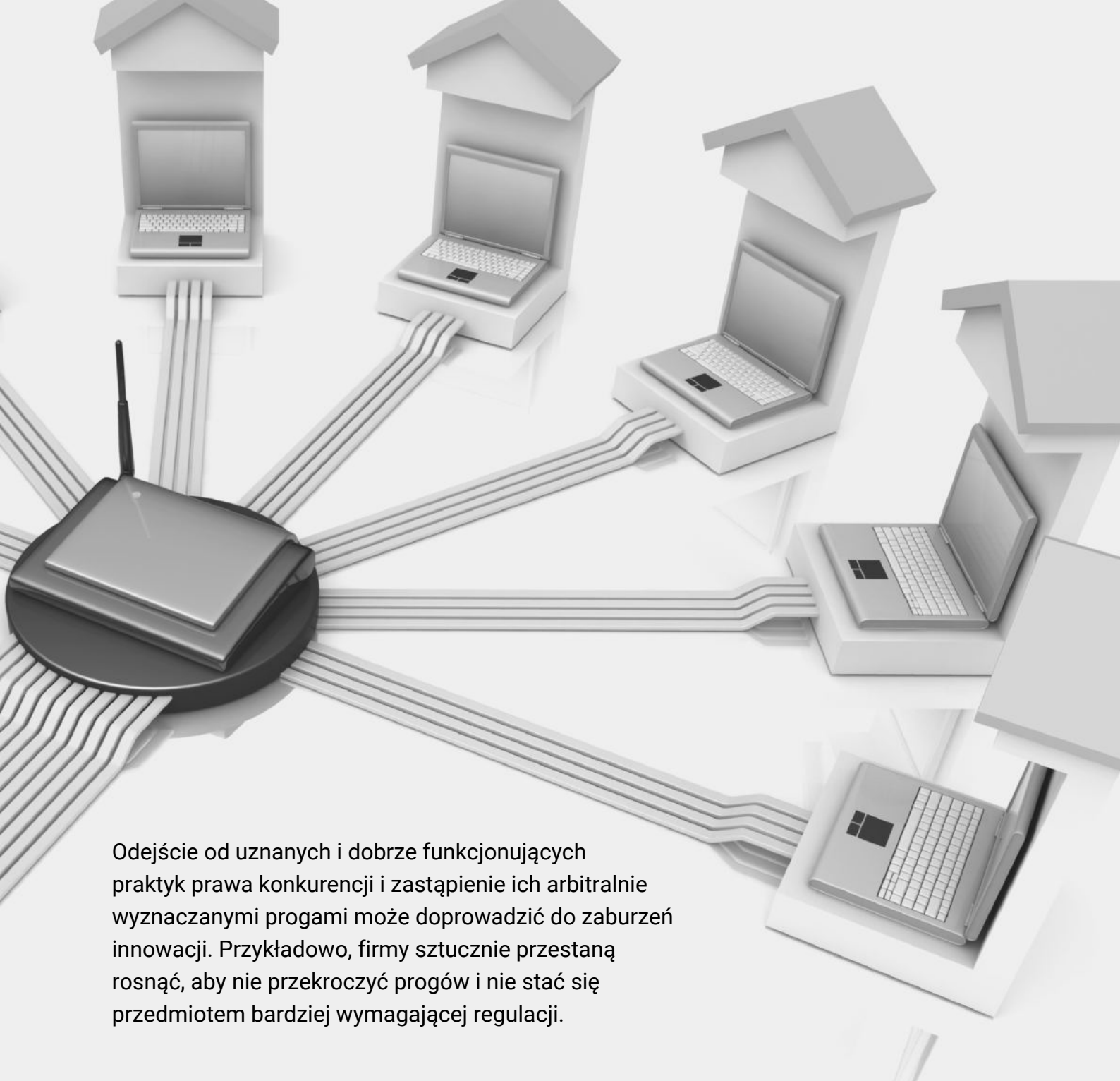
Projekt DMA ustanawia nowe obowiązki dla strażników dostępu, czyli przedsiębiorstw, które kontrolują „podstawowe usługi”, będące ważną „bramą” dla użytkowników biznesowych, umożliwiające dotarcie do użytkowników końcowych. Takie usługi to pośrednictwo online, wyszukiwarki internetowe, portale społecznościowe, platformy udostępniania wideo, niektóre usługi przekazywania wiadomości, systemy operacyjne, usługi w chmurze i usługi reklamowe. DMA wprowadza arbitralne kryteria desygnowania strażników dostępu, odnoszące się do obrotu (roczny obrót na terytorium EOG

wynoszący co najmniej 6,5 mld EUR na przestrzeni ostatnich trzech lat) oraz liczby aktywnych użytkowników (co najmniej 45 mln aktywnych użytkowników końcowych w UE miesięcznie oraz co najmniej 10 000 aktywnych użytkowników biznesowych z siedzibą w Unii rocznie).

Kryteria te stanowią odejście od utrwalonych praktyk prawa konkurencji.

Pojęcie dominacji na rynku pod art. 102 TFUE jest przedmiotem bogatego orzecznictwa TSUE, opartego na obiektywnych kryteriach takich jak udział rynkowy [49].



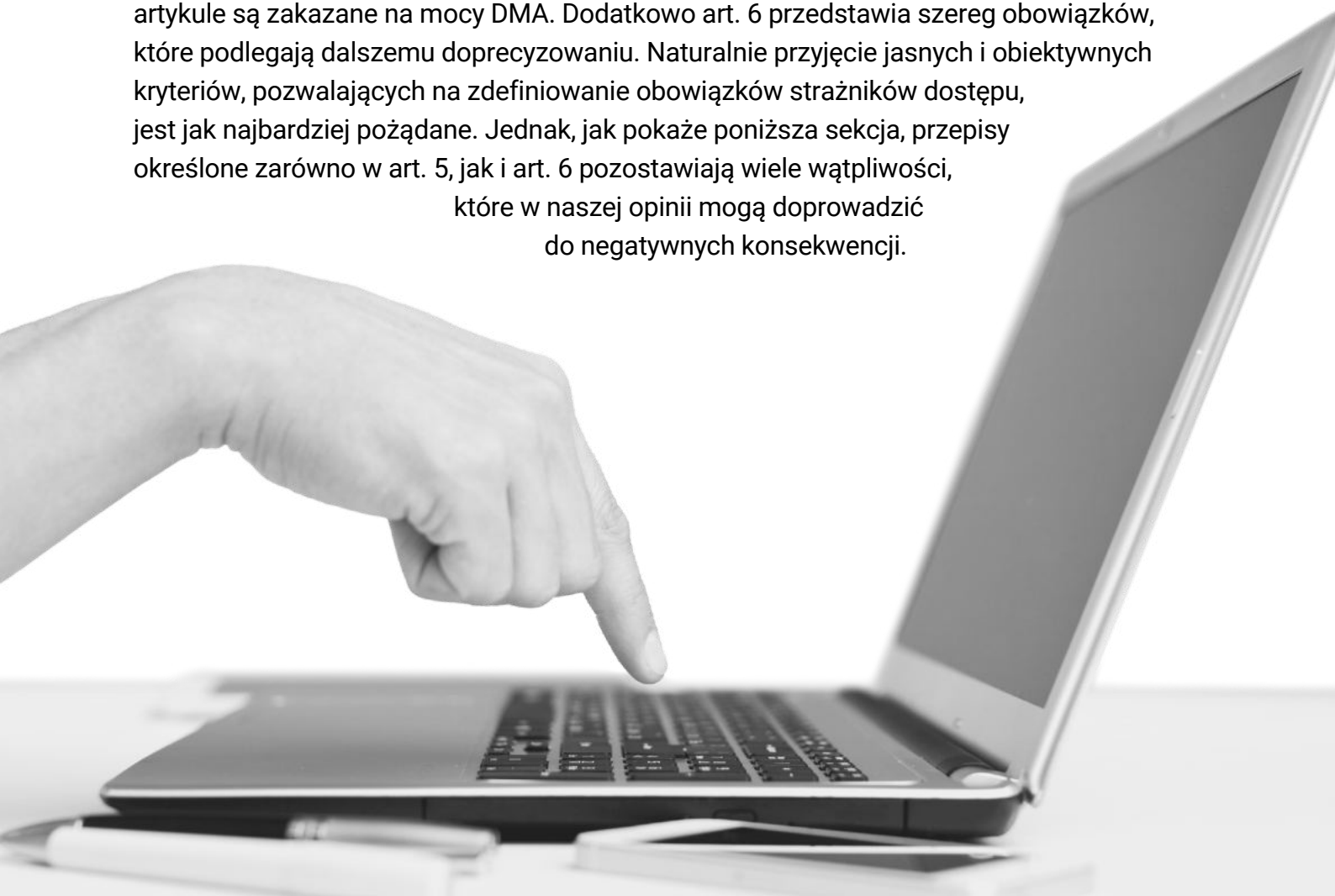


Odejście od uznanych i dobrze funkcjonujących praktyk prawa konkurencji i zastąpienie ich arbitralnie wyznaczanymi progami może doprowadzić do zaburzeń innowacji. Przykładowo, firmy sztucznie przestaną rosnąć, aby nie przekroczyć progów i nie stać się przedmiotem bardziej wymagającej regulacji.

DMA wprowadza arbitralne kryteria desygnowania strażników dostępu, odnoszące się do obrotu (roczny obrót na terytorium EOG wynoszący co najmniej 6,5 mld EUR na przestrzeni ostatnich trzech lat) oraz liczby aktywnych użytkowników (co najmniej 45 mln aktywnych użytkowników końcowych w UE miesięcznie oraz co najmniej 10 000 aktywnych użytkowników biznesowych z siedzibą w Unii rocznie). Kryteria te stanowią odejście od utrwalonych praktyk prawa konkurencji.

Co istotne,

lista kryteriów, na podstawie których przedsiębiorstwo będzie mogło zostać desygnowane jako strażnik dostępu jest otwarta. Art. 3(6) projektu DMA stanowi, że KE może uznać za strażnika dostępu przedsiębiorstwo, które nie osiągnęło wymienionych progów, lecz w ocenie KE wywiera znaczny wpływ na rynek wewnętrzny i ma ugruntowaną i trwałą pozycję w zakresie prowadzonej przez siebie działalności. W tym celu Komisja Europejska bierze pod uwagę elementy takie jak obroty, liczbę użytkowników biznesowych, bariery wejścia, skutki związane ze skalą, uzależnienie użytkowników biznesowych lub końcowych od jednego dostawcy, lecz również inne cechy rynku o charakterze strukturalnym – co pokazuje, że katalog przesłanek jest otwarty. Tak sformułowane przepisy otwierają drogę do arbitralnego stosowania przepisów i budzi poważne wątpliwości, jeśli chodzi o zgodność takiego podejścia z podstawowymi zasadami jak sprawiedliwość, pewność prawna czy praworządność [50]. Z perspektywy przedsiębiorstw aktywnych w sektorze cyfrowym jest to naturalnie ogromne ryzyko, które może doprowadzić do sztucznego ograniczania ich działalności. DMA rozróżnia dwie kategorie obowiązków. Obowiązki zapisane w art. 5 nie podlegają dalszemu doprecyzowaniu, tj. praktyki opisane w tym artykule są zakazane na mocy DMA. Dodatkowo art. 6 przedstawia szereg obowiązków, które podlegają dalszemu doprecyzowaniu. Naturalnie przyjęcie jasnych i obiektywnych kryteriów, pozwalających na zdefiniowanie obowiązków strażników dostępu, jest jak najbardziej pożądane. Jednak, jak pokaże poniższa sekcja, przepisy określone zarówno w art. 5, jak i art. 6 pozostawiają wiele wątpliwości, które w naszej opinii mogą doprowadzić do negatywnych konsekwencji.



[50] Daniel Beard and Jack Williams, The pitfalls of preventing discrimination through ex ante regulation, dostępne pod adresem: <https://chillingcompetition.com/2020/09/04/the-pitfalls-of-preventing-discrimination-through-ex-ante-regulation-by-daniel-beard-and-jack-williams/>.

ZAKAZ ŁĄCZENIA DANYCH

Zgodnie z art. 5(a) strażnik dostępu

„powstrzymuje się od łączenia danych osobowych pozyskiwanych za pośrednictwem tych podstawowych usług platformowych z danymi osobowymi pozyskiwanymi za pośrednictwem dowolnych innych usług oferowanych przez strażnika dostępu lub z danymi osobowymi pozyskiwanymi za pośrednictwem usług świadczonych przez osoby trzecie (...), chyba że użytkownikowi końcowemu zapewniono możliwość dokonania wyboru i wyraził on zgodę w rozumieniu rozporządzenia (UE) 2016/679”. Przepis ten jest inspirowany sprawą Bundeskartellamt (niemieckiego federalnego urzędu antykartelowego) przeciwko portalowi Facebook.

Zgodnie z regulaminem Facebooka użytkownicy mogli korzystać z portalu tylko pod warunkiem, że Facebook mógł gromadzić dane użytkowników również poza stroną internetową Facebooka w internecie lub w aplikacjach na smartfony i przyporządkowywać te dane do konta użytkownika na Facebooku. Wszystkie dane zgromadzone na stronie internetowej Facebooka, w serwisach należących do Facebooka, takich jak np. WhatsApp i Instagram oraz na stronach internetowych osób trzecich mogą być łączone i przypisywane do konta użytkownika na Facebooku. W wyniku tej sprawy, Bundeskartellamt zakazał Facebookowi łączenia danych użytkowników z różnych źródeł bez wyraźniej zgody użytkownika [51].



[51] Bundeskartellamt, Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, dostępne pod adresem: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.



Jednocześnie zasadność takiego ograniczenia

jest wątpliwa, jeśli wziąć pod uwagę ochronę danych gwarantowaną przez RODO. Warto zauważyć również, że w RODO istnieje sześć możliwych podstaw prawnych do przetwarzania danych, z czego tylko jedna wymaga zgody użytkownika. W ramach tej listy nie ma hierarchii, natomiast wszelkie przetwarzanie danych osobowych powinno opierać się na podstawie prawnej, która jest najbardziej odpowiednia w okolicznościach danego przetwarzania [52]. DMA odbiega od tej koncepcji, proponując jedynie zgodę jako ważną podstawę prawną do łączenia danych.

Co ciekawe, DMA zdaje się ograniczać możliwość łączenia danych jedynie w sytuacji gdzie użytkownik nie wyraził zgody na ich przetwarzanie. **W praktyce więc DMA nie doprowadzi do większej ochrony danych użytkowników, a jedynie ograniczy się do konieczności wyrażenia nowej zgody w postaci kliknięcia w odpowiednie okienko.**

Zakaz nie tylko utrudni możliwość poprawy jakości świadczonych usług, a nawet doprowadzi do pogorszenia jakości świadczonych usług.

[52] University College Dublin, Six Legal Bases for Processing – GDPR Article 6, dostępne pod adresem: <https://www.ucd.ie/gdpr/about/sixlegalbasesforprocessinggdprarticle6/>.

TRANSPARENTNOŚĆ

Zgodnie z art. 5(g) strażnik dostępu

„udziela reklamodawcom i wydawcom, na rzecz których świadczy usługi reklamowe, na ich żądanie informacji dotyczących ceny płaconej przez reklamodawcę i wydawcę, a także kwoty lub wysokości wynagrodzenia wypłacanego wydawcy z tytułu opublikowania danej reklamy oraz z tytułu każdej odpowiedniej usługi reklamowej świadczonej przez strażnika dostępu”.

Celem powyższego artykułu jest ustanowienie transparentności w relacjach z użytkownikami biznesowymi. Przezrystość wspomaga budowanie dobrej współpracy, natomiast należy pamiętać, że podstawową zasadą rządzącą relacjami biznesowymi jest swoboda zawierania umów. Ponadto, umowy są bardzo często objęte obowiązkami zachowania poufności. Jednocześnie art. 5(g) projektu DMA może być interpretowany jako wymagający od strażników dostępu nie tylko transparentności w stosunku do cen, jakie płaci dany kontrahent, ale również do ujawnienia cen jakie płaci konkurent. W naszej opinii, w obecnym brzmieniu przepis jest niemożliwy do stosowania w relacjach biznesowych.

Podstawową zasadą rządzącą relacjami biznesowymi jest swoboda zawierania umów, które często objęte obowiązkami zachowania poufności.





ZAKAZ WYKORZYSTYWANIA DANYCH UŻYTKOWNIKÓW BIZNESOWYCH

Art. 6(1)(a) projektu DMA

zobowiązuje strażników dostępu do powstrzymania się „od wykorzystywania – w kontekście konkurencji z użytkownikami biznesowymi – jakichkolwiek niedostępnych publicznie danych wygenerowanych w toku działalności tych użytkowników biznesowych, w tym danych wygenerowanych przez użytkowników końcowych tych użytkowników biznesowych, którzy korzystają z oferowanych przez niego podstawowych usług platformowych, lub z niepublicznie dostępnych danych dostarczonych przez tych użytkowników biznesowych korzystających z oferowanych przez niego podstawowych usług platformowych lub dostarczonych przez użytkowników końcowych tych użytkowników biznesowych”.

Celem tego zakazu było uniemożliwienie strażnikom dostępu do monitorowania danych swoich użytkowników biznesowych w celu lepszego umieszczania reklam i ustalania cen swoich konkurencyjnych produktów i usług. Co ciekawe, motyw 45 projektu DMA, odnoszący się do usług chmurowych, stanowi, że zakaz wykorzystywania danych użytkowników biznesowych „nie powinien mieć wpływu na prawo strażników dostępu do wykorzystywania danych zagregowanych do świadczenia pomocniczych usług w zakresie analizy danych, z zastrzeżeniem zgodności z rozporządzeniem 2016/679 i dyrektywą 2002/58/WE, jak również z właściwymi obowiązkami dotyczącymi usług pomocniczych, określonymi w niniejszym rozporządzeniu”.

Świadczenie usług pomocniczych zostało zatem umożliwiające jedynie usługom chmurowym - inne usługi internetowe będą musiały stosować się do zakazu w pełni.

Jednocześnie należy zauważyć, że art. 6(1)(a) projektu DMA może przynieść niepożądane efekty w kontekście reklamy i wyszukiwania. W obecnym brzmieniu, regulacja może doprowadzić do praktycznego ograniczenia stosowania geolokalizacji. Dzięki geolokalizacji konsumenci mogą znaleźć poszukiwane usługi czy produkty w niedalekiej odległości od siebie. Stanowi to oszczędność czasu i wygodę.

Co ważniejsze, geolokalizacja pozwala odnaleźć miejsca w naszej okolicy, które nie posiadają strony internetowej. W tym miejscu należy zaznaczyć, że ponad 25 proc. europejskich MŚP nie posiada strony internetowej [53]. W rezultacie uchwalenia omawianej regulacji, zostaną one pominięte w wyszukiwarce pozbawionej funkcji geolokalizacji. **To oznaczałoby, że nieprzewidzianą konsekwencją DMA może być pogorszenie sytuacji mniejszych firm.**

art. 6(1)(a) projektu DMA może przynieść niepożądane efekty w kontekście reklamy i wyszukiwania - może doprowadzić do praktycznego ograniczenia stosowania geolokalizacji.



ZAPEWNIENIE DOSTĘPU DO DANYCH

Zgodnie z art. 6(1)(j) projektu DMA strażnik dostępu

„zapewnia dowolnemu dostawcy wyszukiwarek internetowych będącemu osobą trzecią – na jego żądanie – dostęp, na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunkach, do danych dotyczących plasowania, zapytań, kliknięć i wyświetleń związanych z nieodpłatnym i płatnym wyszukiwaniem dokonywanym przez użytkowników końcowych przy wykorzystaniu wyszukiwarek internetowych strażnika dostępu, z zastrzeżeniem anonimizacji danych dotyczących zapytań, kliknięć i wyświetleń będących danymi osobowymi”.

Celem powyższego przepisu jest zapewnienie dostępu do danych. Takie rozwiązanie może w teorii przyczynić się do rozwoju użytkowników biznesowych korzystających z usług strażników dostępu. Jednak w praktyce budzi wiele kontrowersji. Fundamentalny problem z dzieleniem danych dotyczy się ochrony prywatności. RODO zobowiązuje takie podmioty do uniemożliwienia identyfikacji danych osób fizycznych. Podobnie w art. 6(1)(j) widzimy obowiązek anonimizacji danych osobowych. Powstaje wówczas pytanie jak dzielić się danymi, które będą zgodne z przepisami dotyczyły ochrony danych, oraz będą użyteczne dla użytkowników biznesowych. Problemатyczne wydaje się również udostępnienia danych potencjalnie nieograniczonej liczbie podmiotów.





Rozporządzenie nie precyzuje

na jakich zasadach dane miałyby być udostępniane, ani jaki standard bezpieczeństwa danych muszą zapewnić podmioty, żądające dostępu do danych. Podobnie w DMA nie znajdziemy zapisu regulującego odpowiedzialność w przypadku pogwałcenia ochrony danych.

Kolejne zagrożenie wiąże się z potencjalnymi nadużyciami. Tak sformułowany przepis otwiera drogę złym aktorom do wykorzystywania DMA do uzyskania informacji o funkcjonowaniu algorytmów i zaburzaniu funkcjonowania wyszukiwarek.

Ostatecznie należy zastanowić się nad wpływem zwiększonego przesyłu danych na środowisko. W 2020 roku branża ICT odpowiadała za 3,6 proc. światowego śladu węglowego, a centra danych będą odpowiadać za 45 proc. całkowitego śladu węglowego branży, co stanowi wzrost o 12 % w porównaniu z 2010 r. i liczba ta będzie rosła w postępie geometrycznym [54]. Co więcej, istnieje możliwość, że zanonimizowane dane nie będą stanowiły wartości dla użytkowników biznesowych. Wówczas znajdziemy się w sytuacji, gdy przepis DMA generuje koszty dla środowiska, nie przynosząc żadnej realnej wartości. Zdaje się więc, że należy dokonać dogłębnej oceny skutków projektowanego przepisu i upewnić się, że jest on zgodny z innymi strategicznymi celami UE.

W 2020 roku branża ICT odpowiadała za 3,6 proc. światowego śladu węglowego, a centra danych będą odpowiadać za 45 proc. całkowitego śladu węglowego branży, co stanowi wzrost o 12 % w porównaniu z 2010 r.

PODSUMOWANIE

Na poziomie deklaratywnym DMA

ma zapewnić sprawiedliwe warunki konkurencji online i poprawić dobrobyt europejskich konsumentów. Obawiamy się jednak, że DMA może doprowadzić do odwrotnych niż zamierzone konsekwencji: pogorszyć jakość usług cyfrowych świadczonych dla europejskich biznesów i konsumentów, spowolnić rozwój technologiczny i zmniejszyć wzrost gospodarczy, aż wreszcie zagrozić odbudowie po pandemii koronawirusa. Zagrożeń tych upatrujemy w kilku źródłach.

Po pierwsze, DMA nie jest aktem oderwanym od systemu prawnego UE, ale integralną częścią szybko zmieniającego się otoczenia regulacyjnego dla sektora cyfrowego. W naszym raporcie wymieniamy siedem aktów prawnych, regulujących szeroko pojętą gospodarkę cyfrową, które weszły w życie lub zostały zaproponowane od 2018 roku – i nie jest to wyczerpująca lista. Co istotne,

zakres stosowania niektórych z tych regulacji pokrywa się – przykładowo RODO z rozporządzeniem ePrivacy w kontekście ochrony danych osób fizycznych, rozporządzenie P2B oraz DMA w kontekście regulowania warunków współpracy z platformami online, rozporządzenie ws. rozpowszechniania treści terrorystycznych online i dyrektywa ws. praw autorskich oraz DSA w kontekście treści publikowanych online. KE zdaje się proponować nowe regulacje nie zważając na fakt, że często nie upłynął czas pozwalający na rzetelną ocenę skutków wprowadzenia poprzedniej. W ten sposób nie tylko znacząco zwiększa obciążenia regulacyjne na przedsiębiorców, generując koszty i utrudniając funkcjonowanie biznesu w szczególności małym europejskim podmiotom, ale również zmniejsza pewność prawną, co zniechęca przedsiębiorstwa do podejmowania ryzyka, innowacji i inwestycji. Podatek cyfrowy to kolejna inicjatywa, która ze względu na swoją przerzucalność, przełoży się na wzrost kosztów dla partnerów biznesowych dużych platform cyfrowych i konsumentów - czyli Europejki i Europejczyków.

DMA może doprowadzić do odwrotnych niż zamierzone konsekwencji: pogorszyć jakość usług cyfrowych świadczonych dla europejskich biznesów i konsumentów, spowolnić rozwój technologiczny i zmniejszyć wzrost gospodarczy, aż wreszcie zagrozić odbudowie po pandemii koronawirusa.

Dodatkowo obserwujemy trend zastępowania dyrektyw rozporządzeniami. Co do zasady takie działanie wzmocni integralność prawa cyfrowego jednolitego rynku. Należy jednak pamiętać, że KE przewiduje możliwość doprecyzowania postanowień rozporządzeń, w tym DMA, w drodze aktów delegowanych, co otwiera drogę do tzw. backdoor regulation.

Po drugie, zmiany zaproponowane w DMA stanowią kopernikański przewrót w stosunku do ustalonych zasad prawa konkurencji. W ocenie KE, szkodliwe efekty strukturalne nieuczciwych praktyk są tak poważne, że należy zmienić system kontroli z ex post na ex ante. Jako kluczową cechę charakterystyczną platform, która zagraża konkurencji i konsumentom, wymienia się brak multi-homingu oraz bariery w zmianie wykorzystywanej przez użytkownika platformy.

Na poparcie tej tezy nie są przytoczone jednak żadne rzetelne dowody. W istocie, aby udowodnić brak zjawiska multi-homingu w całym sektorze cyfrowym

jest cytowane jedno badanie sprzed dekady dotyczące użytkowania określonego rodzaju smartfonów, a trudności w zmianie użytkowanej platformy są uzasadnione w odniesieniu do wyników grupy



fokusowej, która składała się jednego 90-minutowego spotkania z dziewięcioma osobami. Co gorsza, wyniki badania przeprowadzonego na próbie ponad 11 tysięcy konsumentów zlokalizowanych w dziesięciu krajach na pięciu kontynentach pokazują, że multi-homing występuje w każdym kraju objętym badaniem oraz że ponad 40 proc. badanych podjęło decyzję o zaprzestaniu korzystania z platformy. Powyższe wyniki jasno pokazują, że retoryczne tezy, uzasadniające ogromne zmiany wprowadzane przez DMA, nie znajdują poparcia w wynikach badań empirycznych.

KE zdaje się proponować nowe regulacje nie zważając na fakt, że często nie upłynął czas pozwalający na rzetelną ocenę skutków wprowadzenia poprzedniej. W ten sposób nie tylko znacząco zwiększa obciążenia regulacyjne na przedsiębiorców, generując koszty i utrudniając funkcjonowanie biznesu w szczególności małym europejskim podmiotom, ale również zmniejsza pewność prawną, co zniechęca przedsiębiorstwa do podejmowania ryzyka, innowacji i inwestycji.

Dodatkowo DMA, mimo wprowadzenia nieuzasadnionego systemu kontroli ex ante, nie wyklucza kontroli ex post pod art. 102 TFUE. Brak pewności prawnej zniechęca podmioty do podejmowania ryzyka i innowacji, ponownie ze szkodą dla konsumentów i biznesów.

Ostatecznie należy zauważyć, że spowolnienie postępu technologicznego grozi utratą około 85 mld PKB i 101 mld EUR dobrobytu konsumentów – czyli równowartości wszystkich korzyści, które gospodarka UE zdobyła do tej pory dzięki dwustronnym umowom o wolnym handlu [55].

Po trzecie, należy wymienić kilka przepisów DMA, które mogą doprowadzić do niezamierzonych konsekwencji. Zakaz łączenia danych z różnych usług oferowanych przez samego strażnika może pociągnąć za sobą praktyczne niedogodności dla użytkowników, utrudnić doskonalenie, a nawet pogorszyć funkcjonowanie aplikacji, przynosząc wątpliwą wartość dodaną, biorąc pod uwagę fakt, że ochrona danych osobowych jest zagwarantowana przez RODO. Zapis dotyczący transparentności może być interpretowany, jako wymagający od przedsiębiorców przejrzystości w stosunku do cen, jakie płaci dany kontrahent, jak również cen jakie płaci konkurent.



SPOWOLNIENIE POSTĘPU TECHNOLOGICZNEGO GROZI UNI EUROPEJSKIEJ UTRATĄ (W EURO)

85 mld

i

101 mld

PKB

**DOBROBYTU
KONSUMENTÓW**

W naszej opinii,

przepis w obecnym brzmieniu jest niemożliwy do stosowania w relacjach biznesowych. Zakaz wykorzystywania danych użytkowników biznesowych ma na celu uniemożliwienie nieuczciwej konkurencji, jednak w praktyce może doprowadzić do pogorszenia jakości usług świadczonych, w tym do ograniczenia geolokalizacji przy wyszukiwaniu, co odbije się najmocniej na małych i średnich przedsiębiorstwach, które nie mają strony internetowej i tracą w ten sposób widoczność. Ponadto przepisy dotyczące zapewnienia dostępu do danych budzą wątpliwości z perspektywy ochrony danych. Zasadność przepisu może być poddana pod wątpliwość również biorąc pod uwagę fakt, że zanonimizowane dane nie będą stanowiły wartości dodanej dla użytkowników biznesowych. Skumulowanym efektem wszystkich zmian może być to, że przedsiębiorcy w UE będą korzystać z de facto gorszych i trudniejszych w obsłudze usług. Warto pamiętać, że nakładanie kolejnych restrykcji na przedsiębiorców i będące tego konsekwencją pogorszenie jakości świadczonych usług spowolni tempo rozwoju sektora cyfrowego w Unii Europejskiej, który ma kluczowe znaczenie dla odbudowy gospodarczej po kryzysie wywołanym pandemią.

Równoległym problemem jest kwestia niedookreśloności szeregu obowiązków i zakazów uwzględnionych w DMA. Mimo że znamy już propozycję regulacji, jesteśmy w tej chwili w stanie wyobrazić sobie jedynie potencjalne konsekwencje ich zastosowania. To powoduje, że szczególną rolę powinno przyznać się dialogowi biznesu z regulatorem w celu doprecyzowania konkretnych przepisów DMA, tak by możliwe było jak najpełniejsze osiągnięcie celów regulacji, bez jednoczesnego doprowadzenia do opisanych wyżej negatywnych skutków.

Nakładanie kolejnych restrykcji na przedsiębiorców i będące tego konsekwencją pogorszenie jakości świadczonych usług spowolni tempo rozwoju sektora cyfrowego w Unii Europejskiej, który ma kluczowe znaczenie dla odbudowy gospodarczej po kryzysie wywołanym pandemią.



51 900

zrzeszonych firm



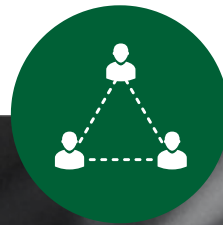
580 000

pracowników
w firmach
członkowskich



15

organizacji
regionalnych



20

organizacji
branżowych



ZPP

ZWIĄZEK PRZEDSIĘBIORCÓW
I PRACODAWCÓW

**SKONTAKTUJ
SIĘ Z NAMI**

WWW.ZPP.NET.PL



13 500

cytowań w mediach
rocznie



80 000

followers – profile na
Twitter



128 000

fanów
na Facebook



740 000

minimalny zasięg
miesięczny
na Facebook



WWW.ZPP.NET.PL

ZWIĄZEK PRZEDSIĘBIORCÓW I PRACODAWCÓW