internetowy
# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY
1(11)
2022
SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Prawo konkurencji a projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – kto przypilnuje strażników?**
- **Uprawnienia Prezesa UOKiK na platformach sprzedażowych w związku ze zgłoszeniami „naruszeń" praw własności intelektualnej, które mogą skutkować ograniczeniem konkurencji**
- **Problematyka uzyskiwania i wykonywania praw z patentu z perspektywy prawa ochrony konkurencji ze szczególnym uwzględnieniem sektora farmaceutycznego**
- **Przełamując podziały pomiędzy ochroną pracy i konkurencji, czyli jak chronić uczestników *gig economy*?**
- **Ocena nowelizacji komunikatu Komisji Europejskiej dotyczącego ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (IPCEI)**

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

1(11)
2022

133. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB

Redaktor statystyczny: prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 4.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);
PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126;
www.ikar.wz.uw.edu.pl
e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28,
PL – 00-927 Warszawa; tel. (+48-22) 55-34-164

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA;
PL – 00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198;
tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl
e-mail: elipsa@elipsa.pl

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI · WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA ·

Rada Naukowa

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku) – przewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (doktor honoris causa Uniwersytetu im. Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, emerytowany pracownik Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Członkowie:

Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Unii Europejskiego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Prof. dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.).

Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (sędzia Trybunału Konstytucyjnego).

Prof. dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego).

Dr hab. **Krystyna Kowalik-Bańczyk** (sędzia Sądu UE).

Prof. UMCS dr hab. **Grzegorz Kozieł** (Instytut Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie).

Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Katedry Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego).

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Sądu Najwyższego).

Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego).

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; Prorektor ds. Współpracy z Otoczeniem w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; emerytowana sędzia NSA).

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (honorowy dyrektor CARS).

Prof. dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie).

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej; Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego).

Kolegium Redakcyjne

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (kierownik Pracowni Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor naczelna; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl.

Dr hab. **Maciej Bernatt** (dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych i kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. ochrony konkurencji i konsumentów; e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl.

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Zakładu Administracyjno-Prawnych Problemów Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. regulacji sektorowych; e-mail: spiatek@wz.uw.edu.pl.

Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; e-mail: wierzbinski@wz.uw.edu.pl.

Prof. UW dr hab. **Cezary Banasiński** (kierownik Centrum Prawa Technologii Cyfrowych i Przedsiębiorczości WPiA UW) – redaktor tematyczny ds. ustrojowego prawa konkurencji; e-mail: c.banasinski@wpia.uw.edu.pl.

Dr **Michał Będkowski-Kozioł** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji transportu; e-mail: m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl.

Dr **Mateusz Chołodecki** (CARS) – redaktor tematyczny ds. regulacji komunikacji elektronicznej; e-mail: mateusz.cholodecki@amu.edu.pl.

Prof. UEKat dr hab. **Marzena Czarnecka** (Katedra Prawa i Ubezpieczeń w Kolegium Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji sektora elektroenergetycznego i odnawialnych źródeł energii; e-mail: marzena.czarnecka@ue.katowice.pl.

Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Nauk o Polityce i Administracji w Kolegium Mediów i Komunikacji Społecznej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; prorektor WSIiZ ds. Nauki) – redaktor tematyczna ds. materialnoprawnych reguł konkurencji; e-mail: ajurkowska@wsiz.edu.pl.

Dr **Magdalena Knapp** (Katedra Prawa Własności Intelektualnej, Prawa Gospodarczego Publicznego i Prawa Pracy Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor tematyczna ds. przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej; e-mail: m.knapp@uwb.edu.pl.

Dr **Marcin Kraśniewski** (Uniwersytet SWPS) - redaktor tematyczny ds. regulacji sektora gazowego, ciepłowniczego i paliwowego; e-mail: mar.krasniewski@gmail.com

Prof. INP PAN dr hab. **Grzegorz Materna** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji, Instytut Nauk Prawnych PAN) – redaktor tematyczny ds. procesowego prawa konkurencji; e-mail: g_materna@wp.pl.

Prof. UŁ dr hab. **Monika Namysłowska** (kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ) – redaktor tematyczna ds. ochrony konsumentów; e-mail: mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl.

Prof. UWr dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski) - redaktor tematyczna ds. regulacji rynku finansowego i ochrony klienta usług finansowych; e-mail: edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl.

Dr **Dominik Wolski** (adiunkt w Katedrze Prawa i Administracji Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. Wojciecha Korfantego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji; e-mail: dominik.wolski@gwsh.pl.

Agnieszka Kotowska (Koordynatorka Krajowa CARS), redaktor techniczna; e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl; akotowska@wz.uw.edu.pl.

Spis treści

Ochrona konkurencji na styku różnych dziedzin prawa – temat wciąż aktualny (od redaktora prowadzącego) 6

Artykuły

Urszula Czarnomska-Bokowy, **Prawo konkurencji a projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – kto przypilnuje strażników?** 8

Marta Miszczuk, **Uprawnienia Prezesa UOKiK na platformach sprzedażowych w związku ze zgłoszeniami „naruszeń" praw własności intelektualnej, które mogą skutkować ograniczeniem konkurencji** 21

Agnieszka Anusz, **Problematyka uzyskiwania i wykonywania praw z patentu z perspektywy prawa ochrony konkurencji ze szczególnym uwzględnieniem sektora farmaceutycznego** 33

Filip Wiaderek, Zofia Wiaderek, **Przełamując podziały pomiędzy ochroną pracy i konkurencji, czyli jak chronić uczestników *gig economy*?** 45

Aleksandra Lisicka-Firlej, **Ocena nowelizacji komunikatu Komisji Europejskiej dotyczącego ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (IPCEI)** 66

Przegląd prawa i orzecznictwa

Edyta Rutkowska-Tomaszewska, Artur Zwaliński, **Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach stosowania niedozwolonych klauzul we wzorcach umownych dotyczących usług finansowych za lata 2020–2021** 79

Konrad Kohutek, **Obliczanie terminu przedawnienia dla roszczeń o naprawienie szkody antymonopolowej. Glosa do wyroku Sądu Okręgowego z 9 lipca 2021 r., X GC 114/20** 99

Anna Mlostoń-Olszewska, **Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów jako organ administracji publicznej. Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 listopada 2019 r., I OSK 2617/19** 105

Paulina Komorowska, **Nadużycie pozycji dominującej poprzez naruszenie ochrony danych osobowych na przykładzie sprawy *Bundeskartellamt vs Facebook*** 118

Sprawozdania

Sprawozdanie z seminarium INP PAN pn. „W kierunku nowych unijnych wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję", Warszawa, 8 listopada 2021 r. (Artur Szmigielski). 130

Sprawozdanie z seminarium INP PAN pn. „Nowe technologie, nowi monopoliści: aktualne trendy w unijnym orzecznictwie antymonopolowym", Warszawa, 19 maja 2022 r. (Kamil Flis) 134

Contents, Summaries and Key Words 137

Ochrona konkurencji na styku różnych dziedzin prawa – temat wciąż aktualny
(od redaktora prowadzącego)

Głównym tematem niniejszego numeru iKAR-a są relacje między prawem konkurencji a innymi gałęziami prawa. To problematyka wielowymiarowa i wciąż dostarczająca pretekstów do refleksji naukowej, potwierdzająca trafność słów: *w nauce najciekawsze rzeczy dzieją się na styku różnych dziedzin*, które dały tytuł wydanej niedawno księdze jubileuszowej Profesor Małgorzaty Król-Bogomilskiej. Mimo więc wielu kompleksowych opracowań, tematów do rozważań dostarcza nadal m.in. problematyka relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej. Nie wyczerpały się też tematy do badań zasad stosowania reguł konkurencji w sektorach regulowanych czy też zakresu możliwej interwencji organów antymonopolowych w branżach, w których ograniczenia konkurencji wynikają z samych przepisów prawa. Wśród nowszych tematów refleksji naukowej nad relacjami między prawem konkurencji a innymi gałęziami prawa wymienić należy problematykę tworzenia warunków rozwoju i ochrony konkurencji w warunkach gospodarki cyfrowej, na którą to sferę prawo konkurencji współoddziałuje obok np. przepisów o ochronie danych osobowych czy prawa pracy.

Zebrane tu teksty potwierdzają, że problematyka ochrony konkurencji na styku różnych dziedzin prawa to temat wciąż aktualny. Szczegółowych aspektów oddziaływania za pomocą różnych instrumentów prawnych na przedsiębiorców w sektorze cyfrowym dotyczy artykuł mgr Urszuli Czarnomskiej-Bokowy na temat propozycji legislacyjnej Komisji Europejskiej, tzw. aktu o rynkach cyfrowych (*Digital Markets Act*), zmierzającego do ustalenia listy obowiązków i zakazów, którym podlegać mają duże – często o pozycji dominującej – platformy internetowe odgrywające rolę strażników dostępu (*gatekeepers*). Z kolei mec. Marta Miszczuk zajęła się problemem wykorzystywania procedur rejestrowania wzoru wspólnotowego do monopolizacji sprzedaży produktów od lat będących w obrocie oraz oceną uprawnień Prezesa UOKiK do przeciwdziałania ograniczeniom konkurencji, jakimi ta praktyka może skutkować. Kolejny artykuł, przygotowany przez mgr Agnieszkę Anusz, dotyczy problemów współoddziaływania praw własności intelektualnej oraz prawa konkurencji w sektorze farmaceutycznym. Z kolei pp. Filip i Zofia Wiaderkowie zajęli się problemem dysproporcji siły rynkowej pomiędzy platformą a uczestnikami *gig economy* (na przykładzie Ubera) i roli jaką powinno przyjąć prawo konkurencji w kwestii rokowań zbiorowych przez osoby samozatrudnione. Część artykułową tego zeszytu iKAR-a kończy tekst mgr Aleksandry Lisickiej-Firlej nt. oceny nowelizacji komunikatu KE dot. ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (IPCEI).

Spośród przeglądów orzecznictwa problematyki wiodącej numeru dotyczy tekst mec. Pauliny Komorowskiej, omawiający problematykę nadużywania pozycji dominującej przez naruszenie ochrony danych osobowych na przykładzie sprawy *Bundeskartellamt vs Facebook*. W tym numerze znalazły się również opracowania spoza problematyki ochrony konkurencji na styku różnych dziedzin prawa. Do tego nurtu należy przygotowane przez prof. Edytę Rutkowską-Tomaszewską i dyr.

Artura Zwalińskiego omówienie decyzji Prezesa UOKiK w sprawach stosowania niedozwolonych klauzul we wzorcach umownych dotyczących usług finansowych za lata 2020–2021. Prof. Konrad Kohutek przedstawił zaś glosę do wyroku sądu w istotnej z perspektywy *private enforcement* kwestii obliczania terminu przedawnienia dla roszczeń o naprawienie szkody antymonopolowej. Interesująco przedstawia się też komentarz dr Anny Mlostoń-Olszewskiej do postanowienia NSA w sprawie statusu powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów jako organu administracji publicznej.

W ostatniej części numeru, tradycyjnie poświęconej wybranym wydarzeniom konferencyjnym, Czytelnicy znajdą sprawozdanie Artura Szmigielskiego z seminarium INP PAN na temat projektowych nowych unijnych wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Warszawa, 8 listopada 2021 r.) oraz sprawozdanie Kamila Flisa z seminarium INP PAN pn. „Nowe technologie, nowi monopoliści: aktualne trendy w unijnym orzecznictwie antymonopolowym” (Warszawa, 19 maja 2022 r.).

Wszystkim Czytelnikom życzę inspirującej lektury.

Warszawa, dn. 26 maja 2022 r.

dr. hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN
kierownik Zakładu Prawa Konkurencji
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

Urszula Czarnomska-Bokowy*

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

Spis treści

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

Streszczenie

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

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

JEL: K21

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

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

I. Wstęp

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

DMA ma być nowym narzędziem służącym do przeciwdziałania szkodliwym praktykom na rynkach cyfrowych, do których nie mają zastosowania obecnie obowiązujące unijne reguły konkurencji albo wobec których reguły te nie są skuteczne[1].

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

II. Uwagi wprowadzające

Celem proponowanej regulacji jest zapewnienie, że rynki cyfrowe będą funkcjonowały jako rynki kontestowalne i uczciwe poprzez ustalenie listy obowiązków i zakazów, których podmiotem będą duże platformy internetowe odgrywające rolę strażników dostępu (*gatekeepers*). Strażnikiem dostępu jest dostawca podstawowych usług platformowych obejmujących: (i) usługi pośrednictwa internetowego (w tym na przykład platformy handlowe, sklepy z aplikacjami i usługi pośrednictwa internetowego w innych sektorach, takich jak mobilność, transport lub energia); (ii) wyszukiwarki internetowe; (iii) serwisy społecznościowe; (iv) usługi platformy udostępniania wideo; (v) usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów; (vi) systemy operacyjne; (vii) usługi w chmurze oraz (viii) usługi reklamowe, który równocześnie: (a) wywiera znaczący wpływ na rynek wewnętrzny; (b) obsługuje co najmniej jeden istotny punkt dostępu umożliwiający dotarcie do konsumentów oraz (c) osiągnął lub oczekuje się, że osiągnie ugruntowaną i trwałą pozycję w zakresie prowadzonej działalności[2].

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

Potrzeba stworzenia odrębnej regulacji dla tych podmiotów wynika ze specyficznej struktury rynków cyfrowych, na których występuje szczególnie silne oddziaływanie efektów sieciowych oraz wysokie bariery wejścia[3]. Powoduje to wyjątkowe premiowanie pionierów rynkowych, którzy mają możliwość stworzenia i ukształtowania *de facto* zupełnie nowych rynków, a równocześnie rzucają wyzwania rynkom tradycyjnym poprzez kreowanie nowych modeli biznesowych w oparciu

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

[2] Ibidem, s. 3.

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

o gromadzenie i przetwarzanie dużej ilości danych[4]. Tacy przedsiębiorcy tworzą konglomeratowe ekosystemy wokół świadczonych przez siebie usług, dzięki czemu uzależniają użytkowników biznesowych od konkretnej platformy. To z kolei pozwala właścicielowi platformy przenieść zdobytą w ten sposób przewagę ekonomiczną na inne, powiązane rynki oraz skutecznie blokuje dostęp do takich rynków pozostałym przedsiębiorcom. Celem DMA jest więc wyeliminowanie występowania takich blokad (bądź przynajmniej ich zmniejszenie) poprzez wymuszenie na strażnikach dostępu stosowania mechanizmów mających zapewnić równy dostęp do swoich usług.

Rozporządzenie ma jednocześnie zapobiec fragmentaryzacji rynku wewnętrznego UE, która jest realnym zagrożeniem w wypadku podejmowania przez państwa członkowskie samodzielnych inicjatyw regulacyjnych prowadzących do rozwiązania problemów na rynkach cyfrowych[5].

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

III. Prawo konkurencji na rynkach cyfrowych

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

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

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

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

dotyczących ochrony danych osobowych[7]. Jednocześnie rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z 4.1.2003 r.), nie ogranicza państw członkowskich w zakresie przyjmowania bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003)[8].

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

Pierwszą z przyczyn nieodpowiedniej efektywności jest brak możliwości wystarczająco szybkiego działania organów ochrony konkurencji. Możliwość szybkiego działania jest kluczowa dla skuteczności podejmowanych działań na rynkach cyfrowych oraz dla usunięcia występujących zakłóceń konkurencji (Heinemann, 2021, s. 2, i n.; Mantzari, 2020, s. 487). Europejskie organy ochrony konkurencji starają się zaradzić temu problemowi poprzez stosowanie środków tymczasowych i decyzji zobowiązaniowych[9], które pozwalają na sprawniejszą i szybszą reakcję niż postępowania kończące się stwierdzeniem naruszenia. Z pewnością należy docenić takie starania, choć warto zaznaczyć, że organy sięgają po te środki wyjątkowo rzadko (decyzja dotycząca środków tymczasowych w sprawie *Broadcom* była pierwszym tego typu działaniem KE po 18-letniej przerwie). Dodatkowo jedną z przyczyn jest orzecznictwo TSUE, które nie ułatwiło stosowania tego narzędzia, uzależniając jego użycie od rygorystycznych warunków[10]. Ponadto niezależnie od tych inicjatyw, decyzje organów ochrony konkurencji w momencie wydawania odnoszą się zasadniczo do praktyk mających miejsce wiele lat wcześniej[11]. Niejednokrotnie nie dotyczą aktualnych problemów, z którymi boryka się sektor i w konsekwencji nie mają realnego wpływu na poprawę warunków konkurencji – jeśli chodzi zarówno o zakończenie konkretnej praktyki, jak i o efekt odstraszający, wpływający na zachowania pozostałych uczestników rynku.

Ograniczona skuteczność prawa antymonopolowego wynika ze zindywidualizowanego charakteru spraw i braku generalnego skutku decyzji. Pomimo precedensowego charakteru niektórych rozstrzygnięć oraz ich efektu prewencyjnego, decyzje organów ochrony konkurencji nie oddziałują *erga omnes*, wobec czego nie przynoszą efektów dla całego sektora[12]. Taki charakter decyzji sprawia, że zasadniczo osoby, które poniosły szkodę w wyniku zachowań analogicznych do objętych decyzją, jednak dokonywanych przez inny podmiot bądź ten sam podmiot, ale działający w innym państwie członkowskim, nie korzystają z ułatwień dowodowych wynikających z dyrektywy w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego[13].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Przykładowo, można wskazać że określony w art. 5 pkt a) obowiązek uzyskania zgody na łączenie danych osobowych z różnych źródeł danych (np. gdy dostawca serwisu społecznościowego zbiera dane uzyskane od użytkowników za pośrednictwem swoich innych usług) jest inspirowany decyzją niemieckiego organu ochrony konkurencji w sprawie *Facebook*[14] oraz decyzją włoskiego organu ochrony konkurencji w sprawie *WhatsApp*[15]. Wskazany w art. 5 pkt b) zakaz stosowania szerokich klauzul największego uprzywilejowania (*most-favored-nation clause*, klauzule MFN) oraz środków o równoważnym skutku, takich jak np. podwyższenie stawek prowizji czy usunięcie ofert użytkownika powstał na kanwie spraw prowadzonych przez Komisję Europejską dotyczących platform, takich jak *Amazon*[16], *Booking*[17] oraz *Apple Store*[18]. Z kolei zakaz wykorzystywania pozycji „zależności" użytkowników biznesowych oraz użytkowników końcowych do korzystania z podstawowych usług platformy świadczonych przez strażnika wraz z innymi podstawowymi usługami platformy[19], wprowadzony w art. 5 pkt f), ma swoje źródło w decyzji KE w sprawie *Google Android*[20].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nie ulega wątpliwości, że prawo konkurencji nie tylko kształtuje, lecz także wzajemnie uzupełnia się z przepisami regulacyjnymi funkcjonującymi w poszczególnych sektorach[24]. Ponadto przepisy antymonopolowe zmierzają do zapewnienia konkurencji na rynku, podczas gdy re-

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

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

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

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

gulacja może realizować szerszy zestaw celów, takich jak np. ochrona danych osobowych lub środowiska[25].

Projektowane rozporządzenie ma być odpowiedzią na wskazane wyżej niedostatki prawa konkurencji. Możliwość szybszego i efektywniejszego reagowania, którą ma zapewnić DMA, nie wynika przede wszystkim ze specyfiki, jaką cechują się regulacje stosowane *ex ante*. W przeciwieństwie do prawa konkurencji, znajduje ona zastosowanie niejako automatycznie, po spełnieniu przez dostawcę usług platformowych określonych progów ilościowych i jakościowych[26]. Nie jest zatem wymagane prowadzenie szczegółowego postępowania, w ramach którego konieczne jest wyznaczenie rynku właściwego (gdyż przedsiębiorca może działać na wielu rynkach w rozumieniu prawa antymonopolowego) bądź stwierdzenie jego pozycji dominującej (Colomo, 2021, s. 22), co na rynkach cyfrowych przysparza organom ochrony konkurencji szczególnych trudności. Dodatkowo projekt przewiduje, że określone działania tak wyznaczonych podmiotów są zakazane *per se*, bez konieczności wykazania (chociażby potencjalnego) wpływu takich działań na konkurencję (Isaac i Chrétien, 2021, s. 14)[27]. Taki charakter przepisów, stosowanych niezależnie od poziomu konkurencji na rynku oraz docelowo „permanentnie", odróżnia DMA od wielu przepisów regulujących sektory sieciowe, w szczególności przepisów prawa telekomunikacyjnego[28]. Regulacja na rynkach łączności stosowana jest w wypadku zidentyfikowania braku konkurencji na określonym rynku i ma na celu zrekompensowanie jej braku oraz realizację określonych polityk, w oparciu o zasadę, że regulacja powinna odpowiadać na zidentyfikowany problem, który nie może być rozwiązany przez prawo konkurencji i dla którego przewidziano środek naprawczy, stosowany przez pewien okres i wycofywany, gdy problem zostanie rozwiązany.

DMA stanowić ma uzupełnienie obowiązujących unijnych i krajowych reguł konkurencji. Zgodnie z uzasadnieniem projektu „[p]rzedmiotem niniejszego wniosku są nieuczciwe praktyki stosowane przez strażników dostępu, które nie są objęte zakresem stosowania obecnie obowiązujących unijnych reguł konkurencji albo, wobec których reguły te nie są skuteczne, mając na uwadze, że egzekwowanie przepisów w zakresie przeciwdziałania praktykom monopolistycznym dotyczy sytuacji na określonych rynkach, nieuchronnie ma miejsce po wystąpieniu ograniczającego zachowania lub zachowania stanowiącego nadużycie oraz wiąże się z przeprowadzeniem procedur dochodzeniowych w celu ustalenia nadużycia, co wymaga czasu"[29]. KE wskazuje, że skuteczna egzekucja regulacji ma zminimalizować szkodliwe efekty strukturalne nieuczciwych praktyk *ex ante* bez ograniczania zdolności do interwencji *ex post* na podstawie unijnych i krajowych reguł konkurencji[30].

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

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

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

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

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

[30] Ibidem.

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

Mając na uwadze, że jak wskazano powyżej katalog obowiązków wynikających z art. 5 i 6 DMA dotyczy przede wszystkim praktyk, które mogą być zakwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej, nie ulega wątpliwości, że prawo antymonopolowe i DMA będą mogły znaleźć zastosowanie w odniesieniu do tożsamych zachowań platform cyfrowych[31].

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

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

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

Zasada ta stanowi podstawową zasadę prawa Unii[32], potwierdzoną w art. 50 Karty Praw Podstawowych w odniesieniu do postępowań i sankcji karnych. Jednocześnie stosowana jest w odmienny sposób w zależności od gałęzi prawa jakiej dotyczy[33].

Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że w postępowaniu w sprawie nałożenia grzywny przewidzianym w przepisach z zakresu prawa konkurencji zasada *ne bis in idem*, ze względu na jej quasi-karny charakter, powinna być przestrzegana[34]. Oznacza to, że nie można ponownie ścigać lub karać przedsiębiorcy w związku z działaniem, za które zostało ono już prawomocnie ukarane lub stwierdzono, że nie podlega ono odpowiedzialności (wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., *Toshiba Corporation i in.*, C-17/10, pkt 97). Dotyczy to sytuacji równoległego stosowania unijnych

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

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

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

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

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

Zastosowanie zasady *ne bis in idem* w postępowaniu na podstawie prawa konkurencji zależy od: (i) istnienia wcześniejszej, ostatecznej decyzji (warunek *bis*) oraz (ii) od tożsamości zachowania antykonkurencyjnego będącego przedmiotem wcześniejszej decyzji oraz późniejszych postępowań lub późniejszych decyzji (warunek *‚idem'*)[35]. Spełnienie warunku *‚idem'* jest natomiast uzależnione od spełnienia trzech przesłanek: (i) tożsamości zdarzeń; (ii) tożsamości podmiotu popełniającego naruszenie oraz (iii) tożsamości chronionego interesu prawnego[36].

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

Rezygnacja z kryterium chronionego interesu prawnego na gruncie prawa konkurencji groziłaby pozbawieniem go jakiejkolwiek skuteczności. Jednocześnie możliwość zmodyfikowania tego standardu jest uzasadniona ze względu na to, że postępowanie nie jest stricte postępowaniem karnym[37].

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

Chroniony interes prawny jest to dobro społeczne lub wartość społeczna, które dane ramy prawne lub ich część mają chronić i zachować[38].

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

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

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

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

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

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

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

prawa użytkowników biznesowych, zapewnienia im sprawiedliwego traktowania, osiągnięcie konkurencji na platformie oraz umożliwienia wejścia na rynki potencjalnym konkurentom (Colomo, 2021). Ponadto jako cel regulacji wskazywana jest ochrona danych osobowych (Bazenov, 2021, s. 8). Uzasadnienie projektu rozporządzenia wskazuje, że jego przedmiotem są praktyki nieobjęte zakresem obowiązywania prawa konkurencji, ale także takie wobec których prawo konkurencji nie jest skuteczne, przede wszystkim ze względu na długotrwały charakter postępowań[40]. Jednocześnie motyw 32 i 33 Rozporządzenia podkreślają, że pojęcie kontestowalności odnosi się do zdolności przedsiębiorstw do skutecznego pokonywania barier wejścia i rozwoju oraz do kwestionowania pozycji strażnika dostępu, a uczciwość dotyczy sytuacji braku równowagi między prawami a obowiązkami użytkowników biznesowych, w której to sytuacji strażnik dostępu uzyskuje nieproporcjonalną przewagę.

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

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

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

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

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

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

idem i każdorazowym badaniem kryterium chronionego interesu prawnego niezależnie od dziedziny prawa, której sprawa dotyczy[41].

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

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

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

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

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

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

z czym proponowały decentralizację stosowania niektórych przepisów rozporządzenia jako sposób na wsparcie KE, a także na efektywne wykorzystanie posiadanych zasobów[43].

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

Problem udziału organów antymonopolowych w stosowaniu rozporządzenia był jedną z głównych osi negocjacji między Radą, a PE. Propozycja PE zakładała dużo większą dyskrecjonalność KE, która mogłaby zablokować możliwość nałożenia obowiązków na strażnika dostępu przez krajowy organ ochrony konkurencji na podstawie przepisów prawa konkurencji, w wypadku jeśli stałyby one w sprzeczności z rozporządzeniem lub decyzją KE wydaną na podstawie rozporządzenia, a nawet dopiero planowaną przez KE[44].

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

VIII. Podsumowanie

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

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

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

Jednocześnie przewagą prawa konkurencji jest elastyczność i zdolność do radzenia sobie z tym co niespodziewane, wynikająca z uniwersalnego charakteru przepisów. W związku z tym będzie ono stanowić „siatkę bezpieczeństwa" dla DMA, znajdując zastosowanie w przypadku praktyk nieobjętych regulacją (ewentualnych luk) oraz pozwalając na dynamiczne reagowanie na nowe zachowania platform, czyniąc cały system odpornym na dynamiczne zmiany charakterystyczne dla rynków cyfrowych[45].

Bibliografia

Bazenov, P. (2021). The Digital Markets Act (DMA): A Procompetitive Recalibration of Data Relations? *Journal of Law, Technology and Policy*, *2022*(1). Pozyskano z: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3970101.

Colomo, P.I. (2021). The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis. *Journal of European Competition Law & Practice*, *12*(7).

Dunne, N. (2021). The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment. *LSE Legal Studies Working Paper*, (09). Pozyskano z: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871315.

Heinemann, A. (2021). Competition law in need for speed. *Concurrences*, (4).

Herrera, J. i Esteves, F. (2020). *Digital Markets Act : impact assessment support study : executive summary and synthesis report*. Publications Office. Pozyskano z: https://data.europa.eu/doi/10.2759/791349.

Isaac, H. i Chrétien, J. (2021). *Digital Markets Act: A revolution or a legal contradiction?*, Renaissance Numérique. Pozyskano z: https://www.renaissancenumerique.org/system/attach_files/files/000/000/285/original/Renaissance_Nume%CC%81rique-NOTE_DMA_English.pdf?1617294205 (20.02.2022).

Komninos, A. (2021). The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement. W N. Charbit, S. Gachot (red.), *Eleanor M. Fox Liber Amicorum: Antitrust Ambassador to the World.* Institute of Competition Law.

Małobęcka-Szwast, I. (2018). Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako nadużycie pozycji dominującej? Postępowanie Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi, *IKAR*, *8*(7).

Mantzari, D. (2020). Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications for Digital Markets. *Journal of European Competition Law & Practice*, 11(9). Pozyskano z: https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa045.

Nazzini, R. (2020). Standard of Foreclosure under Article 102 TFEU and the Digital Economy. *King's College London Law School Research Paper.* Pozyskano z: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3650837. Pozyskano z: https://ssrn.com/abstract=3650837 (20.02.2022).

Petit, N. (2021). *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review.* Pozyskano z: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3843497 (20.02.2022).

Szmigielski, A. (2018). Między skutecznością równoległego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej a ochroną praw podstawowych – rozważania o zakazie podwójnego karania w jednym postępowaniu antymonopolowym w świetle sprawy C-617/17. PZU. *EPS*, (9).

Van den Bergh, R. i Weber, F. (2021). The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law? *World Competition*, *44*(1).

Zdzieborska, M. i Ciubotaru, S. (2021). There and Back Again: Towards a Coherent Ne Bis In Idem Principle In EU, *Kluwer Competition Law Blog.* Pozyskano z: http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/09/14/there-and-back-again-towards-a-coherent-ne-bis-in-idem-principle-in-eu-law/ (20.02.2022).

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

Marta Miszczuk*

Uprawnienia Prezesa UOKiK na platformach sprzedażowych w związku ze zgłoszeniami „naruszeń” praw własności intelektualnej, które mogą skutkować ograniczeniem konkurencji

Spis treści

I. Wzór przemysłowy jako szczególne prawo własności intelektualnej
   1. Wzór wspólnotowy
   2. Prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego
II. Platformy sprzedażowe i regulaminy naruszeń praw własności intelektualnej
III. Działania podejmowane w celu przywrócenia naturalnej konkurencji
   1. Powołanie się na archiwalne oferty
   2. Unieważnienie wzoru
   3. Obowiązki prawne nakładane na platformy sprzedażowe
   4. Zaufane podmioty sygnalizujące
IV. Egzekwowanie przepisów unijnych – jak głęboko Prezes UOKiK może ingerować w wewnętrzne systemy rozpatrywania skarg?
V. Podsumowanie

Streszczenie

W EUIPO istnieje możliwość zarejestrowania w ciągu kilku dni wzoru wspólnotowego, który jest chroniony na terytorium całej UE. Procedura rejestracji nie wymaga sprawdzenia czy wzór spełnia ustawowe przesłanki (tzw. system rejestracji). Ostatnio jest ona wykorzystywana do monopolizacji sprzedaży produktów, które od lat są w obrocie. Sprawa dotyczy wyłącznie platform sprzedażowych, gdyż one stosują regulaminy naruszeń PWI, traktujące w automatyczny sposób udzielone prawa własności przemysłowej i kwalifikują pozostałych sprzedawców jako naruszycieli. Ze względu na to, że sprzedaż online w znacznej mierze realizowana jest poprzez platformy sprzedażowe, problem nabiera znaczenia. Artykuł ma na celu analizę, na podstawie akt prawnych dotyczących sprzedaży online (jak rozporządzenie Platform-to-Business czy procedowany jeszcze Digital Services Act), zakresu uprawnień Prezesa UOKiK do wpływania na treść regulaminów naruszeń PWI na poszczególnych platformach sprzedażowych. Takie działanie mieści się bowiem w ramach ochrony konsumentów oraz ochrony interesów przedsiębiorców podejmowanej w interesie publicznym.

* Magister, rzeczniczka patentowa, radczyni prawna, szefowa działu IP w Kancelarii Affre i Wspólnicy sp.k.; adres e-mail: marta.miszczuk@affre.pl.

Słowa kluczowe: rozporządzenie Platform-to-Business; DSA; PWI; platformy sprzedażowe; wzory wspólnotowe; uprawnienia Prezesa UOKiK.

JEL: K21, K39

I. Wzór przemysłowy jako szczególne prawo własności intelektualnej

Wzory przemysłowe (fr. *dessins et modèles industriels*, ang. *industrial desings*) to „rozwiązania z pogranicza sztuki i przemysłu” (Tischner, 2012, s. 3). Jako wzór przemysłowy chroniony jest wygląd produktu – to, co postrzegalne okiem. Mogą być to więc: pojazdy, meble, wózki dziecięce, zabawki, sprzęt AGD, artykuły dekoracyjne, ubrania czy obuwie, ale także wygląd stacji benzynowych, wnętrza sklepów, interfejsy stron internetowych, ikonki w komunikatorach czy fonty. Znanymi wzorami są np. deseń LV, kształt Nike Air, spinner, wygląd kostki do zmywarki. Podmiotami, które rejestrują najwięcej wzorów wspólnotowych są Rieker, Nike, Pierre Balmain, Bosch, Samsung, Apple czy Philips. Najczęściej zgłaszane są natomiast wzory dla mebli, odzieży, sprzętu do przetwarzania danych, czwarte miejsce zajmują zaś opakowania i kontenery do transportu produktów – znak naszych czasów[1].

Wzornictwo przemysłowe jest regulowane w wielu aktach prawa międzynarodowego. Każdy kraj członkowski Związku Paryskiego ma odrębną regulację dotyczącą wzorów przemysłowych. Zakres ochrony, warunki formalne, a nawet czas ochrony znacznie się różnią, gdyż konwencja paryska[2] reguluje tę kwestię w minimalnym stopniu. Wzornictwo przemysłowe chronione jest również na mocy konwencji berneńskiej[3] jako dzieła sztuki stosowanej (fr. *les oeuvres des arts appliquès à l’industrie*, ang. *works of applied arts*). Konwencja berneńska jednoznacznie dopuszcza możliwość ochrony niektórych wzorów jako utwór w rozumieniu prawa autorskiego, nie wykluczając jednoczesnej ochrony szczególnej wzorów przemysłowych. Przy czym każde z państw członkowskich decyduje o reżimie ochrony (może być kumulatywny, tak jest m.in. w Polsce). Minimalne standardy ochrony wzorów przemysłowych przewiduje także Porozumienie TRIPS[4], jednak ustępuje ono w tym zakresie regulacji unijnej.

Na potrzeby tego artykułu przedmiotem zainteresowania jest system jednolitej ochrony wzorów w całej Unii Europejskiej. Dlatego skoncentrowano się na ochronie wzorów przemysłowych wynikającej z prawa unijnego. Jednak analogiczne wnioski dotyczą krajowych praw z rejestracji wzorów przemysłowych, tyle że ograniczają się do konkretnego kraju.

1. Wzór wspólnotowy

Prawo unijne zbliżyło ochronę wzornictwa przemysłowego w krajach członkowskich UE. Dyrektywa 98/71[5] wprowadziła pod koniec lat 90. jednolitą siatkę pojęciową, która stosowana jest

[1] Dane z 2019 roku. Zob. EUIPO_DS_Focus_Report_2010-2019_Evolution_en.pdf (5.01.2022).

[2] Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej z 20.03.1883 r., zmieniona w Brukseli 14.12.1900 r., w Waszyngtonie 2.06.1911 r., w Hadze 6.11.1925 r., w Londynie 2.06.1934 r., w Lizbonie 31.10.1958 r., w Sztokholmie 14.07.1967 r. (Dz. U. 1975 9/51).

[3] Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 9.09.1886 r. zmiana wielokrotnie, Polskę obowiązuje Akt paryski konwencji berneńskiej z 1971 r. (Dz. U. 1935 84/515).

[4] Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej z 15.04.1994 r. (Dz. Urz. UE 1994 L 336/214).

[5] Dyrektywa 98/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.10.1998 r. w sprawie prawnej ochrony wzorów (Dz. Urz. UE 1998 L 289/28).

do dziś. Jednocześnie z dyrektywą 98/71 procedowane było rozporządzenie 6/2002 w sprawie wzorów wspólnotowych (dalej: RWW)[6], które szczegółowo reguluje ten przedmiot ochrony. Celem ustanowienia prawa z wzoru wspólnotowego było umocnienie jednolitego rynku, w szczególności poprzez wyeliminowanie przeszkód do swobodnego przepływu towarów. Takimi przeszkodami w kontekście produktów zawierających wzór mogą być krajowe prawa z rejestracji wzorów, traktowane w różny sposób lub nawet będące w rękach różnych podmiotów.

Zgodnie z art. 3 RWW „wzorem” jest „postać całego lub części produktu, wynikająca w szczególności z cech linii, konturów, kolorystyki, kształtu, tekstury i/lub materiałów samego produktu i/lub jego ornamentacji”. Jednak nie każdy *design* może być chroniony jako wzór wspólnotowy. Wzór musi spełniać dwie przesłanki: być nowy oraz posiadać tzw. indywidualny charakter. Nowość rozumiana jest jako nowość światowa, czyli nowy to taki, który różni się tylko nieistotnymi szczegółami i nie został wcześniej udostępniony publicznie. Natomiast o „indywidualnym charakterze” mówimy wtedy, gdy całościowe wrażenie, jakie wzór wywołuje na tzw. poinformowanym użytkowniku, jest inne niż wszystko, co ten użytkownik wcześniej widział. Bierze się przy tym pod uwagę naturę produktu, do którego odnosi się wzór lub w którym się zawiera, w szczególności sektor przemysłu, do którego należy oraz stopień swobody twórcy przy opracowywaniu tego wzoru. „Poinformowany użytkownik” to ktoś bardziej zaangażowany niż przeciętny konsument, np. osoba, która regularnie nabywa tego typu produkty (mama, która kupuje tego rodzaju zabawki swojemu dziecku, osoba, która regularnie nabywa obuwie sportowe – jeżeli w tych produktach zawiera się wzór).

2. Prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego

Prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego obejmuje terytorium całej UE. Prawo można uzyskać, składając jeden wniosek w Europejskim Urzędzie ds. Własności Intelektualnej w Alicante (EUIPO) – w tym samym, w którym składa się wnioski o ochronę unijnych znaków towarowych. Co istotne, EUIPO nie bada czy zgłaszany wzór spełnia przesłanki rejestracji. Udziela prawa z rejestracji niejako z automatu dla każdego wzoru, który został zgłoszony i prawidłowo opłacony. Dlatego system ten nazywamy systemem rejestracji, a nie systemem badawczym, jaki jest stosowany przy innych prawach własności przemysłowej. Przykładowo, udzielając patentu na wynalazek, właściwy urząd sprawdza czy gdziekolwiek na świecie pojawiły się informacje na temat tego rozwiązania. Urzędnik przeszukuje nie tylko bazy patentowe, lecz także sprawdza w literaturze naukowej oraz w pismach branżowych. Jeśli znajdzie analogiczne rozwiązanie lub rozwiązanie różniące się nieistotnymi szczegółami – patent nie zostanie udzielony (podobnie jest przy wzorach użytkowych, nazywanych często „małymi wynalazkami”). Również znaki towarowe są badane przed udzieleniem prawa. Właściwe urzędy wprawdzie nie sprawdzają już czy zgłoszone oznaczenie jest podobne do innego znaku wcześniej zgłoszonego lub zarejestrowanego (w Polsce było tak jeszcze do 2016 roku) – każdy przedsiębiorca musi dziś sam sprawdzać czy podmioty trzecie nie próbują zgłosić znaków podobnych. Natomiast urząd bada znak pod kątem niektórych kryteriów, np. czy znak nie jest ogólnoinformacyjny (opisowy) i powinien pozostać dostępny dla wszystkich podmiotów na rynku albo czy oznaczenie w ogóle nadaje się do tego, aby jednoznacznie wskazać na konkretnego producenta. To jest bowiem podstawowa funkcja znaku towarowego.

[6] Rozporządzenie Rady (WE) nr 6/2002 z 12.12.2001 r. w sprawie wzorów wspólnotowych (Dz. Urz. UE 2002 L 3/1).

Tymczasem prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego udzielane jest niemalże bez jakiegokolwiek badania. Zakres badania ogranicza się do sprawdzenia czy zgłoszenie odpowiada wymogom formalnym oraz czy została uiszczona opłata (Poźniak-Niedzielska i Sieńczyło-Chlabicz, 2016, s. 73). EUIPO sprawdza jedynie czy wzór nie jest sprzeczny z porządkiem publicznym lub przyjętymi dobrymi obyczajami. Jak czytamy w pkt 18 preambuły RWW, „[n]iniejszy system rejestracji zasadniczo nie powinien opierać się na badaniu merytorycznym, dotyczącym zgodności z wymaganiami dotyczącymi ochrony przed rejestracją, tym samym sprowadzając do minimum rejestrację i inne obciążenia proceduralne spoczywające na wnioskodawcach”. Dalej w pkt 24 preambuły RWW czytamy „[f]undamentalny cel niniejszego rozporządzenia stanowi fakt, iż procedura rejestracji wzoru wspólnotowego powinna pociągać za sobą dla wnioskodawców minimalne koszty i trudności, stając się łatwo dostępna zarówno dla małych i średnich przedsiębiorstw, jak i dla twórców indywidualnych”. Cel takiego uregulowania jest szczytny. Wzornictwo przemysłowe zmienia się dość szybko. Dlatego właśnie jego ochrona nie może być ograniczona zbędnym formalizmem czy wieloletnim badaniem, jak w przypadku wynalazków, a czasami nawet znaków towarowych.

Prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego, chronionego na całym terytorium UE, można uzyskać za niewielką opłatą (aktualnie 350 EUR za pierwsze 5 lat ochrony) i w ekspresowym tempie (procedura trwa do 2 tygodni od daty zgłoszenia i uiszczenia opłaty). Jest to prawo własności przemysłowej, które najłatwiej uzyskać. Jednak równie łatwo można je stracić. Jeśli wzór nie spełnia ustawowych przesłanek, każdy może wszcząć procedurę unieważnieniową. Opłata za wniosek o unieważnienie wynosi 350 EUR. Wystarczy wykazać, że taki wzór był wcześniej udostępniony publicznie albo że nie jest on oryginalny (nie różni się istotnie od innych wzorów dostępnych na rynku na tyle, aby wywoływać odmienne wrażenie).

Jako potwierdzenie udzielonego prawa właściciel wzoru otrzymuje od EUIPO tzw. świadectwo rejestracji. Jest w nim wskazany właściciel prawa – może nim być każda osoba fizyczna lub prawna, również spoza UE. Na świadectwie rejestracji jest też zdjęcie, rysunek bądź inna forma graficzna przedstawiająca wzór (tak jak został zgłoszony), a także rodzaj produktów, w których odzwierciedlony jest wzór, według klasyfikacji lokarneńskiej (np. pojazdy i ich części, obuwie, zabawki, tekstylia). Właściciel zarejestrowanego wzoru wspólnotowego ma wyłączne prawo do jego używania. Jednocześnie ma on prawo do zakazywania osobom trzecim używania wzoru bez jego zgody, a w przypadku naruszenia może wszcząć postępowanie sądowe przed wyspecjalizowanym krajowym sądem IP.

Wzór wspólnotowy jest więc bardzo korzystny dla podmiotu, który chce sprzedawać swoje produkty na terytorium całej UE. Zamiast zgłaszać odrębne wzory w poszczególnych krajach UE, może korzystać z jednolitej ochrony unijnej i wobec wielu platform sprzedażowych posługiwać się tym samym świadectwem rejestracji. Koszty ochrony unijnej również są niższe niż uzyskanie poszczególnych krajowych praw. Wynika to m.in. z faktu, że zagraniczni przedsiębiorcy muszą być reprezentowani przed krajowymi urzędami przez lokalnych pełnomocników.

II. Platformy sprzedażowe i regulaminy naruszeń praw własności intelektualnej

Kiedy ponad 20 lat temu prawnicy pracowali nad regulacją dotyczącą jednolitego wzoru wspólnotowego, handel elektroniczny dopiero raczkował. Powoli rozwijała się sprzedaż online, głównie za pomocą własnych stron internetowych. Skutkowało to pierwszymi regulacjami dotyczącymi handlu elektronicznego na poziomie unijnym (np. dyrektywa o handlu elektronicznym[7]). W Polsce pierwszy sklep internetowy powstał w 1997 roku (Terent), w 1999 roku działalność rozpoczął Merlin, a następnie Empik (Piszcz, 2016, s. 300), w 1999 roku powstał również serwis Allegro.

Dziś handel elektroniczny wypiera handel tradycyjny. Niektórzy sprzedawcy działają już tylko w Internecie, nie posiadają fizycznych sklepów. Coraz częściej nie mają oni nawet własnej strony internetowej. Sprzedają przez pośredników, jakimi są platformy sprzedażowe (*marketplace*). Dzięki takim platformom mogą w łatwy sposób dotrzeć do szerokiego grona konsumentów, co w przypadku własnej strony www jest utrudnione lub wręcz niemożliwe (aż 33% Polaków wskazuje platformy typu *marketplace* jako preferowane miejsce zakupu w Internecie[8]). Sprzedawca zawiera z właścicielem platformy umowę w formie adhezyjnej, w postaci akceptacji szeregu regulaminów. Po spełnieniu wymogów formalnych może umieszczać na platformie swoje produkty. Jego oferta pojawia się w wynikach wyszukiwania zgodnie z algorytmem stosowanym przez daną platformę.

Większość platform handlowych – w celu zwiększenia oferty i zachęcenia nawet dużych graczy do sprzedaży przez platformę – opracowała i wdrożyła procedury naruszeń praw własności intelektualnej (PWI). Właściciel PWI bądź każda inna osoba, która ma podstawy, aby przypuszczać, że oferowany produkt narusza PWI, może to zgłosić. Osoba, która uważa, że jej prawo zostało naruszone, musi zazwyczaj przedstawić dowód posiadania prawa (np. świadectwo ochronne znaku towarowego) lub złożyć odpowiednie oświadczenie, wykazując na czym polega naruszenie. Właściciel platformy zobowiązuje się następnie podjąć odpowiednie działania. Zazwyczaj jest to usunięcie aukcji, często nawet bez poinformowania sprzedawcy o przyczynach takiego działania. Największe platformy działają w sposób automatyczny – za pomocą sztucznej inteligencji. Wydaje się to uzasadnione z uwagi na ogromną liczbę publikowanych tam dziennie ofert.

Podmioty pochodzące najczęściej spoza UE wykorzystują, często w złej wierze, zautomatyzowane systemy weryfikacji naruszeń PWI w połączeniu ze specyficzną procedurą rejestracji wzorów przemysłowych[9]. Rejestrują one znane od lat produkty jako wzór wspólnotowy. Najczęściej są to przedmioty znane i sprzedawane od lat – szybko rotujące. Bardzo często są to produkty sezonowe (np. huśtawki ogrodowe tuż przed sezonem letnim, znicze jesienią czy ozdoby choinkowe przed gwiazdką). Następnie zgłaszają na platformie naruszenie zgodnie z procedurą naruszeń PWI, załączając świeże świadectwo rejestracji podpisane przez EUIPO. We wniosku wskazują wszystkie aukcje konkurencyjnych sprzedawców, które rzekomo naruszają ich „prawo wyłączne”. Konkurencyjne oferty sprzedaży są wtedy automatycznie usuwane, najczęściej przez algorytm, gdyż sprzedawany produkt jest często identyczny ze wzorem zarejestrowanym w warunkach,

[7] Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 3.06.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz. Urz. UE 2000 L 178/1).

[8] Badanie „Allegro, Amazon i marketplace” przeprowadzone przez agencję Inquiry – za portalem dlahandlu.pl. Pozyskano z: https://www.dlahandlu.pl/e-commerce/wiadomosci/raport-amazon-daleko-w-tyle-za-allegro,102926.html (11.01.2022).

[9] Pisał o tym m.in. J. Styczyński (2021) albo niedawno O. Rudak (2022), sporo jest także artykułów na forach i wśród grup sprzedawców (np. post z 23.02.2021 na grupie Zjednoczeni Sprzedawcy na FB).

które można określić jako nadużycie prawa. Sprzedawcy zostają z towarem w magazynach i ryzykiem usunięcia ich konta z platformy (a co za tym idzie również pogorszenia opinii na ich temat). Właściciele praw uzyskanych często nieuczciwie z wykorzystaniem systemu, który miał wspierać przedsiębiorców, cieszą się swoistym monopolem na platformie aukcyjnej. A konsumenci nie mają wyboru i płacą więcej.

Problem występuje wyłącznie na platformach sprzedażowych, gdyż tylko one mają procedury naruszeń PWI. Zazwyczaj właściciele praw do wzorów wspólnotowych, uzyskanych w sposób opisany powyżej, nie wysyłają listów ostrzegawczych do właścicieli sklepów internetowych sprzedających identyczne, znane od lat produkty. Zasadniczo właściciel prawa nie będzie dochodził swoich roszczeń w sądzie, wie bowiem, że jego „prawo” bardzo łatwo można unieważnić. Natomiast platformy sprzedażowe są związane własnymi procedurami. Od strony formalnej prawo wyłączne, na które powołuje się nieuczciwy kontrahent, istnieje na mocy decyzji organu. Blokowane są jednak oferty sprzedawców, którzy dany produkt sprzedają przez tę konkretną platformę od lat. Platforma ma w swoich archiwalnych zasobach jednoznaczny dowód na to, że na dany wzór prawo z rejestracji nie powinno zostać udzielone. Taki wzór nie jest nowy – nie spełnia więc podstawowego warunku rejestracji wzoru.

III. Działania podejmowane w celu przywrócenia naturalnej konkurencji

Platformy sprzedażowe stoją na stanowisku, że problem jest raczej znikomy. Według danych Digital Commerce 360 w 2021 roku sprzedaż przez największe platformy handlowe na świecie (takie jak Alibaba, Amazon, eBay czy Allegro) stanowiła 62,5% globalnej sprzedaży internetowej[10]. Dlatego proceder nieuczciwego nadużywania możliwości szybkiego i taniego uzyskania rejestracji na znane produkty w celu wyeliminowania konkurencji będzie narastał wraz z dalszym, nieuniknionym rozwojem e-handlu przez platformy sprzedażowe. Niewiedza platform odnośnie do wykorzystywania ich systemu w celu ograniczania konkurencji może wynikać m.in. z tego, że sprzedawcy, których aukcje są usuwane, często nie są informowani o powodach usunięcia i nie mają świadomości, że mogą się od tej decyzji odwołać. Jednak nawet gdyby się odwołali – to platformy, jak twierdzą, mają związane ręce. Nieuczciwy sprzedawca przedstawia bowiem oryginalne i formalnie ważne świadectwo rejestracji wzoru wspólnotowego, wydane przez kompetentny urząd. Prawo zostało udzielone, dlatego taki nieuczciwy przedsiębiorca spełnia wszystkie przesłanki, aby objąć ochroną jego produkt – nawet jeśli istnieje uzasadnione przypuszczenie (a nawet dowody, w których posiadaniu jest platforma), że jest to nieuczciwe. W takich sytuacjach platformy oczekują działań od poszkodowanych sprzedawców, np. złożenia wniosku o unieważnienie wzoru lub wykazania swoich racji w inny sposób.

1. Powołanie się na archiwalne oferty

W niektórych przypadkach poszkodowany sprzedawca powołuje się na swoje archiwalne oferty dotyczące tego samego produktu. W odwołaniu od decyzji (o ile taką otrzyma) wkleja przykładowo linki do swoich poprzednich ofert, publikowanych na tej samej platformie. Tym sposobem

[10] Pozyskano z: https://www.digitalcommerce360.com/product/online-marketplaces-report/ (11.01.2022).

sprzedawca wykazuje, że już wcześniej, tj. przed rejestracją spornego wzoru, zajmował się sprzedażą tego produktu i nikt tego nie kwestionował. Wykazuje także, że dany produkt jest w obrocie od wielu lat, a jego monopolizacja przez podmiot próbujący zablokować konkurencyjne oferty jest nieuczciwa i bezzasadna. Taka argumentacja czasami jest skuteczna. Wszystko zależy od osoby rozpatrującej odwołanie. Nawet w ramach tej samej platformy zdarza się, że jeden pracownik takie uzasadnienie zaakceptuje, inny zaś – nie.

2. Unieważnienie wzoru

Często platformy oczekują unieważnienia wzoru albo przynajmniej wszczęcia procedury jego unieważnienia (wzmianki o toczącym się postępowaniu). Unieważnienie ma skutek *ex tunc*. W praktyce, jak pisałam powyżej, wzór wspólnotowy można w łatwy sposób unieważnić[11], szczególnie taki, który został zarejestrowany nieuczciwie, np. nie spełnia kryterium nowości, gdyż produkty objęte wzorem funkcjonują na rynku od lat.

Sytuacja byłaby nawet prosta, gdyby wzór wspólnotowy można było unieważnić równie szybko, jak go zarejestrować. Postępowanie unieważnieniowe trwa jednak co najmniej rok, tyle samo trwa więc monopol nieuczciwego przedsiębiorcy na sprzedaż produktów objętych wzorem. Sami sprzedawcy często nie są w ogóle świadomi, że takie prawo można unieważnić. Ponadto unieważnienie wzoru wspólnotowego wymaga złożenia wniosku i uiszczenia opłaty w wysokości 350 EUR. Zazwyczaj potrzebna jest pomoc prawna, co też kosztuje. Oczywiście EUIPO przyznaje w decyzji unieważnieniowej koszty od strony przegrywającej. Prawomocna decyzja EUIPO jest tytułem egzekucyjnym i podlega procedurze nadania klauzuli wykonalności przez krajowy sąd IP po sprawdzeniu jedynie autentyczności tytułu (art. 71 ust. 1 i 2 RWW). Procedura ta obowiązuje tylko w UE, natomiast większość nieuczciwych podmiotów zarejestrowana jest poza UE, najczęściej w Chinach. Podmioty z Chin mają aktualnie ponad 100 tys. zarejestrowanych wzorów wspólnotowych, więcej mają tylko podmioty z Niemiec, USA, Francji oraz Włoch[12]. Podmioty z Chin od 2019 roku rejestrują najwięcej (po Niemczech) wzorów wspólnotowych, a w latach 2010–2019 zanotowały niemal 900% wzrost.

Właściciele wzorów nie są też w żaden sposób weryfikowani. EUIPO nie wymaga jakiegokolwiek numeru identyfikacyjnego, nie sprawdza adresu, a jeśli opłata za wzór zostaje uiszczona z konta innego podmiotu niż zgłaszający – wystarczające jest oświadczenie. Trudno więc uzyskać od takiego podmiotu zwrot należności zasądzonych przez EUIPO w wygranym postepowaniu o unieważnienie wzoru.

W pkt 19 preambuły RWW czytamy „[n]ie należy utrzymywać w mocy wzoru wspólnotowego, jeśli wzór ten nie jest nowy i jeśli nie posiada indywidualnego charakteru w porównaniu z innymi wzorami”. Jednak nie przewidziano procedury unieważnienia z urzędu. Zawsze wymagany jest do tego wniosek i opłata.

[11] Blisko 70% wniosków o unieważnienie zostaje uwzględnionych. Zob. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/news/EUIPO_DS_Focus_Report_2010-2019_Evolution_en.pdf (5.01.2022).

[12] Pozyskano z: https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/the_office/statistics-of-community-designs_en.pdf (5.01.2022).

3. Obowiązki prawne nakładane na platformy sprzedażowe

W związku z rozwojem e-handlu, przyspieszonym i zintensyfikowanym przez pandemię COVID-19, KE dostrzegła konieczność uregulowania sprzedaży online w celu ochrony zarówno konsumentów, jak i miko- oraz MŚP korzystających z pośrednictwa platform sprzedażowych. W ostatnich latach powstało wiele aktów prawnych regulujących te kwestie, będących elementami strategii „Kształtowanie cyfrowej przeszłości Europy” realizowanej w ramach polityki jednolitego rynku cyfrowego, np. rozporządzenie Platform-to-Business (dalej: P2B)[13], akt o rynkach cyfrowych[14], akt o usługach cyfrowych (dalej: DSA)[15]. W pkt 3 Preambuły P2B czytamy, że zasadnicze znaczenie dla dobrobytu konsumentów ma „konkurencyjne, sprawiedliwe i przejrzyste środowisko internetowe, w którym przedsiębiorstwa zachowują się w sposób odpowiedzialny”. Ustawodawca unijny dostrzegł, jak dużą władzę rynkową mają platformy pośredniczące w sprzedaży, co oddaje nazwanie największych z nich strażnikami dostępu (*gatekeepers*). Przedsiębiorcy nie mają możliwości negocjowania warunków dostępu do platformy, a ten dostęp to często ich być albo nie być – jedyna szansa dotarcia do większego grona odbiorców, w tym z innych krajów. Dlatego ustawodawca unijny podjął działania, aby – w minimalnym, acz niezbędnym zakresie – uregulować obowiązki platform również w stosunku do przedsiębiorców – ich kontrahentów.

P2B nakłada na wszystkie platformy sprzedażowe (nie tylko te posiadające pozycję dominującą) m.in. obowiązki dotyczące konieczności uzasadnienia decyzji o zablokowaniu bądź usunięciu treści umieszczonej przez sprzedawcę (np. usunięcie konkretnej oferty) oraz zapewnienia skutecznej ścieżki odwoławczej. Zgodnie z pkt 5 preambuły P2B ma to być „dostępny i skuteczny wewnętrzny system rozpatrywania skarg”. Obowiązki te zostały uzasadnione faktem, że decyzje o zawieszeniu lub usunięciu aukcji mogą mieć istotny wpływ na interesy sprzedawców, zwłaszcza MŚP. Dlatego powinni oni otrzymać – zanim działanie zostanie podjęte lub najpóźniej w momencie, w którym stanie się ono skuteczne – uzasadnienie tej decyzji, na trwałym nośniku. „Aby zminimalizować negatywny wpływ takich decyzji na użytkowników biznesowych, dostawcy usług pośrednictwa internetowego powinni również umożliwić wyjaśnienie faktów, które doprowadziły do wydania tej decyzji, w ramach wewnętrznego trybu rozpatrywania skarg, co pomoże użytkownikowi biznesowemu, jeśli jest to możliwe, przywrócić zgodność z przepisami” (pkt 22 preambuły P2B).

Z powyższego wynika, że[16], po pierwsze, każdy sprzedawca, którego oferta zostaje zawieszona lub usunięta w związku ze zgłoszeniem naruszenia PWI, powinien otrzymać – najpóźniej z chwilą usunięcia lub zawieszenia – np. na podany przy rejestracji adres e-mail, informację, dlaczego taka decyzja została podjęta (art. 4 ust. 1 P2B).

Po drugie, komunikacja powinna zawierać informacje, co sprzedawca może zrobić w tej sytuacji (art. 4 ust. 5 P2B). Powinna to być swoista instrukcja, gdzie należy się odwołać i jakie dokumenty przedłożyć. Aby mieć pełen kontekst sytuacji i móc w pełni ustosunkować się do

[13] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1150 z 20.06.2019 r. w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego (Dz. Urz. UE 2019 L 186/57).

[14] Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych), z 15.12.2020 r., COM(2020) 842 final. Pozyskano z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en (07.01.2022).

[15] Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniającego dyrektywę 2000/31/WE z 15.12.2020 r. COM(2020) 825 final. Pozyskano z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en (07.01.2022).

[16] Analogiczne, choć dużo mniej szczegółowe, wytyczne wynikają z zalecenia Komisji (UE) 2018/334 z 1.03.2018 r. w sprawie działań na rzecz skutecznego zwalczania nielegalnych treści w internecie (Dz. Urz. UE 2018 L 63/50).

decyzji, sprzedawca powinien otrzymać szczegółowe informacje nt. skargi, na podstawie której ta decyzja została podjęta, włącznie z dokumentem świadectwa rejestracji lub przynajmniej numerem rejestracji wzoru, na który powołuje się nieuczciwy sprzedawca. Rejestry EUIPO są publicznie dostępne, a więc nie ma przeszkód, aby rozpowszechniać te dokumenty (nawet jeśli zawierają dane osobowe). Ponadto nie jest wykluczone, że sprzedawca będzie chciał złożyć wniosek o unieważnienie takiego wzoru albo będzie tego od niego wymagała platforma – musi więc być w posiadaniu odpowiednich informacji. Nasuwa się też pytanie, w jakim języku będzie prowadzona komunikacja z platformą sprzedażową. W przypadku platform działających w różnych krajach UE i kierujących swoją usługę do przedsiębiorców z różnych krajów wskazane jest, aby sprzedawca mógł komunikować się w języku, który zna. Art. 11 ust. 2 pkt c) P2B wymaga, aby dostawcy usług pośrednictwa internetowego informowali skarżącego w sposób zindywidualizowany i przy użyciu prostego i przystępnego języka. W mojej ocenie wymogu tego nie spełniają automatycznie generowane odpowiedzi.

Po trzecie, P2B wymaga, aby wewnętrzny system rozpatrywania skarg był „oparty na zasadach przejrzystości i równego traktowania stosowanych w równoważnych sytuacjach”, czyli aby był stosowany jednolicie (art. 11 ust. 1 P2B). Dodatkowo skargi mają być rozpatrywane „w sposób proporcjonalny do ich wagi i złożoności”. Traktowanie wszystkich PWI w ten sam sposób nie spełnia tych kryteriów. Konieczne jest uwzględnienie specyfiki wzorów wspólnotowych, tj. wyjątkowego systemu rejestracji, niemającego zastosowania do innych PWI. Skoro pojawia się problem specyficzny dla praw z rejestracji wzorów wspólnotowych, a dodatkowo występuje on tylko na platformach, wymaga to odrębnego uregulowania w regulaminach PWI oraz ścieżce odwoławczej w przypadku zgłoszenia naruszenia wzoru wspólnotowego.

Po czwarte, system ten ma być na tyle skuteczny, aby można było znaleźć rozwiązanie sporu „w rozsądnym terminie” (art. 11 ust. 1 P2B), „szybko i skutecznie, uwzględniając wagę i złożoność podniesionej kwestii” (art. 11 ust. 2 pkt b) P2B). W przypadku mikro- oraz MŚP sprzedaż przez wybraną platformę może być jedyną formą zbytu produktów. Dlatego zablokowanie tej sprzedaży w wyniku działań osób trzecich godzących w uczciwą konkurencję wymaga niezwłocznego rozpatrzenia odwołania i przywrócenia naturalnych warunków konkurencji. Jeżeli dostawca usług pośrednictwa internetowego, w wyniku rozpatrzenia odwołania, uchyli swoją wcześniejszą decyzję, powinien on bez zbędnej zwłoki przywrócić ofertę i pozycję danego sprzedawcy (art. 4 ust. 3 P2B).

Dodatkowym aspektem funkcjonowania wewnętrznych systemów rozpatrywania skarg powinien być rejestr prób wykorzystywania tych systemów w złej wierze przez niektórych użytkowników biznesowych (pkt 38 preambuły P2B). Platforma może monitorować użytkowników, którzy nadużywają swoich praw i – w takich sytuacjach – będzie uprawniona do podejmowania wobec nich dalej idących kroków, np. zawieszenia ich profili na pewien okres lub nawet odmowy świadczenia na ich rzecz usług.

Analogiczne rozwiązanie w zakresie „nielegalnych treści” wprowadza DSA. Zgodnie z art. 20 DSA platformy internetowe oceniają w sposób obiektywny oraz z zachowaniem należytej staranności czy dany podmiot dopuszcza się niewłaściwego korzystania z usług platformy, z uwzględnieniem wszystkich istotnych faktów i okoliczności wynikających z informacji dostępnych platformie internetowej. W ramach tej procedury platformy zobowiązane są monitorować m.in. liczbę ewidentnie nielegalnych treści oraz ewidentnie bezzasadnych zgłoszeń lub skarg. Z uwagi na fakt, że DSA

wymaga identyfikowania przedsiębiorców, jeśli chcą korzystać z usług platform (art. 22 DSA) – procedura zawieszenia świadczenia usług może okazać się skuteczna również wobec podmiotów nieuczciwie rejestrujących wzory wspólnotowe.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 P2B dostawcy usług pośrednictwa internetowego powinni opracowywać informacje na temat funkcjonowania i skuteczności ich wewnętrznego systemu rozpatrywania skarg oraz zapewniać łatwy i publiczny dostęp do tych informacji, w tym podać całkowitą liczbę złożonych skarg, główne rodzaje skarg, średni czas rozpatrywania skarg oraz zagregowane informacje dotyczące wyników skarg. Informacje te powinny być weryfikowane co najmniej raz w roku. Mimo że P2B jest bezpośrednio stosowane od 12 lipca 2020 roku, informacje te nie są dostępne na stronach platform. Dostępu tego nie uzyskałam również, mimo wyraźnych próśb kierowanych do poszczególnych platform.

4. Zaufane podmioty sygnalizujące

Uzupełnieniem przepisów wprowadzonych rozporządzeniem P2B w kontekście obowiązków dostawców usług pośrednictwa internetowego jest procedowany jeszcze DSA. Wprawdzie akt ten skierowany jest na ochronę konsumentów przed nielegalnymi treściami w Internecie, ale, chroniąc konsumentów, wymaga od platform wdrożenia rozwiązań, które mogą pomóc w wyeliminowaniu nieuczciwych właścicieli wzorów wspólnotowych.

Zgodnie z art. 19 DSA możliwe jest nadanie wyspecjalizowanym podmiotom statusu „zaufanych podmiotów sygnalizujących”. Takie podmioty dysponują wiedzą ekspercką i kompetencjami do wykrywania, identyfikowania i zgłaszania nielegalnych treści. Mogłyby one więc działać w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i zapobieżenia nadużyciom praw wyłącznych. W sytuacji, gdy nieuczciwy sprzedawca zgłasza naruszenie prawa z wzoru wspólnotowego, platforma mogłaby wskazać dotkniętym tą procedurą sprzedawcom, że mogą zwrócić się o pomoc do takiego zaufanego podmiotu sygnalizującego wyspecjalizowanego w prawie własności przemysłowej. Tylko platforma dysponuje informacjami o tym, ilu sprzedawców mierzy się w danej chwili z konsekwencjami konkretnego zgłoszenia naruszeń PWI. Większa (hurtowa) ilość usuniętych aukcji dobrze rotującego produktu na podstawie zgłoszenia naruszenia prawa z rejestracji wzoru wspólnotowego powinna wzbudzić podejrzenie usługodawcy. Jeśli nie ma on wątpliwości, jak rozstrzygnąć to zgłoszenie naruszenia PWI, powinien oddać sprawę do analizy przez wyspecjalizowany podmiot. Dla osób z wiedzą w/z wzorów wspólnotowych sprawa będzie łatwiejsza w ocenie, a zgłoszenia zaufanych podmiotów sygnalizujących mają być rozpatrywane przez platformy priorytetowo. Definicja „treści nielegalnych” zgodnie z art. 2 pkt g) DSA obejmuje wszelkie informacje, które nie są zgodne z prawem UE. Skoro zgłoszony wzór wspólnotowy nie spełnia kryteriów rejestracji, to taka rejestracja jest sprzeczna z prawem UE.

IV. Egzekwowanie przepisów unijnych – jak głęboko Prezes UOKiK może ingerować w wewnętrzne systemy rozpatrywania skarg?

Ustawodawca unijny celowo wybrał rozporządzenia jako formę regulacji obowiązków platform sprzedażowych, aby zapewnić jednolite wymogi wobec tych podmiotów w całej UE i ułatwić tym samym handel wewnątrz UE. Kwestia egzekwowania tych rozporządzeń leży już jednak w gestii

krajów członkowskich. Zostały one zobowiązane, aby wprowadzić do krajowego porządku prawnego przepisy pozwalające na właściwą i skuteczną realizację ustanowionych obowiązków, w tym sankcje za brak przestrzegania przepisów. Ustanowione środki muszą być „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające”.

Mimo że rozporządzenie P2B stosowane jest od 12 lipca 2020 roku, takie przepisy krajowe nie zostały jeszcze uchwalone i nie są nawet procedowane. Wydaje się, że ze względu na cel regulacji – zapewnienie sprawiedliwego, przewidywalnego, zrównoważonego i budzącego zaufanie internetowego otoczenia biznesowego w ramach rynku wewnętrznego – podmiotem właściwym do egzekwowania tych przepisów może okazać się Prezes UOKiK[17]. Ochrona zapewniona mikro- oraz MŚP w relacjach z dostawcami usług pośrednictwa internetowego, którzy jednostronnie określają warunki korzystania ze swoich usług, wzbudza uzasadnione skojarzenia z ochroną przed nadużywaniem pozycji dominującej. Transparentne regulacje, ich dostępność na etapie przedkontraktowym, jednolite stosowanie kryteriów wobec takich samych sytuacji faktycznych, obowiązek obiektywnego uzasadnienia odmowy kontraktowania – to klasyczne obowiązki dominantów. Prezes UOKiK ma wiedzę i doświadczenie w rozpatrywaniu tego typu spraw.

W kontekście omawianego problemu nasuwa się jednak pytanie, czy Prezes UOKiK będzie wyczulony na kwestie naruszeń PWI i czy zwróci uwagę na specyfikę takich, jak prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego. Czy jednak zadowoli się bardziej ogólnymi rozwiązaniami przyjętymi przez platformy. Zobowiązanie do ustanowienia wewnętrznego systemu rozpatrywania skarg jest na dużym poziomie ogólności. System rozpatrywania skarg:

a) ma być oparty na zasadach przejrzystości i równego traktowania w równoważnych sytuacjach oraz
b) ma zapewnić rozpatrzenie skarg w sposób proporcjonalny do ich wagi i złożoności.

Podążanie według tej samej procedury naruszeń PWI w stosunku do wszystkich praw własności intelektualnej nie spełnia przesłanki jednolitego stosowania. Ze względu na odmienny system udzielania prawa, prawo z rejestracji wzorów wspólnotowych wymaga specjalnej procedury. Procedura rozpatrywania naruszenia wzoru wspólnotowego mogłaby być z powodzeniem realizowana przez algorytm. Mógłby on przykładowo – w przypadku zgłoszenia naruszenia wzoru wspólnotowego i jeszcze przed podjęciem decyzji o blokadzie/usunięciu oferty – weryfikować czy ten sam lub bardzo podobny produkt objęty wzorem był wcześniej (tj. przed sporną ofertą) sprzedawany przez tego (lub innego) sprzedawcę na platformie. Jeśli nie – prawdopodobieństwo, że wzór jest nowy, jest duże. Natomiast jeśli produkt jest regularnie sprzedawany przez tego lub również innych sprzedawców od lat, to istnieje duże prawdopodobieństwo, że jest to nadużycie prawa i takie zgłoszenie naruszenia PWI nie powinno skutkować blokadą czy usunięciem oferty. Skanowanie zasobów internetowych przez algorytm wydaje się narzędziem proporcjonalnym do wagi i złożoności problemu. Zakładam również, że mniej absorbującym niż analiza każdego przypadku przez człowieka już od samego początku procedury. Platforma mogłaby poinformować właściciela prawa o swoich spostrzeżeniach i wezwać go do ustosunkowania się oraz do

[17] Analogicznie jak w Austrii oraz Irlandii. Te kraje na podstawie art. 14 rozporządzenia P2B wyznaczyły właściwe organy antymonopolowe do egzekwowania naruszeń i notyfikowały swój wybór do Komisji Europejskiej. W Austrii jest to Bundeswettberebsbehörde (obok Wirtschaftskammer Österreich – Izba Gospodarcza wyznaczona do reprezentowania wspólnych interesów jej członków oraz Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb – Stowarzyszenie na rzecz ochrony przez nieuczciwą konkurencja). W Irlandii CCPC – Competition and Consumer Protection Commission. Z kolei Hiszpania wskazała organizację zbiorowego zarządzania: Centro Español de Derechos Reprograficos EGDPI – CEDRO. Pozostałe kraje nie notyfikowały jeszcze swojej decyzji w tym zakresie.

złożenia oświadczenia czy podtrzymuje swój wniosek. Jednocześnie podkreślałaby ewentualne konsekwencje, w tym sankcje możliwe do zastosowania, gdyby okazało się, że prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego będącego podstawą zgłoszenia naruszenia może zostać (i zostanie w przyszłości) skutecznie podważone. Rozpatrywanie skarg dotyczących własności intelektualnej wymaga specjalistycznej wiedzy i odpowiedniego, odpowiedzialnego podejścia, biorącego pod uwagę interesy wszystkich uczestników rynku.

V. Podsumowanie

System rejestracji wzorów wspólnotowych bywa wykorzystywany w sposób nieuczciwy, prowadzący do niezasadnych monopoli na sprzedaż danego produktu na platformach sprzedażowych. W związku z tym, że konsumenci coraz chętniej kupują przez Internet, a zwłaszcza przez platformy sprzedażowe, ten problem będzie występował coraz częściej. Z pewnością precyzyjna informacja o przyczynach zawieszenia bądź usunięcia oferty oraz instrukcja odwołania od decyzji, napisane prostym i przystępnym językiem, dadzą przedsiębiorcom wyraźny impuls zachęcający do kwestionowania takich decyzji. W konsekwencji istnieje szansa, że jednym z rodzajów skarg zgłaszanych do platform sprzedażowych będzie skarga na decyzje o usunięciu aukcji na podstawie zgłoszenia naruszenia wzoru wspólnotowego (platformy mają obowiązek publikowania danych o rodzajach skarg i zagregowanych informacji dotyczących wyników tych skarg na podstawie art. 11 ust. 4 P2B). A Prezes UOKiK, weryfikując dane podawane przez platformy, przyjrzy się dokładnie rodzajom skarg i ich rozstrzygnięciom. I – miejmy nadzieję – dojrzy potrzebę specyficznej regulacji dotyczącej prawa z rejestracji wzoru wspólnotowego, w celu ochrony konkurencji oraz konsumentów przed nieuczciwymi produktowymi monopolami na platformach sprzedażowych.

Bibliografia

Piszcz, A. (2016). *Rozwój handlu internetowego w Polsce. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach*, (10).

Poźniak-Niedzielska, M. i Sieńczyło-Chlabicz, J. (2016). *Europejskie prawo wzorów przemysłowych*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Rudak, O. (2022, 25 lutego). Rejestracja wzoru przemysłowego w celu zablokowania dostępu do rynku konkurentów narusza dobre obyczaje kupieckie. *Czasopismo Lege Artis*. Pozyskano z: https://czasopismo.legeartis.org/2022/02/rejestracja-wzoru-przemyslowego-czyn-nieuczciwej-konkurencji-zakaz-poslugiwania-wyrok/ (28.02.2022).

Styczyński, J. (2021, 22 czerwca). Papierowi właściciele wzorów przemysłowych szkodzą konkurencji. *Dziennik Gazeta Prawna*. Pozyskano z: https://www.gazetaprawna.pl/firma-i-prawo/artykuly/8195262,handel-internetowy-wlasciciele-wzorow-przemyslowych.html (28.02.2022).

Tischner, A. (2012). *Wzory przemysłowe w prawie międzynarodowym i prawie UE*. W R. Skubisz (red.), *Prawo własności przemysłowej – System Prawa Prywatnego*. Tom 14B. Warszawa: C.H. Beck.

Agnieszka Anusz*

Problematyka uzyskiwania i wykonywania praw z patentu z perspektywy prawa ochrony konkurencji ze szczególnym uwzględnieniem sektora farmaceutycznego

Spis treści

I. Wstęp
II. Praktyki polegające na uzyskiwaniu lub wykonywaniu praw z patentu o możliwym celu bądź skutku antykonkurencyjnym
1. *Smoke-screen patenting*
2. Gąszcze patentowe
3. Trolling patentowy
4. Zasoby patentowe
5. Uwagi końcowe
III. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł omawia problematykę uzyskiwania i wykonywania praw z patentu z perspektywy prawa antymonopolowego w celu rozstrzygnięcia czy proces uzyskiwania praw z patentu może stanowić praktykę o celu lub skutku antykonkurencyjnym oraz w jaki sposób możliwe jest naruszanie prawa antymonopolowego poprzez wykonywanie praw z patentu. W przypadku praktyk uzyskiwania praw z patentu artykuł prowadzi do wniosku, że działania przedsiębiorców w procesie uzyskiwania praw z patentu mogą stanowić naruszenie ustawy antymonopolowej. Praktyki te mogą być sankcjonowane na podstawie uokik, niemniej ze względu na specyfikę procedury uzyskiwania praw z patentu, tzn. procedury toczącej się przed Urzędem Patentowym, skuteczniejszym rozwiązaniem może być wyposażenie Urzędu Patentowego w kompetencję interwencji w razie wystąpienia praktyk antykonkurencyjnych w procesie uzyskiwania praw z patentu. W odniesieniu do praktyk antykonkurencyjnych związanych z wykonywaniem praw z patentu regulacje antymonopolowe należy uznać za wystarczające, podkreślając konieczność zaistnienia naruszenia interesu publicznego jako czynnika szczególnie istotnego w przypadku wykonywania i uzyskiwania praw z patentu.

Słowa kluczowe: prawo patentowe; prawo antymonopolowe; *smoke-screen patenting*; gąszcze patentowe; zasoby patentowe; *patent pool*; trolling patentowy.

JEL: K21, K39

* Autorka jest prawnikiem, absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; ORCID https://orcid.org/0000-0002-4069-4049.

I. Wstęp

Wraz ze wzrostem ekonomicznego znaczenia dóbr niematerialnych stają się one istotną przewagą konkurencyjną, nierzadko stanowiąc determinantę sukcesu rynkowego. Należy zatem wskazać, że o przewadze rynkowej decyduje wykorzystanie uprzednio uzyskanych lub powstałych *ex lege* praw własności intelektualnej, które z samej swojej istoty wiążą się z przyznaniem swoistego monopolu czasowego na przedmiot jego ochrony (Wiercińska-Krużewska, 2016, s. 88). W rezultacie na znaczeniu zyskiwać może naturalny konflikt pomiędzy swego rodzaju monopolem prawnym wynikającym z przyznanej formy ochrony własności intelektualnej a prawem antymonopolowym, które powinno móc znaleźć zastosowanie w sytuacji, w której tak scharakteryzowany monopol legalny byłby wykorzystywany w sposób naruszający przepisy uokik.

Formą ochrony własności intelektualnej wybraną na potrzeby niniejszego artykułu jest patent, a przedstawione praktyki zostały zasadniczo zawężone do problematyki charakterystycznej dla sektora farmaceutycznego. W artykule omówiono cztery wybrane praktyki związane z uzyskiwaniem i wykonywaniem praw z patentu. Wszystkie mogą wystąpić w sektorze farmaceutycznym, z czego dwie, omówione w pierwszej kolejności, tzn. *smoke-screen patenting* i gąszcze patentowe są szczególnie istotne z perspektywy sektora farmaceutycznego, natomiast pozostałe, tj. trolling patentowy i zasoby patentowe, zostały omówione w sposób bardziej ogólny jako praktyki, które mogą wystąpić w sektorze farmaceutycznym, ale również w innych sektorach gospodarki.

Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] (dalej: uokik) wydaje się być optymalną możliwością sankcjonowania praktyk, których przedmiotem jest prawo wyłączne z patentu (a szerzej prawa na dobrach niematerialnych), ponieważ z jednej strony dopuszcza możliwość ingerencji w wykonywanie praw własności intelektualnej (art. 2 uokik[2]), z drugiej zaś – zawęża zakres ewentualnej interwencji organu antymonopolowego do przypadków, w których naruszany jest interes publiczny (art. 1 uokik), co istotnie ogranicza możliwość ingerencji w prawo wyłączne przez Prezesa UOKiK.

Prawa na dobrach niematerialnych często określane są mianem legalnych monopoli (Wiercińska-Krużewska, 2016, s. 48) – w mojej ocenie jest to określenie zasadniczo słuszne, zważywszy na istotę praw wyłącznych wynikających z przyznanej ochrony w zakresie praw własności intelektualnej. Przyznanie czasowego prawa wyłącznego, w które ingerencja jest ściśle określona przepisami prawa lub została wypracowana na kanwie orzecznictwa, zasadniczo uzasadnia posługiwanie się sformułowaniem „legalnego monopolu", niemniej należy pamiętać, że nie powinno się tego pojęcia utożsamiać z monopolem rozumianym w naukach ekonomicznych i prawie antymonopolowym. Samo posiadanie praw własności intelektualnej nie konstytuuje automatycznie posiadania przez przedsiębiorcę pozycji monopolisty ani posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym.

Podejście to zdaje się przyjmować polski ustawodawca, stanowiąc w art. 2 ust. 1 uokik, że ustawa ta nie narusza praw przysługujących z tytułu ochrony własności intelektualnej. Jednakże, w art. 2 ust. 2 uokik tworzy od tej zasady wyjątki – ustawa antymonopolowa znajduje zastosowanie

[1] Dz. U. 2021, poz. 275.

[2] Negatywnie o zasadności art. 2 uokik (zob. Miąsik, 2012, *passim*).

w przypadku umów, a szczególnie umów licencyjnych zawieranych między przedsiębiorcami oraz praktyk polegających na wykonywaniu praw na dobrach niematerialnych (art. 2 ust. 2 pkt 1 uokik) oraz w przypadku umów, których przedmiotem jest szeroko pojęte *know-how* rozumiane przez uokik jako nieupublicznione „informacje technologiczne lub techniczne" (art. 2 ust. 2 pkt 1a uokik) oraz „zasady organizacji i zarządzania" (art. 2 ust. 2 pkt 1b uokik), pod warunkiem, że podjęto względem nich środki mające zapobiec ich upublicznieniu, a skutkiem umowy, której przedmiotem jest *know-how* jest takie ograniczenie swobody działalności gospodarczej, które uznaje się za nieuzasadnione lub istotne ograniczenie konkurencji na rynku. Co ważne, szczegółowe przesłanki dotyczą jedynie umów, których przedmiotem jest *know-how* (Miąsik, 2012, s. 450). Niezależenie jednak od regulacji ustawowej, doktryna wyróżnia liczne teorie (materialne i formalne) relacji prawa własności intelektualnej i prawa antymonopolowego, mając na celu zarówno możliwe doprecyzowanie regulacji ustawowej, jak i stworzenie innych modeli wzajemnego stosunku tych dwóch gałęzi prawa (Miąsik, 2012, *passim*).

Ponadto, należy wskazać, że z perspektywy celów prawa ochrony konkurencji bez znaczenia nie pozostaje fakt, że przedsiębiorcy mogą dopuszczać się naruszania uokik w trakcie ubiegania się o uzyskanie prawa z patentu. Proces uzyskiwania prawa własności przemysłowej nie jest elementem wykonywania praw własności intelektualnej, stąd uokik w obecnym kształcie nie znajdzie zastosowania w tym przypadku, niemniej za istotne należy uznać przeanalizowanie tego zagadnienia i omówienie jego znaczenia dla prawa ochrony konkurencji, w szczególności prawa antymonopolowego. Niewykluczonym jest, że uzyskiwanie praw własności intelektualnej, w tym w szczególności praw z patentu, które mogłoby naruszać interes publiczny powinno znaleźć się w obszarze zastosowania uokik.

Celem artykułu jest przeanalizowanie relacji publicznego prawa ochrony konkurencji i prawa własności intelektualnej na przykładzie praw z patentu oraz przeanalizowanie praktyk mogących kwalifikować się jako niedozwolone w rozumieniu uokik, których istotą jest wykonywanie praw z patentu oraz ich uzyskiwanie. W rezultacie, możliwym będzie udzielenie odpowiedzi na pytania: czy proces uzyskiwania praw z patentu może stanowić praktykę o celu lub skutku antykonkurencyjnym, czy zakres zastosowania art. 2 uokik powinien zostać *explicite* rozszerzony o problematykę uzyskiwania praw własności intelektualnej oraz w jaki sposób możliwe jest naruszanie prawa antymonopolowego poprzez wykonywanie praw z patentu.

II. Praktyki polegające na uzyskiwaniu lub wykonywaniu praw z patentu o możliwym celu bądź skutku antykonkurencyjnym

Celem rozdziału jest scharakteryzowanie praktyk polegających na uzyskiwaniu prawa z patentu lub jego wykonywaniu, które mogą cechować się naruszeniem prawa antymonopolowego. W rozdziale omówione zostaną zarówno przykłady, jak w sposób niezgodny z prawem antymonopolowym możliwe jest wykorzystywanie praw z patentu, jak i wskazane zostaną potencjalnie antykonkurencyjne praktyki, które związane są z procesem uzyskiwania prawa wyłącznego, jakim jest prawo z patentu. W ramach tego ostatniego zagadnienia przeprowadzona analiza ma przede wszystkim wskazać czy uzyskiwanie prawa z patentu może stanowić naruszenie prawa antymonopolowego.

1. *Smoke-screen patenting*

Smoke-screen patenting to praktyka ściśle związana z procesem uzyskiwania prawa z patentu polegająca na zgłaszaniu wniosków o udzielenie ochrony patentowej na tyle szerokich i ogólnych, że udzielenie ochrony patentowej na takie rozwiązanie może blokować skuteczne uzyskanie ochrony na produkty konkurencyjne (Chrocziel, Lorenz, zu Waldeck i Pyrmont, 2016, s. 39). Dzieje się tak przede wszystkim ze względu na konieczną do spełnienia przesłankę nowości danego wynalazku, niezbędną by uzyskać patent, której realizacja, w przypadku zaistnienia *smoke-screen patenting*, przez produkty innych przedsiębiorców, w tym konkurentów, może być w efekcie utrudniona. Jednocześnie należy zaznaczyć, że samo zgłaszanie szerokich wniosków patentowych, tak aby podmiot zgłaszający mógł uzyskać ochronę patentową obejmującą maksymalnie wszystkie możliwe zastosowania wynalazku, jest czymś naturalnym, stąd też rozgraniczenie zgodnego z praktyką uzyskiwania ochrony patentowej a działań noszących znamiona *smoke-screen patenting* może być utrudnione.

Smoke-screen patenting został zidentyfikowany przez Komisję, w jednym z raportów dotyczących sektora farmaceutycznego (European Commission, 2009, *passim*). Praktykę tę należy uznać za groźną, gdyż uprawniony z patentu uzyskuje zarówno czasowy monopol na swój wynalazek, jak i swoisty monopol pochodny, w obrębie potencjalnych produktów konkurencyjnych. Praktyka ta jest szczególnie trudna do wykrycia i sankcjonowania, przede wszystkim dlatego, że Urząd Patentowy nie jest uprawniony do badania zgłoszeń pod kątem szeroko pojętej konkurencji, rynkowych celów bądź skutków zgłoszenia danego wynalazku.

W kontekście ewentualnego zwalczania *smoke-screen patenting* na podstawie prawa prywatnego należałoby rozważyć zastosowanie albo art. 5 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[3] (dalej: k.c.), czyli konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego albo art. 3 ust. 1 uznk, tj. zakwalifikowanie tego typu praktyki jako nienazwanego czynu nieuczciwej konkurencji.

W kontekście nadużycia prawa podmiotowego należy podnieść, że przesłanką zastosowania art. 5 k.c. jest legitymowanie się prawem podmiotowym. O ile to, że patent jest prawem podmiotowym należy uznać za bezdyskusyjne (Szczepanowska-Kozłowska, 2014, s. 68), o tyle w przypadku jednoznacznego zdefiniowania momentu, w którym takie prawo powstaje kwestia ta nie jest już oczywista. Ochrona patentowa trwa od momentu złożenia wniosku o przyznanie prawa wyłącznego (dzień zgłoszenia), natomiast Urząd Patentowy ma na rozpatrzenie takiego wniosku (na drodze procedury badawczej, w trakcie której sprawdza m.in. czy zostały spełnione wszystkie przesłanki zawarte w art. 24 pwp) 18 miesięcy. Jeżeli uzna, że wynalazek kwalifikuje się do przyznania mu ochrony o charakterze wyłącznym, wydaje wówczas decyzję o udzieleniu patentu mającą charakter konstytutywny (Szewc, 2017, s. 576). W rezultacie argumentacja, że *smoke-screen patenting* może stanowić przykład nadużywania prawa podmiotowego, jeżeli miałby miejsce przed otrzymaniem decyzji o udzieleniu ochrony patentowej na wynalazek, wydaje się być mało skuteczna.

Natomiast w przedmiocie kwalifikacji praktyki *smoke-screen patenting* jako czynu nieuczciwej konkurencji, ze względu na przedstawioną już charakterystykę tego zjawiska, należy uznać, że istotą tego działania jest składanie wniosków patentowych na tyle szerokich, ażeby można byłoby

[3] Dz. U. 2021, poz. 1509.

zakwalifikować je jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wydaje się, że *smoke-screen patenting* realizuje te przesłanki, szczególnie poprzez sprzeczność z dobrymi obyczajami, naruszając w ten sposób interes innego przedsiębiorcy (zwłaszcza poprzez ograniczenie możliwości uzyskania przez pozostałe podmioty ochrony patentowej na stworzone przez siebie wynalazki) lub interes klienta, który w wyniku uniemożliwienia przez jednego przedsiębiorcę innym przedsiębiorcom uzyskania ochrony patentowej na wynalazki i ich skutecznego wprowadzenia na rynek może znaleźć się w sytuacji, gdzie będzie miał do czynienia z monopolistą, co zasadniczo w sposób negatywny kształtuje sytuację klienta, który jednocześnie może być konsumentem w rozumieniu uokik.

Ta ostatnia okoliczność sprawia, że w skrajnych przypadkach należałoby rozważyć czy *smoke-screen patenting* nie jest praktyką naruszającą interes konsumentów. W rezultacie, istotym jest rozstrzygnięcie w jaki sposób omawiana w niniejszym podrozdziale praktyka może być sankcjonowana na podstawie uokik.

Należy uznać, że *smoke-screen patenting* w przeważającej większości mógłby stanowić przykład nadużywania pozycji dominującej, ponieważ charakterystyka tej praktyki wprost wskazuje na działanie jednego przedsiębiorcy. Niemniej, nie można również wykluczyć porozumienia o celu lub skutku antykonkurencyjnym, którego przedmiotem byłyby praktyki charakterystyczne dla *smoke-screen patenting*. Wydaje się, że specyfika tego zjawiska, naruszająca interes konsumentów, wprost realizuje znamiona działania mającego na celu przeciwdziałanie powstaniu warunków niezbędnych do istnienia lub rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik), zgłaszanie bowiem ogólnych i zakresowo szerokich wniosków patentowych może skutecznie uniemożliwiać uzyskanie ochrony patentowej na podobne wynalazki przez innych przedsiębiorców, a w rezultacie uniemożliwiać im wejście na rynek lub skuteczne konkurowanie na nim.

Natomiast w przypadku niedozwolonych porozumień *smoke-screen patenting* może stanowić przykład praktyki mającej na celu lub skutkującej ograniczaniem lub kontrolowaniem produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji (art. 6 ust. 2 pkt 2 uokik) na zasadzie zbliżonej do omówionej w kontekście nadużywania pozycji dominującej – skuteczne blokowanie możliwości uzyskiwania prawa wyłącznego na stworzone wynalazki może stanowić przykład ograniczania lub kontrolowania postępu technicznego lub inwestycji przez przedsiębiorcę stosującego *smoke-screen patenting*. Co więcej, takie postępowanie może być szkodliwe nie tylko dla konsumentów, gdyż będą mieli oni do czynienia z monopolistą na rynku, lecz także dla konkurentów ze względu na niemożność konkurowania na rynku poprzez wprowadzenie produktów zbliżonych, jeżeli nie substytucyjnych względem produktu wprowadzonego na rynek przez przedsiębiorcę stosującego *smoke-screen patenting*.

Powyższa charakterystyka skutków *smoke-screen patenting* z perspektywy uokik sprawia, że może ona zostać również zakwalifikowana jako ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (art. 6 ust. 2 pkt 6 uokik) w sytuacji, w której kilku przedsiębiorców, uczestników porozumienia, będzie stosować *smoke-screen* patenting, w szczególności w celu eliminacji konkurentów.

2. Gąszcze patentowe

Gąszcze patentowe to kolejna praktyka związana z procedurą uzyskiwania patentów, typowa dla sektora farmaceutycznego (European Commission, 2009, s. 14), charakterystyczna w szczególności dla produktów[4] leczniczych generycznych.

Istotą generycznych produktów leczniczych jest fakt, że są one produkowane przez zwykle kilka podmiotów po ustaniu okresu ochrony patentowej względem produktu pierwotnego. Okres ochrony patentowej, który trwa 20 lat od dnia zgłoszenia wniosku o udzielenie ochrony patentowej, jest często przedłużany o dodatkowych okres ochronny (*Supplementary Protection Certificate*, SPC), który może zostać uzyskany na produkt leczniczy lub produkt ochrony roślin, uprzednio chroniony prawem z patentu (M. du Vall, P. du Vall, Kostański i in., 2017, s. 539–543). Okres trwania SPC stanowi różnicę pomiędzy dniem wydania pierwszego zezwolenia na wprowadzenie produktu do obrotu a dniem złożenia wniosku o udzielenie ochrony patentowej na wynalazek, pomniejszoną o 5 lat. Maksymalna długość dodatkowego okresu ochronnego to 5 lat, a w przypadku produktów leczniczych pediatrycznych może zostać on wydłużony o 6 miesięcy.

Podstawą prawną dla udzielenia dodatkowego okresu ochronnego dla produktów leczniczych są rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych[5] oraz rozporządzenie (WE) Nr 1901/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 12 grudnia 2006 r. w sprawie produktów leczniczych stosowanych w pediatrii[6].

Po upływie okresu ochrony patentowej oraz ewentualnie dodatkowego okresu ochronnego prawo wyłączne i wynikający z niego monopol legalny na uprzednio opatentowany i chroniony wynalazek wygasa, a z danego rozwiązania technicznego można swobodnie korzystać. Dzięki temu upublicznieniu wynalazku i możliwości korzystania z niego przez podmioty trzecie, spadają koszty produkcji oraz cena końcowa, która nie zawiera już marży wynikającej z posiadania wyłączności na dane rozwiązanie. Dlatego należy uznać, że problematyka gąszczy patentowych jest zagadnieniem szczególnie istotnym z perspektywy dobrobytu konsumentów, ponieważ to konsumenci są grupą najbardziej zainteresowaną szeroką dostępnością produktów leczniczych generycznych w obrocie gospodarczym.

Gąszcze patentowe polegają na składaniu przez uprawnionego z patentu szerokich zakresowo wniosków patentowych, mniej lub bardziej związanych z wynalazkiem pierwotnym, jeszcze przed upływem jego okresu ochronnego wynikającego z ochrony patentowej (Chrocziel, Lorenz, zu Waldeck i Pyrmont, 2016, s. 37) lub dodatkowego okresu ochronnego. Jest to zatem próba faktycznego przedłużenia okresu trwania prawa wyłącznego na wynalazek[7], które zdaje się stanowić przedłużenie okresu ochronnego *contra legem.* W rezultacie, niewykluczone, że tego typu praktyka mogłaby stanowić przykład działania mającego na celu ominięcie przepisów ustawy (pwp).

Charakterystyka gąszczy patentowych wskazuje jednocześnie, że praktyka ta może prowadzić do naruszenia interesu publicznego, a szczególnie interesu konsumentów. Wydaje się, że, podobnie jak *smoke-screen patenting*, gąszcze patentowe mogą stanowić zarówno przedmiot

[4] Rozumianych jako pojedyncze związki chemiczne, tj. substancje, ich mieszaniny lub związki, gotowe do zastosowania jako leki (Pacud, 2013, s. 23–25).

[5] Dz. Urz. UE z 16.06.2009 r., L 152.

[6] Dz. Urz. UE z 27.12.2006 r., L 378/1.

[7] Wyr. TS z 6.12.2012 r. w sprawie C-457/10 P, *AstraZeneca AB* i *AstraZeneca plc przeciwko Komisji* (ECLI:EU:C:2012:770).

niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego, szczególnie w formie ograniczania dostępu do rynku lub eliminowania z rynku innych przedsiębiorców, którzy nie zostali objęci porozumieniem (art. 6 ust. 2 pkt 6 uokik), jak i formę nadużywania pozycji dominującej, głównie w formie przeciwdziałania powstaniu lub funkcjonowaniu konkurencji na rynku (art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). Uzasadnienie tej kwalifikacji prawnej uznaję za zbieżne z analizą dotyczącą *smoke-screen patenting*.

Za zbliżone do *smoke-screen patenting* przyjmuję również rozstrzygnięcia dotyczące możliwej kwalifikacji prawnej gąszczy patentowych jako nienazwanego czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk). Uznaję, że zgłaszanie wniosków patentowych, które *de facto* mają na celu przedłużenie okresu trwania ochrony patentowej na ten sam wynalazek, mimo upływu okresu ochronnego oraz ewentualnie dodatkowego okresu ochronnego, jest działaniem sprzecznym z prawem (wspomniane ominięcie przepisów pwp), jak również z dobrymi obyczajami[8], może stanowić nienazwany czyn nieuczciwej konkurencji. Swoje stanowisko opieram na tym, że charakterystyka gąszczy patentowych jednoznacznie wskazuje, że jest to działanie, które z powodzeniem może stanowić naruszenie interesów innych przedsiębiorców, w szczególności konkurentów, którzy nie będą mogli produkować produktów generycznych[9] oraz klientów, którzy zostaną pozbawieni możliwości skorzystania z wyczerpania prawa wyłącznego na wynalazek i w efekcie szansy na kupienie produktu leczniczego o analogicznych właściwościach w niższej cenie.

Na marginesie warto zaznaczyć, że gąszcze patentowe, ze względu na skutki jakie mogą wywoływać względem konsumentów (tzn. ograniczenie możliwości nabycia produktów generycznych o identycznych lub bardzo podobnych właściwościach, ale w niższej cenie) mogą być kwalifikowane jako praktyka naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 uokik).

3. Trolling patentowy

Próbę zdefiniowania trollingu patentowego podjęła Federal Trade Commission w raporcie *Patent Trolls: Broad Brush Definitions and Law Enforcement Ideas* (Federal Trade Commission, 2008, *passim*) i scharakteryzowała jako działanie polegające przede wszystkim na odkupywaniu patentów albo wynalazków, na które istnieje prawdopodobieństwo uzyskania patentu od innych podmiotów (znajdujących się zwykle w słabej sytuacji ekonomicznej) w celu późniejszego żądania opłat licencyjnych czy też innych form rekompensaty z tytułu naruszania patentu, zdefiniowanych w prawie polskim w art. 287 pwp. Nabyte w ten sposób wynalazki nie są później zwykle wykorzystywane w praktyce (Martin i Zito, 2016, s. 182).

Konstrukcja trollingu patentowego związana jest z samą konstrukcją patentu i jego istotą, która uzależnia aktywną ochronę od regularnego uiszczania opłat za poszczególne okresy ochronne, ale nie wyręcza uprawnionego z dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia patentu na własną rękę. Stąd można przyjąć, że podmioty znajdujące się w słabej kondycji gospodarczej zwykle nie są w stanie skutecznie ścigać naruszycieli przyznanych im praw wyłącznych oraz egzekwować z tego tytułu należności. Dlatego też, odkupując patent uzyskuje się nie tylko korzyści, które wynikają z posiadanego prawa wyłącznego, lecz także bezpośrednie korzyści ekonomiczne, które

[8] Rozumianymi na kanwie doktryny i orzecznictwa jako normy postępowania lub jako ustalone zwyczaje, dookreślane obecnie jako dotyczące praktyk przedsiębiorców w procesie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej (Szwaja i Jasińska, 2017, s. 161 i 163–167) – pozostające poza granicami systemu prawa.

[9] Wyr. TS z 30.01.2020 r. w sprawie C-307/18, *Generics (UK) Ltd i in. przeciwko Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52 (wydany w wyniku odesłania prejudycjalnego przez *Competition Appeal Tribunal* z siedzibą w Londynie).

stanowią rekompensatę z tytułu ochrony dobra niematerialnego, powstałe w wyniku uprzedniego naruszenia prawa wyłącznego.

O ile Federal Trade Commission w przytoczonym wyżej opracowaniu wprost stwierdza, że tak określona praktyka nie ma charakteru antykonkurencyjnego, o tyle w raporcie *Executive Office of the President of the United States* z 2013 r. (Federal Trade Commission, 2013, *passim*), *patent trolling* został uznany za zjawisko antykonkurencyjne, w szczególności w obszarze innowacji, badań i rozwoju.

Stwierdzenie to nie zostało jednak poparte orzecznictwem sądowym – w wyroku w sprawie *Intellectual Ventures I L.L.C.* przeciwko *Capital One Financial Corp.*[10] District Court for the Eastern District of Virginia stwierdził, że, uznany za trolla patentowego, Intellectual Ventures I L.L.C. nie dopuścił się *patent trollingu* poprzez wykorzystanie swoich 3500 patentów, które miało być uznane za wywrócenie (*upend*) strategii biznesowej powoda. Stwierdził również, że prawo antymonopolowe nie znajduje zastosowania w przypadku koncepcji rynkowych czy biznesowych.

Ustosunkowując *patent trolling* do regulacji prawa polskiego wydaje się, że z perspektywy prawa cywilnego należy uznać, że każdy z opisanych elementów *patent trollingu* jest czynnością legalną i dozwoloną w obrocie gospodarczym. Tym, co odróżnia *patent trolling* od odpłatnego nabywania praw z patentu lub prawa od uzyskania patentu są zamiary gospodarcze, tzn. niewykorzystywanie nabytych wynalazków w obrocie ekonomicznym. Jednoznaczne wykazanie tej intencji jest niewątpliwie kwestią trudną, niemniej możliwą do udowodnienia. Co więcej, warto zaznaczyć, że w prawie cywilnym istnieją konstrukcje prawne umożliwiające sankcjonowanie *patent trollingu* (np. nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.) lub ewentualnie złożenie oświadczenia woli pod wpływem błędu (art. 84 k.c.)) w przypadku zbywcy prawa z patentu. Możliwe jest to jednak jedynie w sytuacji, w której przedsiębiorca, który sprzedał prawa z patentu lub prawa do uzyskania patentu byłby podmiotem pokrzywdzonym, co wprost wiąże *patent trolling* z naruszeniem interesu prywatnego. W rezultacie, należy zasadniczo zgodzić się z przedstawionym powyżej stanowiskiem Federal Trade Commission, że trolling patentowy nie stanowi praktyki o charakterze antykonkurencyjnym, ponieważ prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia interesu publicznego w razie jego zaistnienia jest niewielkie.

4. Zasoby patentowe

Zasoby patentowe, określane również jako *patent pool*, to sposób wykonywania praw z patentu polegający na wzajemnym (zwykle w formie licencji krzyżowej) bądź jednostronnym udzieleniu licencji na wynalazek albo wynalazki chronione patentami. Często umowy licencyjne zawierane w ramach zasobu patentowego zawierają postanowienia o udzieleniu licencji na wszelkie przyszłe wynalazki, stworzone i opatentowane przez uczestników danego zasobu.

Patent pool może funkcjonować w ramach jednego z trzech modeli. Istotą pierwszego modelu jest, że spośród wszystkich podmiotów gospodarczych tworzących zasób patentowy wybierany jest jeden, który zarządza zasobem, np. udziela licencji na wynalazek, pobiera opłaty licencyjne, koordynuje jego wykorzystanie. Drugi model polega na stworzeniu, przez wszystkich uczestników zasobu, odrębnego podmiotu, którego zadaniem będzie administrowanie powstałym *patent*

[10] Wyr. District Court for the Eastern District of Virginia z 6.07.2015 r. w sprawie No. 14-1506 (Fed. Cir. 2015), *Intellectual Ventures I LLC* v. *Capital One Financial Corp.*

pool'em. Trzeci – polega na powierzeniu zarządzania zasobem podmiotowi trzeciemu, który to z definicji ma się zajmować administrowaniem (Sikorski, 2013, s. 10–11).

Tworzenie zasobów patentowych jest zjawiskiem coraz częstszym, występującym również pomiędzy konkurentami, szczególnie w okresach dekoniunktury na rynku, i zasadniczo korzystnym dla rozwoju gospodarczego, stymulującym konkurencję, a w konsekwencji efektywnym również dla konsumentów. Uważa się, że *patent pool*'e przyczyniają się do zmniejszenia kosztów związanych z licencjonowaniem technologii, a poprzez dostęp do konkurencyjnych technologii zapewniają szybszy i bardziej zaawansowany rozwój technologiczny (Odrobina, 2014, s. 524; Sikorski, 2013, s. 23–33).

Powyższa sytuacja ma miejsce jedynie wtedy, gdy przedmiotem zasobu patentowego są tzw. patenty komplementarne (Hovenkamp i Hovenkamp, 2017, s. 2), czyli prawa z patentu chroniące wynalazki, które zasadniczo ze sobą współpracują, ale wzajemnie nie zastępują. Patenty chroniące wynalazki, będące właściwie swoimi zamiennikami, tzw. patenty substytucyjne, uznawane są za konkurujące ze sobą (Hovenkamp i Hovenkamp, 2017, s. 2). W rezultacie zasób patentowy, którego przedmiotem są tego typu wynalazki, może być zjawiskiem szkodliwym dla konkurencji, hamującym rozwój gospodarczy (Sikorski, 2013, s. 34–35).

Kolejnym istotnym, z punktu widzenia prawa antymonopolowego, podziałem patentów wchodzących w skład zasobu patentowego jest ich klasyfikacja na patenty niezbędne (*essential patents*) i nieużyteczne (*non-essential patents*). Efekt rynkowy patentów niezbędnych zbliżony jest do patentów komplementarnych. Patenty te chronią bowiem wynalazki, które nie tyle ze sobą współpracują, ile są wzajemnie konieczne do stworzenia czy też funkcjonowania innego (w domyśle bardziej zaawansowanego) wynalazku. Z kolei patenty nieużyteczne nie są wzajemnie potrzebne do stworzenia nowego rozwiązania technicznego (WIPO, 2014, s. 5) i w efekcie albo nie realizują podstawowego celu tworzenia zasobu patentowego, za jaki należy uznać stymulację postępu technicznego, albo wręcz uzależniają podmioty tworzące *patent pool* od korzystania, czy po prostu uiszczania opłat licencyjnych za wynalazki, które nie są im potrzebne (Sikorski, 2013, s. 39–40). Na konieczność tworzenia zasobów patentowych zawierających tylko patenty uznane za niezbędne zwraca uwagę zarówno WIPO (WIPO, 2014, s. 5), jak i Komisja (Sikorski, 2013, s. 148 i 158). Obie te instytucje wskazują również na zasadność tworzenia zasobów patentowych, których przedmiotem są patenty ważne (Sikorski, 2013, s. 173 oraz WIPO, 2014, s. 6), tzn. takie, których 20-letni okres ochronny nie upłynął, pod warunkiem, że ich ochrona jest utrzymywana, tzn. podmiot uprawniony uiszcza opłaty za poszczególne okresy ochronne. Co więcej, patenty konieczne powinny być udostępniane na zasadach FRAND (*Fair, Reasonable and Non-discriminatory*), zgodnie z którymi warunki umów licencyjnych na wynalazki chronione patentami, uznanymi za konieczne powinny być uczciwe, uzasadnione oraz niedyskryminujące innych podmiotów.

Z perspektywy prawa antymonopolowego zasoby patentowe wydają się spełniać przesłanki umożliwiające ich kwalifikację jako formę nadużywania pozycji dominującej, a szczególnie kontyngentowanie (art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik) lub umowę wiązaną (art. 9 ust. 2 pkt 4 uokik), jak również jako przykład niedozwolonego porozumienia – analogicznie – porozumienia kontyngentowego (art. 6 ust. 2 pkt 2 uokik) albo porozumienia wiązanego (art. 6 ust. 2 pkt 5 uokik). Kontyngentowanie, zarówno w przypadku nadużywania pozycji dominującej, jak i niedozwolonego porozumienia, może przejawiać się zwłaszcza w formie odgórnego zarządzania wykorzystaniem patentów wchodzących

w skład zasobów, co może nie pozostawać bez znaczenia dla konkurencji na rynku. Transakcje wiązane mogą natomiast przejawiać się w szczególności uwarunkowaniem dołączenia do zasobu patentowego przez innych przedsiębiorców zawarciem z dominantem lub przedsiębiorcami objętymi porozumieniem transakcji niepozostającej w zwyczajowym związku z przedmiotem zasobu patentowego. Taka sytuacja jest możliwa z uwagi na rynkową atrakcyjność zasobów patentowych, która została omówiona powyżej. Niemniej, ze względu na korzyści płynące z tworzenia i działania zasobów patentowych, zaprezentowanych w niniejszym rozdziale, należy uznać, że istnieje również duże prawdopodobieństwo wyłączenia porozumienia, którego przedmiotem jest *patent pool* na podstawie wyłączeń sektorowych[11].

5. Uwagi końcowe

Dla przejrzystości i jasności przeprowadzonych w artykule rozważań w zakresie możliwej kwalifikacji prawnej omówionych praktyk, zasadnym wydaje się przedstawienie wniosków dotyczących kwalifikacji prawnej wskazanych działań przedsiębiorców w formie tabeli.

Praktyka	Możliwość kwalifikacji prawnej z perspektywy uznk	Możliwość kwalifikacji prawnej z perspektywy uokik	Możliwość kwalifikacji prawnej na podstawie pozostałych aktów prawnych
Smoke-screen patenting	tak, jako nienazwany czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 3 ust. 1 uznk	tak, jako niedozwolone porozumienie na podstawie art. 6 ust. 2 pkt 2 lub 6 uokik albo jako forma nadużywania pozycji dominującej, na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik	tak, jako przykład nadużycia prawa podmiotowego, na podstawie art. 5 k.c.
Gąszcze patentowe	tak, jako nienazwany czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 3 ust. 1 uznk	tak, jako niedozwolone porozumienie na podstawie art. 6 ust. 2 pkt 5 uokik albo jako forma nadużycia pozycji dominującej, na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik; ewentualnie również jako praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 uokik)	ewentualnie jako działanie *contra legem*, mające na celu ominięcie przepisów pwp
Trolling patentowy	brak	brak	jako nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.), ewentualnie jako działanie pod wpływem błędu (art. 84 k.c.)
Zasoby patentowe	brak	tak, jako niedozwolone porozumienie na podstawie art. 6 ust. 2 pkt 2 lub 5 uokik albo jako przykład nadużywania pozycji dominującej, na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 2 lub 4 uokik	brak

Źródło: opracowanie własne.

[11] Z punktu widzenia prawa patentowego szczególnie istotne są w mojej ocenie następujące rozporządzenia: Komisji (UE) nr 316/2014 z 21.03.2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do kategorii porozumień o transferze technologii); Rady Ministrów z 13.12.2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2011 Nr 288, poz. 1691); Rady Ministrów z 17.04.2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2015, poz. 585).

III. Podsumowanie

Przedstawiona w artykule problematyka związana z uzyskiwaniem i wykonywaniem praw z patentu z perspektywy prawa ochrony konkurencji wskazuje na duży stopień zróżnicowania omówionych w artykule praktyk w tym obszarze. W artykule omówiono zarówno praktyki mogące naruszać prawo antymonopolowe w związku z uzyskiwaniem prawa z patentu (*smoke-screen patenting* oraz gąszcze patentowe), praktyki związane z wykonywaniem praw z patentu, ale trudne do jednoznacznego sankcjonowania z perspektywy prawa antymonopolowego (trolling patentowy) oraz bezpośrednio związane z wykonywaniem praw z patentu względem, których może zostać zastosowana uokik (zasoby patentowe).

W przedmiocie praktyk związanych z uzyskiwaniem praw z patentu przyjmuję, że konieczne jest wprowadzenie mechanizmu oceny okoliczności lub sposobu uzyskiwania prawa z patentu z perspektywy ochrony interesu publicznego oraz ochrony konkurencji.

Prawa własności intelektualnej, w tym prawa z patentu, stają się coraz istotniejszą przewagą konkurencyjną, z którą związane jest przyznanie swoistego legalnego monopolu. W związku z tym konieczne jest zagwarantowanie mechanizmów zapewniających ochronę konkurencji w procesie uzyskiwania praw z patentu. Rozwiązania w tym przypadku są w mojej ocenie dwa – albo należy wyposażyć Urząd Patentowy RP w kompetencję do oceny okoliczności lub sposobu składania wniosków patentowych z perspektywy ochrony konkurencji, albo stosować względem praktyk przedsiębiorców uokik. Wydaje się bowiem, że do uznania uzyskiwania praw własności intelektualnej za praktykę antykonkurencyjną niekonieczne niezbędne są zmiany legislacyjne. Procedura uzyskiwania formy ochrony własności intelektualnej może być zakwalifikowana jako praktyka o charakterze antykonkurencyjnym ze względu na katalog otwarty zarówno form niedozwolonych porozumień, jak i nadużywania pozycji dominującej. Ponadto, podejście to ułatwia bardzo szerokie rozumienie semantyczne podstawowych pojęć i zasad prawa antymonopolowego, czyli występowania antykonkurencyjnego celu bądź skutku praktyki.

Niemniej, ze względu na specyfikę praktyk przedsiębiorców związanych z uzyskiwaniem praw z patentu[12] przyjmuję, że najskuteczniejszym byłoby przyznanie możliwości działania właśnie tego organu jako mającego możliwość najpełniejszej i kompleksowej oceny czy dana praktyka przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona działania o celu lub skutku antykonkurencyjnym, naruszającego interes publiczny, w procesie uzyskiwania ochrony patentowej.

W odniesieniu do zasobów patentowych uznaję, że uokik jest zasadniczo przystosowana do zwalczania tego rodzaju praktyki wykonywania praw z patentu. Natomiast w odniesieniu do trollingu patentowego sytuacja nie jest już tak oczywista z perspektywy zarówno publicznego prawa ochrony konkurencji, jak i prawa cywilnego.

Bibliografia

Chrocziel, P., Lorenz, M., Prinz zu Waldeck i Pyrmont, W. (red.). (2016). *Intellectual Property and Competition Law.* Alpen aan den Rijn.

European Commission. (2009). *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf (11.11.2021).

[12] Tzn. z uwagi na to, że ich działalność jest ściśle związana z procedurą toczącą się bezpośrednio przez Urzędem Patentowym.

Federal Trade Commission. (2008). *Patent Trolls: Broad Brush Definitions and Law Enforcement Ideas, J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, Before the Newport Summit on Antitrust and Economics Newport*. Pozyskano z: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/patent-trolls-broad-brush-definitions-and-law-enforcement-ideas/080531roschlecg.pdf (11.11.2021).

Federal Trade Commission. (2013). *Opening Remarks of Chairwomen Edith Ramirez, Competition Law and Patent Assertions Entities: What Antitrust Enforces Can Do, Computer & Communication Industry Ass'n and American Antitrust Institute Program*. Pozyskano z: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-law-patent-assertion-entities-what-antitrust-enforcers-can-do/130620paespeech.pdf (11.11.2021).

Hovenkamp, E. i Hovenkamp, H.J. (2017). Patent Pools and Related Technology Sharing. *Faculty Scholarship at Patent Law*, (1766).

Nowińska, E., Promińska, U. i Szczepanowska-Kozłowska, K. (2014). *Własność przemysłowa i jej ochrona*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Miąsik, D. (2012). *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Miąsik, D. (2012). Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a prawo własności intelektualnej – czy art. 2 ustawy jest w ogóle potrzebny? *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *1*(1).

Odrobina, A. (2014). Patent pools in light of European Union competition law. *Ekonomia i Prawo. Economics and Law*, *13*(4), 523–532.

Pacud, Ż. (2013). *Ochrona patentowa produktów leczniczych*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Porter, M.E. (2010). *Strategia konkurencji. Metody analizy sektorów i konkurentów*. Warszawa: MT Biznes.

Sikorski, R. (2013). *Funkcjonowanie zasobów patentowych w prawie konkurencji Unii Europejskiej*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Skubisz, R. (red.). (2017). *System Prawa Prywatnego. Prawo własności przemysłowej*, 14A. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Szwaja, J. (red.). (2019). *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

du Vall, M., du Vall, P., Kostański, P., Ożegalska-Trybalska, J., Podrecki, P., Traple, E. (red.). i Uchańska, J. (2017). *Prawo patentowe*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

WIPO. (2014), *Patent Pools and Antitrust – a comparative analysis*. Pozyskano z: https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf (11.11.2021).

Filip Wiaderek*, Zofia Wiaderek**

Przełamując podziały pomiędzy ochroną pracy i konkurencji, czyli jak chronić uczestników *gig economy*?

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Problemy społeczne w dobie rewolucji przemysłowej a kształtowanie się nowoczesnych systemów prawa pracy oraz prawa antymonopolowego
  1. Zarys genezy prawa pracy
  2. Zarys kształtowania się nowoczesnego prawa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych i w Unii Europejskiej
  3. Podsumowanie
III. Analiza modeli gospodarczych w *gig economy* z perspektywy prawa konkurencji
  1. Problem braku konkurencji wewnątrz platformy – oceny w wybranych ustawodawstwach
  2. Problem braku konkurencji wewnątrz platformy w ocenie polskiej doktryny
  3. Problem dysproporcji siły rynkowej pomiędzy platformą a uczestnikami *gig economy*
IV. Analiza dopuszczalności zawierania układów zbiorowych przez samozatrudnionych w wybranych systemach prawnych
  1. Uwagi wstępne
  2. Sprawa *Seattle*, czyli prawo konkurencji jako przeszkoda dla rokowań zbiorowych wśród samozatrudnionych
  3. Ewolucja oceny dopuszczalności rokowań zbiorowych dla samozatrudnionych w prawie unijnym
  4. Samozatrudniony w Australii – wyjęty spod prawa (antymonopolowego)
  5. Skutki niedostosowania systemu rokowań zbiorowych do potrzeb samozatrudnionych, czyli perspektywa polska
  6. Podsumowanie zestawienia
V. Wnioski końcowe

Streszczenie

Gig economy to model gospodarczy oparty na działaniu platform pośredniczących pomiędzy osobami zainteresowanymi skorzystaniem z określonej usługi oraz tymi, którzy są gotowi ją świadczyć na żądanie. Rozwój tego modelu jest postrzegany jako jeden z przejawów fragmentacji rynku pracy, w którym upowszechniają się atypowe stosunki zatrudnienia. Związanym z tym zagrożeniem

* Doktorant Szkoły Doktorskiej na Uniwersytecie Łódzkim; pracownik Departamentu Ochrony Konkurencji w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wszystkie opinie i oceny wyrażone w niniejszym artykule stanowią opinie i oceny autora i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; adres e-mail: filip.wiaderek@edu.uni.lodz.pl; ORCID https://orcid.org/0000-0002-5267-8206.

** Absolwentka WPiA UW, aplikantka sędziowska; adres e-mail: zosia.wiaderek@gmail.com; ORCID https://orcid.org/0000-0001-5177-6712.

jest prekaryzacja na rynku pracy, która historycznie stanowiła podstawowy problem społeczny towarzyszący powstaniu prawa pracy. Mechanizmem, za pomocą którego można przeciwdziałać negatywnym konsekwencjom społecznym analizowanego zjawiska są rokowania zbiorowe. Dopuszczalność jego zastosowania do uczestników *gig economy* może jednak rodzić wątpliwości z punktu widzenia zgodności takiego rozwiązania z regułami prawa konkurencji. Z formalnego punktu widzenia uczestnicy *gig economy* są bowiem zwykle przedsiębiorcami, podobnie z resztą jak zrzeszająca ich platforma. Prawo antymonopolowe ogranicza zaś co do zasady możliwość koordynowania zachowań rynkowych przez przedsiębiorców. Celem rozważań zawartych w artykule rozważań jest przedstawienie opisanego konfliktu prawa konkurencji i prawa pracy w kontekście pierwotnych założeń systemowych obydwu wymienionych wyżej gałęzi prawa.

Słowa kluczowe: *gig economy*; zatrudnienie prekaryjne; fragmentacja rynku pracy; samozatrudnieni; prawo pracy; prawo antymonopolowe; rokowania zbiorowe; cele prawa antymonopolowego.

JEL: J80, J83, K21, K31, L40, L49

I. Wprowadzenie

Historycznie problem braku równowagi między stroną dającą pracę a stroną świadczącą pracę był rozwiązywany za pomocą dwóch środków: wprowadzenia przepisów prawa pracy oraz umożliwienia pracownikom prowadzenia rokowań zbiorowych i zawierania układów zbiorowych pracy (Daskalova, 2018).

Współcześnie jednak rynek pracy najemnej doświadcza coraz dalej idącej fragmentacji (*fissured workplace*), która opiera się na tak zwanym zatrudnieniu niestandardowym[1]. Dodatkowo rozwój Internetu i elektronicznych form komunikacji w ramach czwartej rewolucji cyfrowej[2] doprowadził do powstania *gig economy*, w ramach której platformy cyfrowe umożliwiają świadczenie pracy na nowych warunkach. *Gig economy*, podobnie jak zatrudnienie niestandardowe, nie zostało jednoznacznie zdefiniowane. Generalnie jako *gig economy* rozumie się model gospodarczy składający się z platformy pośredniczącej, której rola polega na łączeniu zainteresowanych (organizacji, konsumentów) z osobami świadczącymi pracę na żądanie (Meijerink i Keegan, 2019). Co do zasady wyróżnia się dwie główne formy działania platform: *crowdwork* oraz praca na żądanie (*on-demand work*) (de Stefano, 2016). Pierwszy rodzaj opiera się na świadczeniu pracy online, bezpośrednio przez aplikację i polega na udostępnieniu przez zainteresowanego zadania, którego może podjąć się ktoś z „tłumu" (*crowd*) (np. platforma Fiverr). Z kolei drugi typ platform służy do łączenia usługodawcy z usługobiorcą w celu wykonania usługi offline (np. Uber). Średnio co dziesiąty dorosły mieszkaniec wszystkich krajów Unii przynajmniej raz w życiu świadczył pracę

[1] Brakuje jednej definicji „zatrudnienia niestandardowego", jednak wskazuje się, że obejmuje ono m.in. 1) umowy o pracę na czas określony i inne formy pracy tymczasowej; 2) pracę za pośrednictwem agencji pracy tymczasowej i inne porozumienia umowne obejmujące wiele stron; 3) „ukryte stosunki pracy" i „zależne samozatrudnienie" oraz 4) pracę w niepełnym wymiarze czasu pracy (Gospodarek, 2019).

[2] Tym zbiorczym pojęciem określa się aktualnie występujące procesy społeczno-gospodarcze, zestawiając je z wcześniejszymi „rewolucjami przemysłowymi" – pierwszą, bazującą na silniku parowym, drugą opartą na energii elektrycznej, trzecią bazującą na elektronice i możliwości automatyzacji produkcji. Z kolei czwarta rewolucja charakteryzuje się łączeniem technologii, które prowadzą do zacierania się granic między sferami: fizyczną, cyfrową a biologiczną (zob. Schwab, 2017).

za pośrednictwem platformy internetowej, a aż 2% ogólnej populacji poświęca aktywności zawodowej wykonywanej za pośrednictwem platformy więcej niż 20 godzin tygodniowo (KE, 2018).

Jak szeroko wskazuje się w literaturze światowej, *gig economy* stanowi kolejne zagrożenie w sferze praw osób świadczących pracę zarobkową, pogłębiające fragmentację rynku pracy i prowadzące do jeszcze głębszej prekaryzacji zatrudnionych (de Stefano, 2016; Rogers, 2017; Prassl, 2018).

W przypadku platform typu *on-demand*, które stanowią główny przedmiot tego opracowania, zasadniczym problemem jest to, że w wielu ustawodawstwach osoby świadczące pracę przez platformę nie są pracownikami, lecz osobami samozatrudnionymi (*self-employed*), które co do zasady są traktowane na równi z innymi przedsiębiorcami. Jednocześnie są one często osobami ekonomicznie zależnymi od platformy, za pośrednictwem której świadczą usługi. Umowy zawierane przez platformy z osobami świadczącymi pracę za ich pośrednictwem są umowami adhezyjnymi, a świadczący pracę nie ma faktycznej możliwości ich negocjowania, co w przypadku platform przewozowych dotyczy także stawek, po których kierowcy wykonują przejazdy. Dodatkowo, na przykładzie Ubera widać, że możliwe jest sprawowanie swego rodzaju kierownictwa poprzez użycie odpowiednich algorytmów (Wiener, Cram i Benlian, 2021). W przypadku Ubera objawia się ono przede wszystkim tym, że wprowadzone algorytmy mają na celu wyegzekwowanie od kierowców pożądanych z punktu widzenia platformy zachowań[3].

Na gruncie skomplikowanego statusu zatrudnionych w *gig economy*, powstał w nauce szereg opracowań dotyczących prawidłowej klasyfikacji tej grupy osób na rynku pracy, w których autorzy rozważali czy świadczący pracę w *gig economy* powinni zostać uznani za pracowników i czy są osobami fałszywie zatrudnionymi (*employee misclassification*) (Sprague, 2015; Prassl i Risak, 2017). Odrębnymi zagadnieniami są: faktyczna kwalifikacja osób świadczących pracę za pośrednictwem platform, takich jak np. Uber, w różnych ustawodawstwach[4], czy też badania nad koniecznością wprowadzenia do ustawodawstw kategorii pośredniej – między pracownikiem a samozatrudnionym przedsiębiorcą (np. Kozak, 2019), która na gruncie projektu Kodeksu Pracy Komisji Kodyfikacyjnej, powołanej w 2016 r., została określona jako „samozatrudniony ekonomicznie zależny”[5]. Zagadnienia te jednak, ze względu na ramy niniejszego opracowania, nie będą szczegółowo rozwijane, a ich nakreślenie miało na celu jedynie wskazanie mnogości problemów powstających w *gig economy*.

Zagadnieniem istotnym z perspektywy niniejszego opracowania jest natomiast wpływ statusu *workerów*, jako samozatrudnionych, na dopuszczalność prowadzenia przez nich rokowań

[3] W tym celu np. kierowcy otrzymują informację zwrotną dotyczącą ocen wystawionych im przez klientów, a aplikacja w razie potrzeby proponuje kierowcy zachowania, które mogą poprawić oceny klientów. Aplikacja śledzi także współczynnik odrzuconych przejazdów, a w razie zbyt częstego odrzucania kursów kierowcy grozi najpierw ostrzeżenie, a następnie swoista kara w postaci wylogowania z aplikacji na 10 minut. Dodatkowo, kierowca dowiaduje się o trasie kursu dopiero w momencie, gdy pasażer wsiądzie do pojazdu. Celem powyższego jest ograniczenie możliwości wybierania przez kierowcę pomiędzy bardziej i mniej opłacalnymi zleceniami. Stosowanie wskazanych mechanizmów przez Ubera ustalił Sąd Najwyższy Wielkiej Brytanii w sprawie *Uber BV i inni przeciwko Aslamowi i innym*, 19.02.2021 r.

[4] Odmienności te w pierwszej kolejności są konsekwencją różnic między definicjami „pracownika” w różnych systemach prawnych. Między innymi w Belgii, czy w Szwecji definicja pracownika jest tak szeroka, że zawiera w sobie osoby, które w innych systemach prawnych byłyby zakwalifikowane jako osoby samozatrudnione (Countouris, de Stefano i Lianos, 2019). Natomiast także i w państwach, w których status pracowniczy kierowców nie jest z góry przesądzony, toczy się wiele sporów sądowych o ustalenie istnienia stosunku pracy kierowców Ubera, które coraz częściej kończą się korzystnymi dla kierowców rozstrzygnięciami. W Wielkiej Brytanii spór o przyznanie statusu pracowniczego kierowcom Ubera dotarł do Sądu Najwyższego (UK Supreme Court), który ostatecznie przesądził, że kierowcy Ubera mają status „workerów”, czyli przyznany został im szereg praw pracowniczych (wyr. Sądu Najwyższego w Wielkiej Brytanii (Supreme Court of the United Kingdom) z 19.02.2021 r. *Uber BV i inni przeciwko Aslamowi i innym*). Z kolei we Francji w marcu 2020 r. Sąd Najwyższy potwierdził, że kierowcy Ubera są pracownikami, a nie podwykonawcami (wyr. francuskiego Sądu Kasacyjnego (Cour de cassation) z 4.03.2020 r. (ECLI: FR: CCASS: 2020: SO00374)).

[5] Projekt kodeksu pracy Komisji Kodyfikacyjnej z 14.03.2018 r. Pozyskano z: https://archiwum.mrips.gov.pl/download/gfx/mpips/pl/defaultopisy/10948/1/1/Kodeks%20pracy.pdf (6.01.2022).

zbiorowych i zawierania porozumień. W praktyce na świecie obserwuje się rozwój aktywności w tym zakresie, co zostanie szerzej omówione w dalszej części opracowania. Jak wspomniano we wstępie, rokowania zbiorowe stanowią jeden z podstawowych instrumentów kształtowania norm prawa pracy i bardzo skuteczny instrument ochrony pracowników. Istotą układu zbiorowego pracy jest to, że ma on charakter normatywny i taką samą moc jak ustawa, mimo że do jego zawarcia dochodzi na drodze umowy między pracodawcą (organizacją pracodawców) a organizacją pracowników. Tym samym postanowienia układu mogą być podstawą indywidualnych roszczeń konkretnego pracownika. Dzięki zrzeszeniu się, pracownicy są w stanie lepiej przeciwstawić się silniejszej pozycji negocjacyjnej pracodawcy i osiągnąć korzystniejsze warunki niż te, które byłyby zagwarantowane w razie braku układu. Układy zbiorowe pracy umożliwiają indywidualizację warunków zatrudnienia w danym zakładzie, branży czy zawodzie. Tym samym, szczególnie w systemach, w których rokowania zbiorowe stanowią istotny element systemu gospodarczego i w zauważalny sposób poprawiają sytuację pracowników, naturalną reakcją niezadowolonych ze swojego położenia samozatrudnionych jest sięgnięcie po tę instytucję.

Gdzie jednak leży problem? Nie ma wątpliwości, że porozumienie zawarte w relacji pracodawca – przedstawiciele pracowników jest dopuszczalne. Jeżeli jednak zostałoby ono zawarte w relacji platforma – samozatrudnieni świadczący za jej pośrednictwem pracę, mielibyśmy do czynienia z porozumieniem dwóch przedsiębiorców. Tym samym wchodziłoby ono w zakres stosowania norm prawa konkurencji i mogłoby zostać uznane za naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (ILO, 2021).

W naszej ocenie, chociaż obecnie obowiązujące przepisy prawa antymonopolowego mogą być wykorzystywane w celu ograniczania tego rodzaju form koordynacji przedsiębiorców, z perspektywy pierwotnych celów i systemowych założeń aksjologicznych prawa antymonopolowego nie stanowiły one zagrożenia dla konkurencji. Dzisiejsze wątpliwości na gruncie ich prawnokonkurencyjnej oceny stanowią wynik wieloletnich przemian w sposobie postrzegania celów, którym powinna służyć publicznoprawna ochrona konkurencji. Obserwowane dzisiaj przeobrażenia społeczno-gospodarcze sygnalizują potrzebę przypomnienia systemowych założeń prawa konkurencji, które również rodziło się w czasach dynamicznych przemian społecznych. Tak jak wówczas przyniosło ono na nie odpowiedź, podobnie i dzisiaj nie powinno naszym zdaniem stawać na przeszkodzie ich rozwiązywania.

W pierwszej części artykułu przedstawiony zostanie zarys genezy prawa pracy i nowoczesnych systemów prawa antymonopolowego. Celem historycznego wprowadzenia jest przedstawienie problemów społecznych, których próba rozwiązania legła u podstaw obydwu dziedzin – zarówno prawa pracy, jak i prawa antymonopolowego oraz wskazanie rezultatów, do których miała prowadzić instytucjonalna ochrona konkurencji.

Druga część poświęcona będzie, po pierwsze, aktualnie pojawiającym się w doktrynie i orzecznictwie wątpliwościom co do zgodności modeli biznesowych występujących w *gig economy* z obowiązującymi regułami konkurencji. Po drugie, zostanie zarysowany inny wymiar konfliktu *gig economy* z prawem konkurencji, odnoszący się do prawnokonkurencyjnej oceny koordynacji podejmowanej w celu ograniczania dysproporcji w sile rynkowej uczestników *gig economy*.

W trzeciej części zostanie omówiony sposób rozwiązania zarysowanego wcześniej konfliktu za pomocą narzędzi zbiorowego prawa pracy. Przedstawiony zostanie aktualny stan

dopuszczalności rokowań zbiorowych dla samozatrudnionych na świecie oraz zasygnalizowane zostaną wątpliwości wynikające z zakresu dopuszczalności takich rozwiązań na gruncie prawa konkurencji.

Zawarte w opracowaniu liczne odwołania do platform taksówkarskich, a szczególnie Ubera, wynikają z faktu, że w sektorze usług taksówkarskich analizowane zagadnienia są szczególnie widoczne. Sam zaś Uber jest globalnym przedsiębiorstwem, które było oceniane przez orzecznictwo i doktrynę różnych systemów prawnych, co zapewnia odpowiednio szeroki materiał badawczy.

II. Problemy społeczne w dobie rewolucji przemysłowej a kształtowanie się nowoczesnych systemów prawa pracy oraz prawa antymonopolowego

1. Zarys genezy prawa pracy

Prawo pracy narodziło się w dobie rewolucji przemysłowej, w ramach której dokonała się zmiana organizacji pracy polegająca na przeniesieniu produkcji z małych manufaktur do wielkich fabryk. To właśnie wykonywana na masową skalę w fabrykach praca najemna przyniosła nowe problemy, na które odpowiedzią okazało się prawo pracy. Między formalnie równouprawnionymi pracodawcą i pracownikiem występowała faktyczna nierówność ekonomiczna. To bowiem pracodawca jednostronnie określał warunki zatrudnienia, narzucając długie godziny pracy, często w niebezpiecznych warunkach. Dodatkowo, na korzyść pracodawcy działało także wysokie bezrobocie, dzięki któremu mógł łatwo zastąpić jednego pracownika innym kandydatem. Odpowiedzią pracowników na te problemy było podejmowanie zbiorowych działań nakierowanych na poprawę warunków pracy, co dało początek ruchowi związkowemu. (Mitrus, 2017). Pierwotną reakcją ustawodawstw był zakaz działalności związków zawodowych (np. wprowadzoną w Anglii w 1799 r. ustawą o zmowach), jednak z czasem, przede wszystkim na skutek prowadzonych przez związki zawodowe strajków, zakazy były uchylane, a związki zawodowe zaczęły być tolerowane (np. w Anglii w 1871 r. zalegalizowano związki zawodowe na mocy *Trade Union Act*). Celem działalności związków zawodowych była ochrona szeroko rozumianych interesów pracowniczych oraz zapewnienie skuteczności wywalczonych praw, między innymi poprzez możliwość zawierania układów zbiorowych pracy (Mitrus, 2017). Protesty pracowników przyniosły również efekt na poziomie ustawodawstw krajowych – państwa stopniowo ograniczały, a następnie zakazywały pracy dzieci, ograniczały długość dnia roboczego, ustanawiały regulacje dotyczące wypadków przy pracy czy chorób zawodowych tak, by zapewnić pracownikom minimalny poziom ochrony (Mitrus, 2017).

2. Zarys kształtowania się nowoczesnego prawa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych i w Unii Europejskiej

Podobnie demokratyczna i oddolna geneza stała u podstaw kształtującego się w Stanach Zjednoczonych nowoczesnego ustawodawstwa antymonopolowego (Skoczny, 1990). Jego podstawową siłę stanowił dziewiętnastowieczny ruch farmersko-konsumencki wyrosły na gruncie ukształtowanego w tradycji *common law* paradygmatu „gospodarki moralnej" (*moral economy*) (Paul, 2021). Gospodarka moralna postrzegała rynek jako płaszczyznę kształtowaną przez instytucje

prawne i społeczne formy współdziałania, a nie jako samoregulujący się mechanizm. Miał on zatem wyraźnie społeczny wymiar, nakierowany przede wszystkim na osiąganie sprawiedliwych (*fair*) rezultatów. Zgodnie z tym założeniem, jego działanie nie powinno odbierać pracownikom moralnego prawa do owoców ich pracy (Paul, 2021).

Przyjmowano, że tak rozumiany rynek nie może działać w oparciu o neutralny aksjologicznie standard ekonomiczny. Stąd też konkurencji, jako jednemu z fundamentów gospodarki moralnej, towarzyszyło nieobojętne aksjologicznie kryterium uczciwości (*fair competition*). Działania, które zakłócały normalne funkcjonowanie konkurencji, *common law* określało jako „ograniczenia w handlu" (*restraints of trade*)[6]. To właśnie z tradycji *common law* wyrosło nowoczesne amerykańskie prawo antymonopolowe, do czego wyraźnie odnosili się sędziowie stosujący przepisy ustawy Shermana w początkach jej obowiązywania[7]. Ówczesne *common law* tolerowało przypadki horyzontalnej koordynacji cenowej, o ile tylko nie odbywała się ona za pomocą metod uznawanych za nieuczciwe (Paul, 2021).

Rewolucja przemysłowa przyniosła dla tak skonstruowanego modelu fundamentalne zagrożenie – akumulację kapitału w rękach wąskiego grona przemysłowców. Jej skutkiem było pojawienie się prywatnej władzy gospodarczej, której uosobieniem były trusty. Nadużywanie przez nie siły rynkowej w stosunku do mniejszych uczestników rynku doprowadziło do powstania wspomnianego ruchu farmersko-konsumenckiego. Kiedy w amerykańskich Kongresie i Senacie trwała dyskusja nad tym, w jaki sposób za pomocą prawa wcielić w życie jego postulaty, rozważano kilka scenariuszy. Zastanawiano się bowiem, w jaki sposób, poddając prywatną władzę gospodarczą mechanizmowi publicznej kontroli, nie stworzyć jednocześnie regulacji zbyt szerokiej podmiotowo, która ograniczałby możliwość podejmowania skoordynowanych działań przez producentów rolnych i innych podobnych im drobnych przedsiębiorców[8]. Ostatecznie zdecydowano się na wariant, który bezpośrednio odwoływał się do wywodzącego się z tradycji *common law* pojęcia „ograniczenia w handlu" (*restraint of trade*). W ten sposób, odwołując się do tradycji gospodarki moralnej, zamierzano uchronić mechanizm rynkowy przed szkodliwym działaniem podmiotów, dysponujących znaczną siłą rynkową, nie ingerując jednocześnie w działalność mniejszych podmiotów[9].

Chociaż wśród części środowiska naukowego panuje błędne przekonanie, że nowoczesne europejskie ustawodawstwo antymonopolowe stanowi transplant amerykańskiego ustawodawstwa

[6] Polegały one na nieuczciwym wykorzystywaniu mechanizmu rynkowego dla osiągania własnych korzyści i głównie obejmowały swoim zakresem działania o charakterze spekulacyjnym. Przykładowe praktyki określane jako *restraints of trade* to: *engrossing* – skupywanie hurtowych ilości towarów z rynku w celu ich późniejszej odsprzedaży, *regrating* – skupywanie towarów z rynku w celu ich późniejszej odsprzedaży na tym samym rynku, *forestalling* – przeciwdziałanie wprowadzaniu towarów na rynek.

[7] Zob. np. wyr. SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Standard Oil Co.p-ko Stany Zjednoczone*, 221 U.S. 1, 50–60 (1911).

[8] Pierwotnie ustawa Shermana miała zakazywać zrzeszeń, które zakłócały pełną (*full*) oraz wolną (*free*) konkurencję albo obciążać kosztami konsumentów nabywających określone dobra. Taka propozycja spotkała się jednak ze zdecydowaną krytyką, gdyż odbierałaby producentom rolnym prawo do podejmowania skoordynowanych działań o charakterze gospodarczym, polegających np. na ustalaniu godziwej ceny za płody rolne. Zob. 20 Congressional Record 1459 (1889): *By this provision is drawn within the punitive provisions of this bill every agreement made by farmers not to sell any particular article of their productionunless they receive a certain price for it […] There have been combinations of that sort, lawful in their character, meritorious in their aims, which have tended to prevent the farmers of this country from being fleeced by the great trusts […].* Na dalszym etapie prac nad powyższym rozwiązaniem proponowano wprowadzenie wyłączeń z zakresu jej obowiązywania, co miało zapobiec zbyt szerokiemu zakresowi jej zastosowania.

[9] Istotny wpływ na późniejsze rozumienie celów prawa konkurencji miały twierdzenia Roberta Borka, który uznał odwołanie się do pojęcia „ograniczeń w handlu" za sprzeciwienie się przez autorów ustawy Shermana jakimkolwiek formom koordynacji cenowej (Bork, 1966). W zakresie aksjologicznych podstaw amerykańskiego ustawodawstwa antymonopolowego stanowisko R. Borka było poddawane krytyce w literaturze już od lat 90. (Grandy, 1993). Owa krytyka prowadzi do wniosku, że zarówno na płaszczyźnie instytucjonalnej (jako sojusz farmersko-konsumencki), jak i materialnej (czerpiącej z tradycji koncepcji gospodarki moralnej), nowoczesne ustawodawstwo antymonopolowe wyrosło z dążenia do zachowania „moralnej" substancji mechanizmu konkurencji, który miał prowadzić do rezultatów uczciwych, czyli społecznie pożądanych.

antytrustowego, który dokonał się wraz z przyjęciem ustaw dekartelizujących niemiecką gospodarkę po kapitulacji hitlerowskich Niemiec, stanowiło ono tak naprawdę produkt rodzimy, którego korzeń wyrastał z przedwojennej tradycji niemieckich ordoliberałów i stworzonej przez nich koncepcji społecznej gospodarki rynkowej (Felice i Vatiero, 2014).

Podobnie jak w przypadku genezy prawa konkurencji w Ameryce oraz genezy prawa pracy, materialnym źródłem europejskiego prawa antymonopolowego była diametralna zmiana stosunków społecznych, towarzysząca XIX-wiecznej rewolucji przemysłowej. Wraz ze wzrostem wielkości przedsiębiorstw na europejskim rynku, rosła ich zdolność do wpływania na otaczającą ich rzeczywistość. Na taki obrót spraw pozwolił przyjazny klimat polityczny, ukształtowany na liberalnych założeniach, zakładających brak konieczności wprowadzania ograniczeń zdolnej do samoregulowania się gospodarki. Okazało się jednak, że wspomniane wyżej przemiany gospodarcze dokonywały się ogromnym kosztem społecznym, samo zaś działanie nieskrępowanego niczym mechanizmu konkurencji zaczęło być postrzegane nie jako napędzający rozwój społeczny proces rywalizacji przedsiębiorców, a źródło społecznych problemów. Skartelizowane przedsiębiorstwa wykorzystywały bowiem swoją ogromną siłę rynkową i, nadużywając przysługującej im swobody kontraktowej, maksymalizowały swoje korzyści, czyniąc to kosztem społecznym. Powstawanie i nadużywanie prywatnej władzy gospodarczej było zatem zjawiskiem, które stanowiło zagrożenie dla integralnego rozwoju wolnego społeczeństwa i z tejże przyczyny należało mu przeciwdziałać (Gerber, 2003).

W efekcie pojawiło się społeczne dążenie do poddania procesowi publicznej kontroli rosnącej w siłę prywatnej władzy gospodarczej, którą w gospodarce ówczesnej Europy uosabiały kartele. Mechanizmem tejże kontroli miało zaś być właśnie prawo antymonopolowe, które stało się jednym z filarów wyrosłej na gruncie myśli ordoliberalnej koncepcji ustroju gospodarczego powojennych Niemiec – społecznej gospodarki rynkowej. Wspomniany model gospodarczy zakładał ograniczenie zarówno publicznej władzy politycznej, jak i prywatnej władzy gospodarczej. Warto zaznaczyć, że myśl ordoliberalna nie wypływała z żadnej teorii ekonomicznej proponującej konkretny rodzaj efektywności gospodarowania – jej twórcy odwoływali się raczej do uniwersalnych wartości humanistycznych.

Projekt niemieckiej ustawy antymonopolowej stanowił inspirację dla historycznego, a pośrednio również i obecnego kształtu unijnych reguł konkurencji (Felice i Vatiero, 2014). Do samej zaś koncepcji społecznej gospodarki rynkowej odnoszą się współcześnie ustrojodawcy zarówno unijny (art. 3 ust. 3 TUE), jak i polski (art. 20 Konstytucji RP).

3. Podsumowanie

Zaprezentowane rozważania dotyczące okoliczności powstawania nowoczesnego prawa antymonopolowego oraz prawa pracy pozwalają dostrzec wspólną dla nich płaszczyznę aksjologiczną. Były one bowiem odpowiedzią na problemy społeczne wynikające z niekontrolowanego wzrostu prywatnej władzy gospodarczej, w wyniku której mechanizm rynkowy pogłębiał istniejące w społeczeństwie podziały zamiast prowadzić do jego integralnego i zrównoważonego rozwoju. Twórcy nowoczesnych ustaw antymonopolowych po obydwu stronach Atlantyku zamierzali rozwiązać ten problem, doprowadzając do rozproszenia w społeczeństwie przysługujących jednostkom praw ekonomicznych, w szczególności tych, upoważaniających do podejmowania przez nie

skoordynowanych działań rynkowych. Tak ujęte cele ustawodawstwa antymonopolowego nie stanowią jednak wyłącznie pieśni przeszłości, ale są osadzone w koncepcji społecznej gospodarki rynkowej, mającej swoją normatywną podstawę w unijnej i krajowej konstytucji gospodarczej. W naszej ocenie powyższe przemawia za koniecznością poszerzenia perspektywy, z której doktryna, orzecznictwo, a także ustawodawstwo reagują na zjawiska obserwowane w sektorach gospodarki, w których występujące pomiędzy jednostkami relacje społeczne charakteryzuje znaczna dysproporcja siły rynkowej. Jednym zaś z takich obszarów, któremu zdecydowaliśmy się poświęcić to opracowanie, jest *gig economy*.

III. Analiza modeli gospodarczych w *gig economy* z perspektywy prawa konkurencji

1. Problem braku konkurencji wewnątrz platformy – oceny w wybranych ustawodawstwach

Pierwsze sygnały o potencjalnej niezgodności modeli biznesowych stosowanych w *gig economy* z prawem konkurencji dotyczyły platform internetowych, które oprócz pośredniczenia w świadczeniu usług, dokonywały również ich wyceny. W szczególności miało to miejsce w przypadku platform organizujących świadczenie usług przewozowych. W literaturze pojawiły się opinie, że tego rodzaju koordynacja może być zmową cenową. Zaprezentowany został pogląd, że platforma może zostać uznana za organizatora kartelu (*cartel faciliator*) o układzie gwiaździstym (*hub-and-spoke*) lub stronę serii porozumień wertykalnych z kierowcami. Nie wykluczano również, że praktyka polegająca na narzucaniu kierowcom cen świadczenia usług może stanowić naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej, o ile możliwe byłoby wyodrębnienie rynku, na którym platforma zajmowałaby pozycję dominującą, a jej zachowanie mogłoby zostać uznane za jej nadużycie (Bekisz, 2021).

Powyższy problem stał się przedmiotem rozważań w kilku postępowaniach antymonopolowych oraz sądowych. W literaturze najszerzej skomentowana została sprawa *Meyer vs. Kallanick*[10], która dotyczyła powództwa jednego z kierowców Ubera przeciwko jego prezesowi. Z uwagi na zawartą przez strony klauzulę arbitrażową, na którą powołał się pozwany, nie doczekaliśmy się jednak jej merytorycznego rozstrzygnięcia. Z kolei luksemburski organ antymonopolowy oceniał zgodność z regułami konkurencji ujednoliconego mechanizmu wyceny na platformie Webtaxi[11]. W przedmiotowej sprawie organ antymonopolowy stanął na stanowisku, że relacja kontraktowa jest wprawdzie objęta zakresem stosowania art. 101(1) TfUE, jednakże spełnia ona jednocześnie przesłanki wyłączenia indywidualnego i z tej przyczyny nie narusza reguł konkurencji. Na podobnym stanowisku stanął indyjski organ ochrony konkurencji, który rozpatrywał sprawę wszczętą przez jednego z kierowców Ubera oraz popularnej w Indiach aplikacji przewozowej Ola[12]. Korzystający z aplikacji kierowca zarzucił, że stosowany mechanizm wyceny usług stanowi naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Niemniej, indyjski organ antymonopolowy, podobnie jak jego luksemburski odpowiednik, objął porozumienie wyłączeniem indywidualnym.

[10] *Spencer Meyer v. Travis Kalanick*, 15 Civ 9796; 2016 US. Dist. Lexis 43944.

[11] Dec. luksemburskiego organu ochrony konkurencji z 7.06.2018 r., sygn. 2018-FO-01, *Webtaxi S.à r.l.* Na marginesie należy wskazać, że z usług platformy korzystały korporacje taksówkarskie, a nie bezpośrednio indywidualni kierowcy.

[12] Dec. indyjskiego organu ochrony konkurencji z 6.11.2018 r, sygn. 37/2018 w *sprawie Saimra Agravala oraz ANI Technologies Pvt. Ltd. i in.*

2. Problem braku konkurencji wewnątrz platformy w ocenie polskiej doktryny

Polscy autorzy, analizujący to zagadnienie, również opowiadają się za tezą o zgodności przedstawionego modelu świadczenia usług z prawem konkurencji. Przykładowo, model działalności platform przewozowych jest przedstawiany jako produkt ewolucji sposobu funkcjonowania tradycyjnej korporacji taksówkarskiej, która w orzecznictwie polskiego organu antymonopolowego stanowi zrzeszenie przedsiębiorców, w obrębie którego obowiązuje jednolita polityka cenowa (Toroń i Wiese, 2017). Taksówkarze jeżdżący we flocie określonej korporacji pozostają w stałym kontakcie z dyspozytornią, która informuje ich o lokalizacji pasażerów oczekujących na taksówkę. Od strony konstrukcyjnej wprowadzenie jednolitych stawek za przejazdy stanowi w istocie porozumienie cenowe, zawarte pomiędzy podmiotem pośredniczącym (dyspozytornią) oraz poszczególnymi kierowcami. Chociaż działalność przedsiębiorstw taksówkarskich była przedmiotem kilku orzeczeń Prezesa UOKiK, dotyczyły one wyłącznie relacji występujących pomiędzy poszczególnymi korporacjami, a nie wewnątrz nich. Rozważania w przedmiocie relacji wewnętrznych zawarte w uzasadnieniach wspomnianych orzeczeń miały wyłącznie charakter *obiter dictum*. Na ich podstawie należy jednak wysnuć wniosek, że jednolite stawki za przejazdy w obrębie określonej korporacji nie naruszają reguł konkurencji. W ocenie Prezesa UOKiK taksówkarze jeżdżący w jednej korporacji tworzą jednoznacznie identyfikowalną na rynku grupę, realizującą wspólne dla jej wszystkich członków cele i spełniającą określone zadania. Funkcjonowanie taksówkarzy na rynku samodzielnie, poza korporacją, nie jest ani celowe, ani możliwe. Mimo że działalność korporacji sprowadza się przede wszystkim do przyjmowania i rozdzielania zleceń, to jej ścisłe powiązanie ze świadczonymi przez indywidualnych taksówkarzy usługami prowadzi do postrzegania korporacji w otoczeniu rynkowym jako jednego podmiotu. Konsumenci nie postrzegają poszczególnych taksówkarzy oraz podmiotu, który przyjmował od nich zlecenie, jako osobnych przedsiębiorców.

Dokonując interpretacji stanowiska Prezesa UOKiK, można dojść do wniosku, że zastosował on do formy organizacyjnej korporacji taksówkarskich doktrynę jednolitego organizmu gospodarczego (*single economic unit*)[13]. Alternatywnie, za podstawę tego stanowiska może zostać uznana także doktryna niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints doctrine*). Uzgodnienie jednolitej polityki cenowej, której wprowadzenie w normalnych warunkach stanowiłoby naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, powinno być zgodnie z nią uznane za część szerszej działalności gospodarczej, obiektywnie konieczną dla prawidłowej realizacji przedsięwzięcia gospodarczego w postaci korporacji taksówkarskiej[14]. Gdy konsument zamawia przejazd taksówką, nie dokonuje wyboru między konkretnymi taksówkarzami, ale między zrzeszającymi ich korporacjami. Stąd też może on oczekiwać, że cena usługi obowiązująca w obrębie określonej korporacji będzie jednakowa.

Nie wydaje się przy tym, aby naruszało to zasadę proporcjonalności. Jednolita cena obowiązująca w ramach korporacji ma charakter maksymalny. Klienci zachowują zatem możliwość

[13] Pomijamy w tym miejscu rozważania przedstawicieli nauki na temat dopuszczalności stosowania doktryny *single economic unit* w polskim prawie antymonopolowym.

[14] Przez obiektywną konieczność rozumie się sytuację w brak ograniczenia uniemożliwiałby lub co najmniej utrudniałby wykonanie czynności podstawowej. W przypadku Ubera wątpliwości co do spełnienia przesłanki konieczności mogły pojawić się w połowie 2020 roku. Uber poinformował wówczas o wprowadzeniu możliwości ustalania przez kierowców w Kalifornii własnych cen przejazdów. Wprowadzenie takiego rozwiązania może sugerować, że założenie dotyczące konieczności utrzymywania ujednoliconego mechanizmu wyceny było nie do końca prawdziwe lub stało się nieaktualne.

indywidualnej negocjacji ceny przejazdu z konkretnym taksówkarzem w indywidualnych przypadkach (np. gdy zamawiają kurs bezpośrednio u taksówkarza oczekującego w miejscu postoju taksówek).

3. Problem dysproporcji siły rynkowej pomiędzy platformą a uczestnikami *gig economy*

W odniesieniu do platform taksówkarskich wątpliwości dotyczą głównie kwestii narzucania przez nie jednolitych stawek za przejazd. Jak pokazują powyższe rozważania, ujednolicenie stawek może być postrzegane jako konieczność dla funkcjonowania zarówno tradycyjnych taksówek, jak i dla platform świadczących usługi przewozowe lub wynikać z tego, że w obrębie jednego podmiotu, którym jest korporacja taksówkarska lub platforma przewozowa, konkurencja w ogóle nie występuje.

Wydaje się również, że samo zagadnienie braku istnienia konkurencji wewnątrz platform pośredniczących w świadczeniu usług, stanowi zaledwie jedno z wyzwań dla konkurencji, które pojawiły się w gospodarce wolnorynkowej wraz z upowszechnianiem się *gig economy*.

Osobnym zagadnieniem jest natomiast, w jaki sposób prawo antymonopolowe odnosi się do kwestii podejmowania przez uczestników *gig economy* skoordynowanych działań względem platformy, których celem jest negocjowanie warunków relacji kontraktowych istniejących pomiędzy tymi podmiotami. Modele biznesowe oparte na *gig economy* stają się coraz bardziej powszechne w gospodarce i z sukcesem wypierają dotychczasowe formy organizacyjne przedsiębiorstw, czego zmiany zachodzące na rynku przewozów taksówkarskich są potwierdzeniem. Istotną różnicą pomiędzy nowymi a dotychczasowymi modelami jest występowanie znacznej różnicy potencjałów siły rynkowej pomiędzy uczestnikami rynku, co tworzy możliwość jej nadużywania względem słabszej strony relacji kontraktowej. Problem dysproporcji siły rynkowej zostanie omówiony w kolejnym fragmencie, natomiast kwestia relacji prawa konkurencji do przejawów skoordynowanych działań uczestników *gig economy* zostanie rozwinięta w dalszej części opracowania.

Wymagającym szerszego omówienia źródłem problemów w obszarze konkurencji, związanym z rozpowszechnianiem się modeli opartych na *gig economy*, jest po pierwsze zastępowanie przez nie tradycyjnych form organizacyjnych świadczenia usług, po drugie zaś „przechylanie się" tego rodzaju rynków w stronę największych graczy pośredniczących w świadczeniu usług. Zjawiska te skutkują wzrostem siły rynkowej pośredników względem podmiotów korzystających z tego pośrednictwa.

Kontrola praktyk podejmowanych jednostronnie przez platformy internetowe obecnie możliwa jest jedynie wówczas, jeżeli zajmują one dominującą pozycję na rynku. Właśnie z tego powodu zakaz nadużywania pozycji dominującej nie znalazłby zapewne zastosowania do platform pośredniczących w świadczeniu usług przewozowych, ponieważ żadna z nich prawdopodobnie nie zajmuje takiej pozycji na rynku[15].

Poszukując odpowiedzi na pytanie, jakie okoliczności stały za dynamicznym wzrostem siły rynkowej platform, należy wyjść od scharakteryzowania typów rynków, na których funkcjonują. Pośrednicząc w zawieraniu odpłatnych umów, platformy operują na dwustronnym rynku o charakterze transakcyjnym. Kojarzą one odbiorców końcowych z osobami świadczącymi poszukiwaną

[15] Pomimo że platformy przewozowe to często ponadnarodowe korporacje obecne w wielu państwach, nie świadczą one usług na rynkach o wymiarze krajowym lub szerszym, ale na określonych rynkach lokalnych, obejmujących terytorialnie wybrane większe miasta.

przez nich usługę. Z kolei wobec usługodawcy świadczą usługę polegającą na pośredniczeniu w zawieraniu transakcji z odbiorcami końcowymi[16].

Pomiędzy obydwiema grupami – odbiorcami końcowymi i usługodawcami – zachodzi tzw. pośredni efekt sieciowy (Whish i Bailey, 2003). Jego działanie polega na tym, że wraz ze wzrostem liczby podmiotów zgromadzonych po jednej stronie rynku (podażowej), użyteczność usługi oferowanej wobec grupy znajdującej się po jego drugiej stronie (popytowej) wzrasta. W rezultacie liczba podmiotów zgromadzonych po drugiej stronie rynku (popytowej) rośnie, co z kolei napędza wzrost liczby podmiotów po pierwszej stronie rynku (podażowej), dla których świadczenie usługi staje się coraz bardziej atrakcyjne.

Należy mieć przy tym na uwadze, że efekt sieciowy nie jest zjawiskiem, które zachodzi w sposób całkowicie niekontrolowany. Odnosząc się ponownie do przykładu platform przewozowych, są one w stanie wpłynąć na działanie efektu sieciowego tak, aby zachodził on w pożądany przez nie sposób. Odnosząc się ponownie do przykładu platformy przewozowej, w początkowym okresie swojej działalności, kiedy dopiero buduje ona swoją pozycję na rynku, to kierowcy stanowią dla niej jego ważniejszą część – od przyciągnięcia ich na platformę zależy sukces przedsięwzięcia. Próżnia regulacyjna, w której platformy mają często okazję funkcjonować po wejściu na rynek[17], pozwala im na stworzenie atrakcyjnego dla usługodawców otoczenia do prowadzenia przez nich działalności, m.in. aplikacje nie wymagały od kierowców posiadania licencji, które musieli uzyskiwać taksówkarze (Sylwestrzak, 2018). Dodatkowo, na początku działalności platformy oferowały pasażerom atrakcyjne rabaty na przejazdy, których koszty ponoszone były przez same platformy, aby pozyskani kierowcy mogli liczyć na napływ klientów. Kiedy liczba kierowców była na tyle duża, aby na bieżąco zaspokajać popyt na przewozy osobowe, znaczenie kierowców, jako jednej ze stron rynku, zaczęło maleć. Z kolei rosnąć zaczęło znaczenie grupy pasażerów. Kluczowa dla platform przewozowych była i jest maksymalizacja zysku, który generują przede wszystkim pobierane prowizje. Niekontrolowany wzrost podaży mógłby zaś wiązać się z koniecznością obniżenia cen usług, a co za tym idzie – mniejszymi wpływami z prowizji. W naszej ocenie to właśnie umiejętność zrozumienia działania efektu sieciowego, odpowiedniego nim sterowania oraz wykorzystania go dla własnych celów pozwoliły na dynamiczny rozwój platform.

Efektem opisanego rozwoju jest to, że relację kierowcy i platformy charakteryzuje coraz większa dysproporcja siły rynkowej, pozwalająca na ograniczenie udziału kierowców w korzyściach wynikających z innowacyjności modelu świadczenia usług, a także wykreowanego przy ich udziale efektu sieciowego (Steinbaum, 2019, s. 2). Wobec rosnącej popularności stosunkowo nielicznych platform przewozowych i związanej z tym możliwości wyparcia tradycyjnych korporacji taksówkarskich z rynku (Duszczyk, 2018), kierowcy będą mieli ograniczoną możliwość wyboru pośrednika, który zapewni dogodne dla nich warunki świadczenia pracy. Innymi słowy, rynek usług przewozowych w perspektywie pracowniczej będzie przekształcał się w struktury oligopsonistyczne lub monopsonistyczne. Skutkiem tego zjawiska może być pogłębienie prekaryzacji tej grupy osób aktywnych zawodowo.

[16] Przedstawione wyżej wielorynkowe podejście do wyznaczania rynku właściwego w praktyce Komisji Europejskiej jest charakterystyczne dla dwustronnych rynków transakcyjnych. Odmienne podejście do wyznaczania rynku właściwego obserwuje się w Stanach Zjednoczonych (zob. wyr. Sądu Najwyższego w sprawie Ohio, i in., p-ko American express Company, i in., 585 U.S. (2018)) (szerzej na temat wyznaczania rynku właściwego w gospodarce cyfrowej zob. Franck i Peitz, 2021).

[17] Przykładowo, w odniesieniu do rynku usług przewozowych, pomiędzy wejściem na rynek Ubera a wejściem w życie nowelizacji ustawy regulującej kwestie związane ze świadczeniem usług przewozowych za pośrednictwem aplikacji (tzw. *lex Uber*) minęły ok. 4 lata.

W związku z tym powstaje pytanie, czy prawo antymonopolowe mogłoby zostać wykorzystane w celu zabezpieczenia odpowiedniego udziału w korzyściach podmiotom uczestniczącym w procesie wytwarzania usług, których nabycie dokonuje się za pośrednictwem podmiotu trzeciego, któremu przysługuje możliwość jej wyceny (Cegnitz, 2021, s. 74). Wchodząc w ten obszar rozważań, mamy świadomość możliwości pojawienia się zarzutu, że powyższy problem nie znajduje się zakresie zastosowania prawa antymonopolowego, gdyż rozwiązywanie problemów społecznych nie stanowi domeny jego działania. W celu obrony przed takim zarzutem na początku opracowania został przedstawiony zarys okoliczności, które towarzyszyły powstawaniu nowoczesnego ustawodawstwa antymonopolowego zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Europie. Wynika z niego, że to właśnie w odpowiedzi na zdominowanie gospodarek przez duże przedsiębiorstwa, nadużywające swojej siły rynkowej, powstały ruchy społeczne domagające się, aby system wolnorynkowy, działający w oparciu o mechanizm konkurencji, prowadził do rezultatów społecznie sprawiedliwych.

Podsumowując, skoro przedstawiony powyżej problem sprowadza się do negatywnych skutków dysproporcji siły rynkowej podmiotów stosunków gospodarczych występujących w *gig economy*, należy poszukiwać sposobów jej wyrównywania. W stosunkach zachodzących wewnątrz jednego przedsiębiorstwa, pomiędzy pracodawcą a pracownikiem, tradycyjnym narzędziem realizującym ten cel są rokowania zbiorowe. Jak było już sygnalizowane, wątek ten zostanie szerzej omówiony w dalszej części artykułu.

Wskazując na inne obszary gospodarki, w których różnice siły rynkowej podmiotów stosunków gospodarczych doprowadziły do wprowadzenia mechanizmów ich wyrównania, należy wskazać na szczyt łańcucha dostaw na rynku rolno-spożywczym. Brak równowagi pomiędzy producentami rolno-spożywczymi a nabywcami (dużymi sieciami handlowymi) stwarza warunki do nadużywania siły rynkowej przez tych drugich. W rezultacie transfer korzyści wynikających ze sposobu działania mechanizmu konkurencji przebiega w głównej mierze w kierunku sieci handlowych. Nadmierny nacisk ze strony posiadającego przewagę kontraktową przedsiębiorcy może skutkować ograniczeniami produkcji lub całkowitym jej zaniechaniem, gdyż staje się ona nieopłacalna dla producentów. Ponadto, wymuszanie niskich cen na dostawcach może powodować, że producenci i przetwórcy będą zmuszeni do poszukiwania tańszych, a co za tym idzie – często gorszych jakościowo surowców wykorzystywanych w procesie produkcji. W ten sposób obniżenie ceny produktu dostarczanego konsumentowi odbywa się kosztem jego jakości, co stanowi przejaw „konkurencji toksycznej", którą charakteryzuje jednowymiarowe spojrzenie na rezultat, do którego powinno prowadzić działanie mechanizmu konkurencji (szerzej: Stucke i Ezrachi, 2020). Opisany problem został zauważony przez europejskich ustawodawców. Do krajowych systemów prawnych zostały wprowadzone rozwiązania skierowane przeciwko nieuczciwemu nadużywaniu przewagi kontraktowej w stosunku do producentów rolnych. W maju 2021 r. upłynął zaś termin implementacji dyrektywy 2019/633 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych[18], która wprowadziła minimalną harmonizację w tym zakresie. Mechanizm wyrównania równowagi kontraktowej, oparty na modelu przewidzianym w dyrektywie, polega na zakazie stosowania praktyk, które mogą być

[18] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych, (Dz. Urz. UE z 2019 L 111/59).

uznane za nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej. Polska ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi[19] definiuje pojęcie „nieuczciwości" jako sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, która zagraża lub narusza interes kontrahenta.

Problem zakłócenia sprawności działania mechanizmu konkurencji na rynku dostaw produktów rolno-spożywczych, wynikający z dysproporcji w sile rynkowej podmiotów występujących na różnych szczeblach łańcucha dostaw, jest obserwowany od momentu powstania międzynarodowych sieci handlowych, organizujących sprzedaż detaliczną w sklepach wielkopowierzchniowych. Brak równowagi kontraktowej na rynku przewozów osobowych jest natomiast zjawiskiem stosunkowo nowym, co wynika z krótkiego funkcjonowania platform przewozowych w Internecie.

Rozwiązania te funkcjonują na gruncie szeroko rozumianego prawa konkurencji, a ich wprowadzenie dowodzi, że brak równowagi kontraktowej w określonych sektorach gospodarki nie stanowi problemu o wymiarze wyłącznie historycznym, lecz jest dostrzeganym aktualnie problemem społecznym, który doczekał się szczególnych rozwiązań prawnych. *Gig economy* wydaje się wyrastać na kolejny obszar gospodarki, w którym analizowany problem zaczyna się objawiać.

IV. Analiza dopuszczalności zawierania układów zbiorowych przez samozatrudnionych w wybranych systemach prawnych

1. Uwagi wstępne

Jak wspomniano we wstępie niniejszego opracowania, rokowania zbiorowe i zawierane w ich wyniku układy zbiorowe stanowią efektywny mechanizm poprawy warunków pracy dla pracowników. Dlatego także w interesie osób samozatrudnionych, świadczących pracę w ramach *gig economy* jest, by korzystanie z tych instrumentów było dla nich dopuszczalne. O ile w przypadku pracowników tego typu porozumienia są dopuszczalne, o tyle w przypadku samozatrudnionych, czyli formalnie przedsiębiorców, dopuszczalność takich porozumień budzi wątpliwości pod kątem ich zgodności z prawem antymonopolowym. Zawarcie przez przedsiębiorców porozumienia dotyczącego na przykład stawek, po jakich mają być świadczone przez nich usługi może być uznane za naruszenie zakazu kolektywnych praktyk ograniczających konkurencję.

Problem ten ujawnił się w wielu jurysdykcjach. W dalszej części artykułu przeanalizowane zostanie kilka przykładów z różnych systemów prawnych, w celu wskazania jak odmienne mogą być spojrzenia na ten sam problem. W pierwszej kolejności zarysowany zostanie stan faktyczny sprawy *US Chamber of Commerce p-ko Seattle*, ponieważ dobrze uwidacznia on napięcia występujące między prawem pracy a prawem konkurencji na tle dopuszczalności rokowań zbiorowych dla samozatrudnionych, a następnie prześledzone zostaną regulacje dotyczące tego zagadnienia w różnych ustawodawstwach na świecie.

[19] Ustawa z dnia 17 listopada 2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz. U. 2021, poz. 2262).

2. Sprawa *Seattle*, czyli prawo konkurencji jako przeszkoda dla rokowań zbiorowych wśród samozatrudnionych

Sprawa *US Chamber of Commerce p-ko Seattle*[20] (dalej jako: sprawa *Seattle*) wynikła na gruncie podjętej przez miasto Seattle decyzji o uregulowaniu sytuacji prawnej kierowców świadczących pracę w ramach *gig economy*. Na mocy wydanej regulacji[21] kierowcom, którym przysługiwał status niezależnych współpracowników (przedsiębiorców), nadane zostało prawo do prowadzenia sporów zbiorowych z podmiotami pośredniczącymi w organizowaniu świadczenia usług transportowych. Wprowadzone przepisy tworzyły procedurę wyboru przedstawiciela kierowców, który był upoważniony do negocjowania warunków pracy z podmiotem pośredniczącym, również w zakresie zasad ustalania wynagrodzenia. W ujęciu systemowym, wprowadzona regulacja kopiowała uprawnienia nadane pracownikom w ramach *National Labor Relations Act*.

W ocenie Izby Handlowej (*Chamber of Commerce*) wprowadzona regulacja była niezgodna z federalnym prawem antytrustowym, gdyż stanowiła ograniczenie swobody działania na wolnym rynku oraz uniemożliwiała skuteczne realizowanie przedsięwzięć gospodarczych w modelu tzw. gospodarki na żądanie. Izba uznała, że miasto Seattle poprzez wprowadzenie procedury rokowań zbiorowych, stworzyło mechanizm ustalania cen pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami stanowiący naruszenie zakazu kolektywnych praktyk ograniczających konkurencję z art. 1 ustawy Shermana[22].

Sąd I instancji objął sporną regulację tzw. *state action exemption*, uznając, że jako działanie nakierowane na realizację interesu publicznego nie podlega ono zakazowi zawartemu w art. 1 ustawy Shermana (Harris, 2017). Sąd orzekający oparł się na ugruntowanej w amerykańskim orzecznictwie wykładni, zgodnie z którą przedmiotowe wyłącznie ma miejsce wówczas, gdy działanie, którego legalność została zakwestionowana, spełnia dwie przesłanki:

1) gdy realizuje ono jasno sformułowaną i pozytywnie wyrażoną politykę publiczną,
2) gdy polityka ta znajduje się pod aktywną kontrolą władzy publicznej[23].

Z rozumowaniem tym nie zgodził się sąd II instancji, który stwierdził, że wprowadzona przez miasto Seattle regulacja nie spełnia żadnej z wymienionych przesłanek. Ograniczenie konkurencji cenowej, stanowiące skutek przepisów wprowadzonych przez miasto, nie wynikało z żadnego aktu prawnego na poziomie krajowym (stanowym), który autoryzowałby wprowadzenie przedmiotowej regulacji[24]. Jeśli chodzi o drugą z przesłanek, w ocenie Sądu nie była ona spełniona, ponieważ stan Waszyngton nie sprawował aktywnego nadzoru zmierzającego do ustalenia czy ograniczające konkurencję działania prywatnych podmiotów pozostają w zgodzie ze stanową polityką. Podsumowując omówione rozstrzygnięcie, za niezgodne z amerykańskim zakazem karteli zostały uznane wprowadzone przez miasto Seattle przepisy, na mocy których kierowcy posiadający status samozatrudnionych (*independent contractors*) uzyskali kolektywne prawa pracownicze. Regulacje

[20] Wyr. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Chamber of Commerce of the United States of America v. City of Seattle*, No. 17-35640, 890 F.3d 769 (9th Cir. 2018).

[21] Seattle Council Bill 118499 (codified at Seattle, Wash., Mun. Code §§ 6.310.110-735 (2015)) ("An ordinance relating to taxicab, transportation network company, and for-hire vehicle drivers authorizing the election of driver representatives").

[22] Art. 1, Sherman Act, 15 U.S. Code Title 15.

[23] Wyr. SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.* 445 U.S. 97 (1980).

[24] Wyr. SA Stanów Zjednoczonych dla 9 Obwodu w sprawie *Chamber of Commerce of the United States of America, p-ko. City of Seattle; Seattle Department of Finance and Administrative Services No. 17-25640*, (2018) s. 20–31.

te w zakresie, w jakim umożliwiały ustalanie wysokości stawek stosowanych przez kierowców, zostały uznane za zakazane *per se* porozumienie cenowe.

3. Ewolucja oceny dopuszczalności rokowań zbiorowych dla samozatrudnionych w prawie unijnym

Na gruncie prawa unijnego analizowany problem uwidocznił się w sprawie *FNV Kunsten*[25], w której TS uznał, że wyjątek z zakresu zastosowania prawa konkurencji dotyczący rokowań zbiorowych odnosi się jedynie osób fałszywie samozatrudnionych, czyli takich usługodawców, których sytuacja zbliżona jest do sytuacji pracownika. Jak jednak wskazuje Międzynarodowa Organizacja Pracy, problem zapewnienia prawa do rokowań zbiorowych nie ogranicza się jednak wyłącznie do osób, które są fałszywie samozatrudnione (ILO, 2021). Dodatkowo, w literaturze wskazuje się, że kazuistyczne podejście prezentowane w orzecznictwie TS jest niewystarczające dla zapewnienia pewności prawa i może zniechęcać do rokowań zbiorowych osoby samozatrudnione (Countouris, de Stefano i Lianos, 2021).

Początkowo również Komisja Europejska sceptycznie odnosiła się do przyznania osobom samozatrudnionym prawa rokowań zbiorowych Gdy irlandzki ustawodawca przegłosował poprawkę do ustawy o ochronie konkurencji mającą na celu umożliwienie osobom samozatrudnionym prowadzenie rokowań zbiorowych, Komisja ostrzegła, że taka regulacja może stać w sprzeczności z unijnymi regułami prawa konkurencji (Daskalova, 2018).

Ostatnie sygnały zdają się jednak sugerować, że Komisja zmieniła swoje zapatrywanie w przedmiotowej kwestii. Potwierdzając, że obecnie obowiązujące reguły konkurencji mogą stawać na drodze rokowaniom zbiorowym przez samozatrudnionych, Komisja podjęła wstępne kroki w celu przeprowadzenia wstępnej oceny skutków planowanej regulacji w tym zakresie, przedstawiając cztery możliwe opcje regulacji mających na celu zagwarantowanie prawa do rokowań zbiorowych:

1. samozatrudnionym, którzy nie zatrudniają innych osób, świadczącym pracę za pośrednictwem platform cyfrowych;
2. samozatrudnionym, którzy nie zatrudniają innych osób i pracują, świadczącym pracę za pośrednictwem platform cyfrowych lub na rzecz innych przedsiębiorców o określonym minimalnym rozmiarze;
3. samozatrudnionym, którzy nie zatrudniają innych osób i pracują, świadczącym pracę za pośrednictwem platform cyfrowych lub na rzecz innych przedsiębiorców, z wyłączeniem wolnych zawodów;
4. samozatrudnionym, którzy nie zatrudniają innych osób, świadczącym pracę za pośrednictwem platform cyfrowych lub na rzecz innych przedsiębiorców, niezależnie od ich rozmiarów[26].

Tym samym na gruncie prawa unijnego dostrzegalna jest tendencja zmierzająca w kierunku uznania dopuszczalności rokowań zbiorowych dla osób samozatrudnionych pod określonymi, zdefiniowanymi warunkami, która znacząco odchodzi od pierwotnego stanowiska zaprezentowanego

[25] Wyr. TS z 4.12.2014 r., C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media, przeciwko Staat der Nederlanden* (ECLI:EU:C:2014:2411).

[26] Komisja Europejska, *Inception Impact Assessment, Układy zbiorowe dla osób samozatrudnionych – zakres stosowania unijnych reguł konkurencji*, (Ares(2021)102652 – 06/01/2021).

w sprawie *FNV Kunsten*, opierającego się na ocenie przeprowadzanej *ad casum*, a przez to, niezapewniającego samozatrudnionym dostatecznych gwarancji.

4. Samozatrudniony w Australii – wyjęty spod prawa (antymonopolowego)

O ile zarówno w sprawie *Seattle*, jak i w prawie unijnym rokowania zbiorowe dla samozatrudnionych napotykają problemy, o tyle w prawie australijskim mamy do czynienia z przykładem bardziej afirmatywnego stosunku do opisanych przejawów koordynacji. W prawie antymonopolowym w Australii od 2018 r. obowiązuje ustawowe wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję dla małych przedsiębiorców oraz tych działających w sektorze rolnictwa. Z kolei od 3 czerwca 2021 r. zakresem wyłączenia objęto wybrane rynki, na których wykonywanie działalności gospodarczej wiąże się z koniecznością nawiązania relacji gospodarczej z podmiotem, któremu przysługuje przewaga kontraktowa (Countouris, de Stefano i Lianos, 2021). Rozwiązanie to zostało wprowadzone z inicjatywy Australijskiej Komisji Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Australian Competition and Consumer Commission) i zakłada ono, że z zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję wyłączeniu podlegają:

1) korporacje lub indywidualni przedsiębiorcy o łącznym obrocie poniżej 10 milionów dolarów australijskich – mogą oni prowadzić rokowania z dostawcami lub klientami;
2) franczyzobiorcy, którzy mogą prowadzić rokowania zbiorowe z franczyzodawcą;
3) grupy sprzedawców paliwa, którzy mogą prowadzić rokowania z dostawcami paliwa.

5. Skutki niedostosowania systemu rokowań zbiorowych do potrzeb samozatrudnionych, czyli perspektywa polska

Przechodząc do omówienia polskich uregulowań i ich przełożenia na praktykę, na wstępie należy zauważyć, że 1 stycznia 2019 r. weszła w życie nowelizacja[27] ustawy o związkach zawodowych (dalej: uzz)[28]. W art. 1^1 pkt 1 wprowadziła ona pojęcie „osoby wykonującej pracę zarobkową", którą jest nie tylko pracownik w rozumieniu kodeksu pracy, lecz także osoba świadcząca pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, jeżeli nie zatrudnia do tego rodzaju pracy innych osób, niezależnie od podstawy zatrudnienia, oraz ma takie prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, które mogą być reprezentowane i bronione przez związek zawodowy. Prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych służy aktualnie właśnie „osobom wykonującym pracę zarobkową". Tym samym, nowelizacja z 2019 r. w wyraźny sposób rozszerzyła prawo koalicji. Zakładając, że świadczący usługi przez platformę nie zatrudnia innych osób, należałoby uznać, że służy mu prawo koalicji. Ponadto, taki samozatrudniony w większości przypadków miałby prawa i interesy związane z wykonywaniem pracy, wspólne dla grupy pracujących za pośrednictwem danej platformy, które mogą być reprezentowane i bronione przez związek zawodowy.

Zakres podmiotowy układów zbiorowych pracy także został ujęty szeroko. Zgodnie z art. 21 ust. 3 uzz przepisy działu jedenastego kodeksu pracy („Układy zbiorowe pracy") stosuje się odpowiednio do innych niż pracownicy osób wykonujących pracę zarobkową oraz ich pracodawców (podmiotów zatrudniających), a także do organizacji zrzeszających te podmioty.

[27] Ustawa z 5.07.2018 r. o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2018 poz. 1608).

[28] Ustawa z 23.05.1991 r. o związkach zawodowych (t.j. Dz. U. 2019 poz. 263 ze zm.).

Ewentualne wątpliwości co do dopuszczalności zawarcia tego porozumienia wynikają z tych samych źródeł co w sprawie *Seattle*, to jest z napięć między zbiorowym prawem pracy (czy też zbiorowym prawem zatrudnienia) a prawem konkurencji. W Polsce ani przepisy prawa związkowego, ani ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie rozstrzygają wprost kwestii dopuszczalności rokowań zbiorowych samozatrudnionych w świetle ochrony przewidzianej przez prawo konkurencji. Argument ze spójności sytemu przemawiałby za uznaniem, że art. 21 ust. 3 uzz mieści się w wyłączeniu z art. 3 uokik[29] (Pisarczyk, 2019).

Sytuacja w Polsce jest jednak o tyle nietypowa, że mimo szerokiego przyznania uprawnień osobom wykonującym pracę zarobkową, fakt ten nie ma dużego przełożenia na sytuację osób świadczących pracę. Wynika to z faktu, że zbiorowe prawo pracy w ogóle znajduje się w głębokim kryzysie, a poszerzenie prawa koalicji nie pociągnęło za sobą wprowadzenia rozwiązań prawnych, gwarantujących realną reprezentację zbiorową zatrudnionym niebędącym pracownikami.

Jeśli chodzi o sytuację zbiorowego prawa pracy w Polsce, to uzwiązkowienie w 2014 r. w Polsce było na poziomie 11% (GUS, 2015, s. 5), w 2018 r. zaś liczba osób zrzeszonych w związkach zawodowych spadła o kolejne 0,1 mln osób (GUS, 2019). Negatywne skutki niskiego poziomu uzwiązkowienia są pogłębiane przez model relacji zbiorowych opierających się na dialogu zakładowym, a także fakt, że organizacje pracodawców reprezentują niewielką liczbę podmiotów. Co więcej, porozumienia zbiorowe, a szczególnie układy zbiorowe pracy, które powinny stanowić jeden z podstawowych instrumentów kształtowania ładu społecznego zgodnie z art. 59 ust. 2 w zw. z art. 20 Konstytucji RP, także znajdują się w zapaści. W szczególności tyczy się to ponadzakładowych układów zbiorowych, które mogłyby odgrywać doniosłą rolę społeczną, koordynując warunki zatrudnienia, jak dzieje się to w wielu krajach europejskich (Pisarczyk, 2019). Poziom objęcia układami zbiorowymi spadł z 25% w 2000 r. do 15% w roku 2016 r. (ETUI, 2018). Mimo prób reform podejmowanych w ramach powoływanych kolejno w 2002 r. i 2016 r. komisji kodyfikacyjnych, przygotowane przez obydwie komisje projekty nie zostały skierowane na ścieżkę legislacyjną.

Jeśli z kolei chodzi o brak dostosowania regulacji dotyczących zarówno reprezentacji zbiorowej samozatrudnionych, jak i zasad zawierania przez nich porozumień zbiorowych, wynika on z tego, że ustawodawca zdecydował się w tym zakresie posłużyć techniką odesłań do uregulowań stworzonych wyłącznie z myślą o pracownikach. Biorąc pod uwagę podstawowe założenia ustroju społeczno-gospodarczego państwa, ustawodawca powinien dokonać przebudowy zbiorowego prawa pracy, tak aby efektywnie chroniło zatrudnionych (Grzebyk i Pisarczyk, 2019, s. 95–96).

6. Podsumowanie zestawienia

Zaprezentowany dobór przykładów miał unaocznić, jak odmienne mogą być oceny analizowanego zjawiska w różnych systemach prawnych. O tym, że jest to zagadnienie aktualne i istotne społecznie świadczy, że w różnych ustawodawstwach występują tak istotne rozbieżności, dodatkowo zaś stanowiska różnych ustawodawstw krajowych i ponadnarodowych

[29] Art. 3 uokik stanowi, że przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw.

ulegają w ostatnich latach zmianie. Ukazuje to zestawienie ze sobą rozstrzygnięcia w sprawie *Seattle* z nowymi regulacjami wprowadzonymi w Australii i wstępnymi projektami zmian w Unii Europejskiej.

Przyczyn tych rozbieżności można zaś upatrywać w odmiennych spojrzeniach na wartości i cele, które powinna realizować wolnorynkowa gospodarka oparta na zasadzie wolnej konkurencji, zabezpieczanej przepisami prawa antymonopolowego. O ile z rozstrzygnięcia w sprawie *Seattle* wyłania się jednowymiarowe spojrzenie na cel działania mechanizmu konkurencji, któremu powinna przyświecać wyłącznie maksymalizacja dobrobytu odbiorców końcowych, o tyle rozwiązania wprowadzone w Australii dowodzą, że prawo antymonopolowe może służyć również innym celom. Te same wartości, których ochronę chcieli zapewnić Australijczycy, zdawały się przyświecać twórcom nowoczesnych systemów prawa antymonopolowego. Przykład Australii pokazuje, że ochrona mechanizmu konkurencji może odbywać się w sposób, który pozwala gospodarce wolnorynkowej prowadzić do rezultatów społecznie sprawiedliwych i akceptowalnych.

Analizowana w opracowaniu problematyka jest szczególnie intensywnie podejmowana w literaturze amerykańskiej. Zajmujący się nią badacze wysuwają tezy o podobieństwach pomiędzy obserwowanymi dzisiaj zjawiskami społeczno-gospodarczymi oraz tymi, które towarzyszyły powstawaniu systemów nowoczesnego prawa antymonopolowego. W powrocie do ich aksjologicznych źródeł, upatrują oni szansy na uporządkowanie relacji gospodarczych w sposób społecznie sprawiedliwy, co miałoby dokonać się przez zmniejszenie różnic w sile rynkowej podmiotów będących stronami tych samych relacji gospodarczych (Paul, 2020).

Z kolei przykład Polski pokazuje, że samo wprowadzenie regulacji dających samozatrudnionym prawo do rokowań zbiorowych, bez dopasowania tej regulacji do realiów świadczenia przez nich pracy, realnie nie doprowadzi do poprawy ich warunków pracy. Warunkiem skuteczności rokowań zbiorowych jest bowiem istnienie podstawowych struktur zrzeszających uprawnionych do rokowań oraz zagwarantowanie prawa do strajku, by mogli efektywnie dochodzić swoich żądań (McCrystal i Hardy, 2020).

V. Wnioski końcowe

Upowszechniające się dobie *gig economy* metody świadczenia usług za pośrednictwem platform prowadzą do pogłębienia się zjawiska fragmentacji prawa pracy. Głównym problemem w przypadku platform typu *on-demand* jest to, że osoby świadczące pracę często są samozatrudnionymi (przedsiębiorcami), którzy jednak są ekonomicznie zależni od platformy posiadającej decydujący wpływ na warunki świadczenia przez nich usług, łącznie z możliwością określania wysokości stawki należnego im wynagrodzenia. Taka sytuacja grozi prekaryzacją tej grupy osób aktywnych zawodowo.

Tymczasem, na gruncie prawa konkurencji, dotychczasowe rozważania w zakresie *gig economy* sprowadzały się do oceny czy relacje łączące jej użytkowników z platformą nie naruszają reguł konkurencji. Artykuł miał poszerzyć tę dyskusję przez zwrócenie uwagi na kwestię negatywnych skutków dysproporcji w sile rynkowej występującej pomiędzy platformą a zgromadzonymi wokół niej usługodawcami oraz stosowaniu reguł konkurencji w sposób niepozwalający na ich zmniejszenie. Niedostrzeganie tego problemu wynika w dużej mierze z przywiązania przedstawicieli

nauki i praktyki prawa antymonopolowego do obecnego paradygmatu prawa konkurencji, zgodnie z którym jego celem jest osiągnięcie efektywności gospodarowania, której praktycznym rezultatem powinna być maksymalizacja dobrobytu konsumentów. W praktyce skutkuje to pozytywną oceną modeli gospodarowania, które wprawdzie prowadzą do osiągnięcia korzyści dla odbiorców końcowych, ale dzieje się to kosztem pogłębiających się nierówności społecznych.

Jak pokazują przedstawione rozważania historyczne, zarówno prawo pracy, jak i prawo konkurencji u swoich początków stanowiły odpowiedź na społeczne niesprawiedliwości powstałe w dobie rewolucji przemysłowej. Obserwowane aktualnie przemiany społeczno-gospodarcze, których część stanowi *gig economy* i problemy z nią związane, budzą skojarzenia z tym okresem historii. Znajduje to wyraz chociażby w tym, że obecne czasy określane są jako „czwarta rewolucja cyfrowa". Skoro zatem mamy do czynienia z głębokimi zmianami sposobu funkcjonowania gospodarki, należy zastanowić się czy nie zagrażają one wartościom wpisanym w konstytucyjny model ustroju gospodarczego Polski oraz UE, którego instytucjonalna ochrona konkurencji jest integralną częścią.

Naszym zdaniem, prawo konkurencji nie powinno stawać na przeszkodzie prowadzenia rokowań zbiorowych przez osoby samozatrudnione. Rokowania zbiorowe są tradycyjnym instrumentem zwalczania braku równowagi stron w relacjach pracowniczych. Osoby świadczące usługi za pośrednictwem platform cyfrowych w wielu ustawodawstwach są osobami prawdziwie samozatrudnionymi, jednak mimo to mają wiele cech upodabniających je do pracowników. W związku z tym, także i te osoby powinny móc korzystać z rokowań zbiorowych. W praktyce, uznanie dopuszczalności zawierania układów zbiorowych przez samozatrudnionych nie jest powszechnie spotykane na świecie, jakkolwiek możliwe jest zaobserwowanie tendencji zmierzającej w kierunku akceptacji takich rozwiązań. Trend ten pokazuje, że niektóre systemy prawa konkurencji zaczynają inaczej postrzegać rezultaty, do których ma prowadzić działanie mechanizmu rynkowego, opartego na zasadzie wolnej konkurencji. Powyższe zaś można odczytywać jako przełamywanie się obecnego paradygmatu w prawie konkurencji.

Bibliografia

Bekisz, H. (2021). When Does Algorithmic Pricing Result in an Intra-Platform Anticompetitive Agreement or Concerted Practice? The Case of Uber in the Framework of EU, *Competition Law Journal of European Competition Law & Practice*, *12*(3), 217–235.

Cengiz, F. (2021). The conflict between market competition and worker solidarity – moving from consumer to a citizen welfare standard in competition law. *Legal Studies*, 41, 73–90. http://dx.doi.org/10.1017/lst.2020.31.

Countouris, N., De Stefano, V. i Lianos, I. (2021). *The EU, competition and workers' rights, Research Paper*. Londyn: Centre for Law, Economics and Society (CLES).

Daskalova, V. (2018). Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law? *German Law Journal*, *19*(3).

Duszczyk, M. (2018). Uber podgryza taxi coraz mocniej. *Rzeczpospolita*. Pozyskano z: https://www.rp.pl/transport/art1824201-uber-podgryza-taxi-coraz-mocniej (06.01.2022).

de Stefano, V. (2016). The rise of the „just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork and labour protection in the „gig economy". *Conditions of Work and Employment Series*, (71), ILO.

ETUI. (2018). *Benchmarking Working Europe 2018*. Bruksela: European Trade Union Institute.

Felice, F. i Vatiero, M. (2014). Ordo and European Competition Law. *A Research Annual*, 32, 147–157.

Florek, L. (2013). Znaczenie układów zbiorowych pracy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, *2*, 2–10.

Franck, J. i Peitz, M. (2021). Market Definition in the Platform Economy. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1–37. http://dx.doi.org/10.1017/cel.2021.13.

Gospodarek, G. (2019). Status „niezależnego usługodawcy" a trójpodmiotowy model świadczenia usług w gig economy – cz. 1. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (2), 9–17.

Grzebyk, P. i Pisarczyk, Ł. (2019). Krajobraz po reformie. Zbiorowa reprezentacja praw i interesów zatrudnionych niebędących pracownikami. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 1. http://dx.doi.org/10.33226/0032-6186.2019.1.10.

Grandy, C. (1993). Original Intent and the Sherman Antitrust Act: A Re-examination of the Consumer- Welfare Hypothesis. *The Journal of Economic History*, *53*(2), 359–376.

GUS. (2015). *Notka informacyjna Związki zawodowe w Polsce 2014.* Warszawa: Główny Urząd Statystyczny. Pozyskano z: https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5490/10/1/1/notatka_zz_1007_ost.pdf.

GUS. (2019). *Partnerzy dialogu społecznego – organizacje pracodawców i związki zawodowe w 2018 r. (wyniki wstępne).* Warszawa: Główny Urząd Statystyczny.

Harris, B. (2017). Uber, Lyft, and Regulating the Sharing Economy. *Seattle University Law Review*, 41, 269–285.

ILO. (2021). *World Employment and Social Outlook: The role of digital labour platforms in transforming the world of work.* Geneva: International Labour Office.

Jones, A. (2012). The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, *8*(2), 301–331.

KE. (2018). *Platform Workers in Europe*. Evidence from the COLLEEM Survey. Bruksela: Komisja Europejska.

Kozak, M. (2019). Zatrudnienie w *gig economy* na przykładzie Ubera. *Monitor Prawa Pracy*, 9.

Lianos, I., Countouris, N. i De Stefano, V. (2019). Re-thinking the competition law labour law interaction – Promoting a fairer labour. *European Labour Law Journal*, *10*(3), 291–333.

Mccrystal, S. i Hardy, T. (2021). Filling the Void? A Critical Analysis of Competition Regulation of Collective Bargaining Amongst Non-employees. *International Journal of Comparative Labour Law*, *37*(4), 355–384.

Meijerink, J. i Keegan, A. (2019). Conceptualizing human resource management in the gig economy: Toward a platform ecosystem perspective. *Journal of Managerial Psychology*, *34*(4), 214–232. https://doi.org/10.1108/JMP-07-2018-0277.

Mitrus, L. (2017). Rewolucja przemysłowa i powstanie prawa pracy. W K.W. Baran (red.), *System Prawa Pracy. Tom I. Część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Paul, S.M. (2020). Antitrust as Allocator of Coordination Rights. *UCLA Law Review*, 67, 378–341.

Paul, S. (2021). Recovering the Moral Economy Foundations of the Sherman Act. *The Yale Law Journal*, 81.

Pisarczyk, Ł. (2019). *Reforma zbiorowego prawa pracy. Próba kodyfikacji a nowelizacja przepisów zbiorowego prawa pracy.* Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Prassl, J. (2018). Humans as a Service. The Promise and Perils of Work in the Gig Economy. University of Oxford; B. Rogers, The Social Costs of Uber. *University of Chicago Law Review Online*, *82*(1).

Prassl, J. i Risak, M. (2016). Uber, Taskrabbit, & Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37.

Rogers, B. (2015). The Social Costs of Uber. *The University of Chicago Law Review Dialogue*, *82*(1), 85–102. https://doi.org/10.2139/ssrn.2608017.

Schwab, K. (2017). *The Fourth Industrial Revolution*. Penguin UK.

Skoczny, T. (1990). *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890–1989.* Warszawa: Wydawnictwo Przemiany.

Sprague, R. (2015). Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to Fit in Round Holes. *ABA Journal of Labor & Employment Law*, *31*(1), 53–76. https://doi.org/10.2139/ssrn.2606600.

Steinbaum, M. (2019). Antitrust, the Gig Economy, and Labor Market Power. *Law and Contemporary Problems*, 82, 45–64.

Stucke, M.E. i Ezrachi, A. (2020). *Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed us from Citizen Kings to Market Servants*. Nowy York: Harper Business.

Sylwestrzak, D. (2018). Klasyczne przewozy taksówkowe kontra Uber. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 39, 135–148.

Toroń, M. i Wiese, K. (2017). Aplikacja UBER lub jak ująć sharing economy w istniejące ramy prawne? *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *5*(6).

Weil, D. (2014). *The fissured workplace: Why work became so bad for so many and what can be done to improve it*. Harvard University Press.

Whish, R. i Bailey, D. (2003). *Competition law 7th edition.* Nowy York: Oxford University Press.

Wiener, M., Cram, W. i Benlian, A. (2021). Algorithmic control and gig workers: A legitimacy perspective of Uber drivers. *European Journal of Information Systems*, 1–23. https://doi.org/10.1080/0960085X.2021.1977729.

Aleksandra Lisicka-Firlej*

Ocena nowelizacji komunikatu Komisji Europejskiej dotyczącego ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (IPCEI)

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Polityka przemysłowa Unii Europejskiej w kontekście ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania
III. Koncepcja ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania
IV. Komunikat dotyczący ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania z 2014 roku
V. Ocena i zastrzeżenia do komunikatu dotyczącego ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania z 2014 roku
VI. Treść znowelizowanego komunikatu dotyczącego ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania z 2021 roku
VII. Ocena zmian i podsumowanie

Streszczenie

Od 1 stycznia 2022 r. obowiązuje nowy komunikat Komisji Europejskiej dotyczący ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (dalej: IPCEI). IPCEI stanowią fundament unijnej polityki przemysłowej i z jednej strony mają na celu poprawę konkurencyjności europejskich przedsiębiorstw na świecie, z drugiej zaś – mogą istotnie zaburzyć konkurencję na rynku wewnętrznym UE. Niniejszy artykuł ma na celu ocenę nowelizacji komunikatu KE dotyczącego IPCEI z 2021 r. pod kątem uwzględnienia zarzutów stawianych poprzedniej wersji komunikatu przez państwa członkowskie, przedsiębiorców i organizacje pozarządowe w trakcie konsultacji publicznych.

Słowa kluczowe: ważne projekty stanowiące przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (IPCEI); polityka przemysłowa UE; pomoc publiczna; autonomia strategiczna; polityka innowacyjności.

JEL: O25, O31, K21

* Doktorantka w Szkole Doktorskiej Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie; absolwentka prawa na WPiA UW; absolwentka Magister Juris na Uniwersytecie Oksfordzkim; adwokat w ORA Warszawa; ORCID https://orcid.org/0000-0001-8974-3756.

I. Wprowadzenie

Unia Europejska musi stawić czoła pogłębiającej się rywalizacji gospodarczej, militarnej i politycznej między mocarstwami. Pandemia COVID-19, atak Rosji na Ukrainę, narastające napięcie między Stanami Zjednoczonymi a Chinami i Brexit powodują, że UE w przyspieszonym tempie zaczyna realizować niezależną politykę przemysłową, aby osiągnąć *strategiczną autonomię* (Meunier i Mickus, 2020).

Jednym z filarów unijnej polityki przemysłowej, który w założeniu ma poprawić pozycję konkurencyjną i innowacyjność przedsiębiorstw z UE na świecie są ważne projekty stanowiące przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (dalej: IPCEI) (Kawecka-Wyrzykowska, 2020). Dzięki temu mechanizmowi możliwe jest wspieranie finansowe przez państwa członkowskie znaczących projektów innowacyjno-przemysłowych w UE, z wyłączeniem obowiązującego zakazu udzielania pomocy publicznej. Zasady udzielania tego wsparcia oraz cele przyświecające IPCEI zostały zawarte w komunikacie dotyczącym IPCEI po raz pierwszy w 2014 roku[1]. W związku z szeregiem zastrzeżeń zgłaszanych zarówno przez państwa członkowskie, jak i przez przedsiębiorców z UE, po przeprowadzeniu analiz i konsultacji, Komisja Europejska znowelizowała komunikat i od 1 stycznia 2022 r. obowiązuje on w zmienionym kształcie[2].

W niniejszym artykule na początku skrótowo przedstawiono założenia unijnej polityki przemysłowej i zasady udzielania pomocy publicznej w UE. Następnie scharakteryzowano koncepcję IPCEI oraz przedstawiono zastrzeżenia, jakie miały do komunikatu KE dotyczącego IPCEI z 2014 r. instytucje publiczne, firmy prywatne oraz organizacje pozarządowe. Na koniec omówiono nowelizację komunikatu dotyczącego IPCEI, która miała miejsce w 2021 r. i przeprowadzono analizę porównawczą komunikatów oraz ich ocenę. Moim zdaniem, w znowelizowanej wersji komunikatu kryteria otrzymania wsparcia zostały zaostrzone; niejasne wcześniej definicje doprecyzowane, a zachęty do włączania MŚP do projektów – rozszerzone. Wciąż jednak dokument ten pozostawia furtkę dla państw starających się za pomocą instrumentu IPCEI omijać dotychczasowe zakazy udzielania pomocy publicznej.

II. Polityka przemysłowa Unii Europejskiej w kontekście ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania

Unia Europejska stoi na rozdrożu. Z jednej strony ma restrykcyjne podejście do udzielania pomocy publicznej przez państwa członkowskie (co do zasady obowiązuje zakaz udzielania pomocy publicznej), którego celem jest ochrona rynku wewnętrznego przed zaburzeniami konkurencji. Z drugiej strony – nie sposób nie zauważyć, że pogłębia się rywalizacja międzynarodowa, a państwa, takie jak Chiny, Stany Zjednoczone, Japonia czy Korea Południowa prowadzą polityki przemysłowe skoncentrowane na wspieraniu wielkich przedsiębiorstw z tych państw. Chiny czy Stany Zjednoczone nie są związane tak sztywnymi zasadami prawa konkurencji, jak te które obowiązują przedsiębiorstwa europejskie (Deffains, d'Ormesson i Perroud, 2020).

[1] Komunikat Komisji Kryteria analizy zgodności z rynkiem wewnętrznym pomocy państwa na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (OJ C 188, 20.6.2014, Document 52014XC0620(01)) (dalej: komunikat KE dot. IPCEI z 2014 r.).

[2] Komunikat Komisji Kryteria analizy zgodności z rynkiem wewnętrznym pomocy państwa na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (C/2021/8481 final, Document C(2021)8481) (dalej: komunikat KE dot. IPCEI z 2021 r.).

Wydarzenia ostatnich lat i miesięcy, czyli Brexit, pandemia COVID-19 oraz atak Rosji na Ukrainę dodatkowo pogarszają sytuację gospodarczą państw członkowskich, uzależnionych od surowców, towarów i usług spoza UE. Dlatego nadszedł być może czas na prowadzenie bardziej zdecydowanej polityki przemysłowej przez UE, mimo że może to mieć negatywne skutki dla rynku wewnętrznego i konkurencji wewnątrz UE. Konieczne jest bowiem zwiększenie przez UE strategicznej autonomii[3] w kluczowych dla bezpieczeństwa obszarach poprzez zdywersyfikowanie międzynarodowych łańcuchów dostaw, monitorowanie strategicznych zależności i tworzenie sojuszy przemysłowych.

Suwerenna polityka przemysłowa Unii Europejskiej w rzeczywistości zaczęła być tworzona dopiero w ostatnich kilkunastu latach. Bodźcem do tego był kryzys finansowy z lat 2008–2009 (Ambroziak, 2014). Rządy państw członkowskich, zaniepokojone spadkiem produkcji przemysłowej, rosnącym bezrobociem i wolniejszym rozwojem gospodarczym, zaczęły postulować zaprojektowanie polityki przemysłowej UE, ponieważ pogorszyła się konkurencyjność przedsiębiorstw unijnych względem tych spoza UE (z wyjątkiem skandynawskich i niemieckich) (Kawecka-Wyrzykowska, 2020). Powstała strategia „Europa 2020”[4], której jednym z celów była odbudowa gospodarek unijnych, „prowadzenie polityki przemysłowej w czasach globalizacji” i naprawa sektora przemysłowego. W 2012 roku część państw, nieusatysfakcjonowanych powolnymi postępami w projektowaniu polityki przemysłowej, założyło (pod nieformalnym przewodnictwem Francji) grupę „Przyjaciół Przemysłu” (Hettne, 2020), która miała działać na rzecz poprawy konkurencyjności firm europejskich. Przedstawiciele grupy twierdzili, że sztywne zasady pomocy publicznej obowiązujące w UE są przestarzałe i nie odpowiadają dzisiejszym realiom globalnej gospodarki, w której przedsiębiorstwa spoza Unii są istotnie wspierane finansowo przez swoje rządy, nawet jeżeli lokują inwestycję na terenie UE, a przedsiębiorstwa unijne, co do zasady nie mogą liczyć na takie wsparcie. W grudniu 2018 r., przedstawiciele 18 państw członkowskich na poziomie ministerialnym przyjęli deklarację, w której zawarli postulat utworzenia europejskiej polityki przemysłowej, ponieważ w globalnym wyścigu przedsiębiorstwa unijne zaczynały być zacofane i niekonkurencyjne (Belmin, 2019).

Wreszcie w marcu 2020 r. Komisja Europejska zaprezentowała nową strategię przemysłową UE, w której akcent został położony na cyfryzację, zieloną transformację i poprawę konkurencyjności przemysłu europejskiego. W strategii tej pojawiła się także wzmianka o mechanizmie IPCEI, mającym znacząco wpłynąć na poprawę innowacyjności i konkurencyjności europejskich przedsiębiorstw na świecie. W maju 2021 r., już w trakcie trwania pandemii COVID-19, która spowodowała chwilowe załamanie łańcuchów dostaw i na marginesie uświadomiła wagę budowania niezależnego przemysłu europejskiego, została przyjęta znowelizowana strategia przemysłowa. Jej głównym celem jest przeprowadzenie dwojakiej transformacji: ekologicznej i cyfrowej przy wykorzystaniu przemysłu.

Z powyższego wynika, że prowadzenie skutecznej polityki przemysłowej staje się powoli warunkiem do zapewnienia niezakłóconego funkcjonowania gospodarek państw członkowskich, jak i bezpieczeństwa UE. Projekty IPCEI, które są fundamentem tej polityki, zaczynają odgrywać istotną rolę i umożliwią przynajmniej częściowe uniezależnienie się Wspólnoty Europejskiej od dostaw z państw trzecich.

[3] O koncepcji strategicznej autonomii piszę w pkt VI niniejszego artykułu.

[4] Strategia Europa 2020. Pozyskano z: https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologia/strategia-europa-2020 (31.03.2022).

III. Koncepcja ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania

Udzielanie pomocy publicznej w UE jest co do zasady zakazane. Jednak biorąc pod uwagę narastające napięcia na świecie między państwami, niską innowacyjność unijnych przedsiębiorstw[5] i założenia przyświecające nowej strategii przemysłowej UE, konieczne było zliberalizowanie przepisów dotyczących udzielania pomocy publicznej przedsiębiorstwom. Komisja Europejska zaproponowała koncepcję wielopaństwowej współpracy na podstawie wyłączenia z art. 107 ust. 3 lit. (b) TFUE[6], zgodnie z którym „za zgodną z rynkiem wewnętrznym może zostać uznana pomoc przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce Państwa Członkowskiego". Na tej podstawie wydany został w 2014 r. komunikat Komisji dotyczący ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (IPCEI) określający wymogi dla projektów IPCEI. W jej myśl IPCEI mogą się istotnie przyczynić do uruchomienia jeszcze większych inwestycji w innowacje, a także do tworzenia sojuszy przemysłowych pomiędzy przedsiębiorstwami z różnych państw członkowskich UE.

W celu zdiagnozowania i określenia priorytetowych obszarów, które byłyby wspierane w ramach mechanizmu IPCEI Komisja powołała Strategic Forum for IPCEI. W jego skład wchodzili przedstawiciele państw członkowskich, przedsiębiorstw i organizacji. Forum uznało, że do kluczowych obszarów, z których projekty mogłyby otrzymać wsparcie w ramach IPCEI należą: 1) czyste, połączone i autonomiczne pojazdy (*clean, connected and autonomous vehicles*, CCAV); 2) inteligentne zdrowie (*smart health*); 3) przemysł niskoemisyjny industry (*low CO2 emissions*); 4) technologie i systemy wodorowe (*hydrogen technologies and systems*); 5) przemysłowy internet rzeczy (*industrial Internet of Things*) i 6) cyberbezpieczeństwo (*cybersecurity*)[7]. W lutym 2021 r. Strategic Forum for IPCEI przekształciło się w Industrial Forum – stanowi ono obecnie grupę 57 ekspertów z państw członkowskich, przedsiębiorstw i organizacji pozarządowych pracujących nad ciągłą aktualizacją polityki przemysłowej UE[8].

Jedynie projekty zaakceptowane przez Komisję Europejską mogą uzyskać wsparcie, a proces uzyskiwania wsparcia odbywa się na poziomach krajowym i unijnym. Przed 2018 r. Komisja wydała zgody na dwa projekty infrastrukturalne, natomiast w ostatnich trzech latach KE wydała trzy decyzje w sprawie projektów IPCEI: w 2018, w 2019 i w 2021 roku. Pierwszy projekt, zaakceptowany w grudniu 2018 r. przez KE jako wspólne przedsięwzięcie Niemiec, Francji, Włoch i Zjednoczonego Królestwa dotyczące badań i innowacyjności w obszarze mikroelektroniki, miał szacowaną wartość wynoszącą ok. 7,75–7,90 mld euro. Wartość zatwierdzonej przez KE pomocy publicznej określono na ok. 1,75 mld euro. W projekcie przewidziano bezpośrednie zaangażowanie 29 firm z Francji, Niemiec, Włoch i Zjednoczonego Królestwa. Na drugi projekt Komisja wydała zgodę w grudniu 2019 roku. Jego celem ma być wsparcie badań i innowacji w obszarze produkcji baterii, m.in. do samochodów elektrycznych w UE; jest on realizowany w ramach

[5] Coroczne dane z European innovation scoreboard: https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/statistics/performance-indicators/european-innovation-scoreboard_en (15.03.2022).

[6] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r.).

[7] Raport Strategic Forum for IPCEI, *Strengthening Strategic Value Chains for a future-ready EU Industry – report of the Strategic Forum for Important Projects of Common European Interest*, 2019. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/37824 (16.03.2022).

[8] https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3743 (31.03.2022).

European Battery Alliance (EBA). Pomoc publiczna ma wynieść ponad 3,2 mld euro. Projekt ten zgłosiło do KE siedem krajów: Belgia, Finlandia, Francja, Niemcy, Włochy, Polska i Szwecja. Trzeci projekt pt. „European Battery Innovation", na który decyzja została wydana w styczniu 2021 r., również dotyczy produkcji baterii do samochodów elektrycznych. Zgłosiło go 12 państw członkowskich: Austria, Belgia, Chorwacja, Finlandia, Francja, Niemcy, Grecja, Włochy, Polska, Słowacja, Hiszpania i Szwecja. Wsparcie w ramach IPCEI będzie wynosiło prawie 2,9 mld euro. Wezmą w nim udział bezpośrednio 42 podmioty, w tym MŚP i startupy, a łącznie z poddostawcami i podmiotami współpracującymi liczba partnerów wyniesie 150. Projekt ten ma potrwać do 2028 roku.

Jednocześnie trwają zgłoszenia do kolejnych projektów IPCEI: wodorowego, drugiego z dziedziny mikroelektroniki, z obszaru zdrowia (*smart health*), z infrastruktury i usług chmurowych.

IV. Komunikat dotyczący ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania z 2014 roku

1 lipca 2014 r. Komisja Europejska wydała komunikat dotyczący IPCEI (dalej: komunikat KE dot. IPCEI z 2014 r.). W tym krótkim, bo liczącym dziewięć stron dokumencie, określone zostały zasady funkcjonowania mechanizmu IPCEI. Wsparcie mogły uzyskać przede wszystkim projekty mające wyraźnie innowacyjny charakter lub wnoszące istotną wartość dodaną w danej dziedzinie w świetle najnowszych osiągnięć w danym sektorze. Ponieważ celem IPCEI było i jest zapewnienie pozytywnego wpływu na gospodarkę unijną, a nie tylko pojedynczego państwa członkowskiego, projekty miały być wsparte przez co najmniej kilka państw członkowskich. Korzyści z tych projektów miały rozciągać się na znaczną część Unii Europejskiej (ważne *spill-over effects*) i przyczyniać do realizacji co najmniej jednego z celów UE[9]. Warunkiem było, aby projekty były współfinansowane przez beneficjenta pomocy. Określono także, że maksymalna wysokość wsparcia będzie wyznaczona w oparciu o lukę w finansowaniu w odniesieniu do kosztów kwalifikowanych (intensywność pomocy mogła sięgać nawet do 100% kosztów kwalifikowanych). Co więcej, projekty miały być znaczące pod względem ilościowym lub jakościowym (pkt 24 komunikatu KE dot. IPCEI z 2014 r.) – chodzi tu zatem albo o projekty przemysłowe o wielkiej skali, albo o projekty wysoce zaawansowane technologicznie.

Mimo niedługiego okresu obowiązywania komunikatu KE dot. IPCEI z 2014 r., widząc trudności, zarówno państw członkowskich, jak i przedsiębiorców, w interpretacji szeregu przepisów, Komisja postanowiła o jego nowelizacji.

V. Ocena i zastrzeżenia do komunikatu dotyczącego ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania z 2014 roku

Pierwszy komunikat KE dotyczący IPCEI funkcjonował od 2014 r., i poza dwoma projektami infrastrukturalnymi[10], aż do końca 2018 r. Komisja nie wydała żadnej zgody na finansowanie

9 Zgodnie z punktem 15 komunikatu KE dot. IPCEI z 2014 r. projekt powinien na przykład mieć podstawowe znaczenie dla strategii „Europa 2020", Europejskiej Przestrzeni Badawczej, europejskiej strategii w dziedzinie kluczowych technologii wspomagających (10), strategii energetycznej dla Europy (11), ram politycznych do 2030 r. dotyczących klimatu i energii (12), europejskiej strategii bezpieczeństwa energetycznego (13), strategii w zakresie elektroniki, transeuropejskich sieci transportowych i energetycznych, a także unijnych inicjatyw przewodnich, takich jak: Unia innowacji (14), Europejska agenda cyfrowa (15), Europa efektywnie korzystająca z zasobów (16) czy Zintegrowana polityka przemysłowa w erze globalizacji (17).

10 Pierwszy dotyczył mostu Øresund pomiędzy Danią i Szwecją, a drugi połączenia między Danią i Niemcami – Fehmarn Belt.

projektów w ramach mechanizmu IPCEI (Nicolaides, 2020). Pierwszym był dopiero IPCEI z dziedziny mikroelektroniki, prace nad nim trwały już od 2016 r., a decyzja została wydana dopiero w 2018 roku (Nicolaides, 2020). Jakie były przyczyny tak małej liczby wydanych zgód lub raczej zgłoszonych projektów?

Mimo że mechanizm ten był korzystny finansowo, zarówno dla przedsiębiorców mogących otrzymać pomoc, jak i dla państw członkowskich chcących wesprzeć przedsiębiorstwa, to sam proces wyboru i oceny projektów był tak długotrwały i niejasny, że i państwa członkowskie, i przedsiębiorcy nie wnioskowali o wsparcie (Nicolaides, 2020). Same kryteria były z jednej strony trudne do spełnienia dla zwykłych projektów przemysłowych (wymagany był komponent innowacyjny), z drugiej zaś – część definicji i wymogów zawartych w komunikacie KE dot. IPCEI z 2014 r. była nieprecyzyjna. Konieczne było zatem wprowadzenie zmian w celu doprecyzowania definicji, zaostrzenia części wymogów, włączenia MŚP do projektów i ochrony rynku wewnętrznego przed potencjalnymi zaburzeniami konkurencji spowodowanymi udzielaniem pomocy beneficjentom[11].

Komisja Europejska przeprowadziła ocenę komunikatu i rozpoczęła konsultacje publiczne w 2021 roku. W nocie wyjaśniającej do konsultacji publicznych uznano, że „komunikat w sprawie projektów IPCEI był ogólnie adekwatny do potrzeb. W szczególności okazał się przydatnym instrumentem ułatwiającym powstawanie ważnych transgranicznych, zintegrowanych i opartych na współpracy projektów w strategicznych łańcuchach wartości, promujących interesy europejskie"[12]. W nocie nie wspomniano jednak o tym, że znaczna grupa rządów w wystosowanym otwartym liście zgłosiła szereg zastrzeżeń do tego komunikatu, m.in. zarzuciła, że na mechanizmie IPCEI zyskują zazwyczaj większe przedsiębiorstwa mające dobre relacje z władzami danego państwa członkowskiego i państwa z większymi zasobami administracyjnymi i finansowymi[13].

W konsultacjach publicznych wzięli udział przedsiębiorcy, instytucje pozarządowe, przedstawiciele władz państw członkowskich. Jak oceniony został w trakcie tych konsultacji poprzedni komunikat dotyczący IPCEI i jakie zarzuty mieli wobec niego przedstawiciele różnych branż z państw członkowskich?[14]

Głównym zgłaszanym zarzutem był zbyt niski udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w projektach IPCEI. Wsparcie otrzymywały dotychczas w ramach IPCEI wielkie przedsiębiorstwa, a dominującą rolę w projektach odgrywały Niemcy i Francja. Mogło to istotnie wpłynąć na naruszenie równowagi na rynku wewnętrznym UE. Padły zatem propozycje, aby wobec MŚP stosowano bardziej elastyczne wymogi administracyjne i szybszy proces oceny (*fast track*). Sugerowano, by projekty, w których udział biorą MŚP, miały korzystniejszą ocenę, proponowano dodatkowe usługi wsparcia administracyjno-organizacyjnego dla MŚP i podwyższenie dopuszczalnej intensywności pomocy dla projektów, w których uczestniczą MŚP. Przedsiębiorcy argumentowali, że MŚP nie

[11] Tak wynika z przeprowadzonych konsultacji publicznych, ich pełna treść jest dostępna na stronie KE: https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-ipcei_en (20.04.2022).

[12] Nota wyjaśniająca towarzysząca konsultacjom publicznym na temat zmiany komunikatu w sprawie projektów IPCEI. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_ipcei/background_note_pl.pdf (30.03.2022).

[13] Wspólny dokument napisany przez przedstawicieli Czech, Danii, Finlandii, Hiszpanii, Holandii, Irlandii, Litwy, Łotwy, Polski, Słowacji i Szwecji. Pozyskano z: https://www.government.se/articles/2021/09/smart-and-selective-use-of-the-ipcei-instrument/ (25.03.2022).

[14] Szczegółowo piszę o tym w nieopublikowanym jeszcze artykule pt. „Ważne Projekty Stanowiące Przedmiot Wspólnego Europejskiego Zainteresowania (IPCEI) – szanse i zagrożenia dla Polski i polskich przedsiębiorców" – to publikacja po Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej w SGH „Polska w gospodarce światowej – szanse i zagrożenia". W artykule tym przeanalizowałam zarzuty podnoszone przez różne podmioty: przedsiębiorców, rządy i organizacje pozarządowe, tu przedstawiam skróconą wersję tych uwag.

mają takich samych możliwości przy wnioskowaniu o wsparcie ich możliwości administracyjno-organizacyjne są znacznie mniejsze niż wielkich przedsiębiorstw[15].

Kolejnym istotnym zarzutem była kwestia zbyt długiego procesu notyfikacji projektów, który może potrwać nawet aż do roku. Przedsiębiorcy podkreślali, że szczególnie w przypadku projektów innowacyjnych jest to za długi okres, który może w konsekwencji spowodować niepowodzenie takich projektów. Inwestorzy proponowali, aby została uproszczona i skrócona ścieżka notyfikacji. Procedury administracyjne związane z mechanizmem IPCEI i proces podejmowania decyzji są za długie, szczególnie biorąc pod uwagę, że właśnie czas jest istotnym czynnikiem przy projektach B+R[16].

Związany z powyższym istotnym problemem był różnorodny, niejednolity proces wyboru przedsiębiorstw uczestniczących w IPCEI w różnych państwach członkowskich. To oznaczało, że proces starania się o wsparcie mógł się różnić, co teoretycznie mogłoby prowadzić do naruszenia unijnego prawa konkurencji[17].

Wielokrotnie powtarzana była też uwaga dotycząca braku transparentności w procesie wyboru projektów i kwestia dołączenia do istniejącego IPCEI nowych zainteresowanych tym państw członkowskich. Pojawiło się pytanie, jak miałaby wyglądać taka procedura i czy w ogóle byłaby możliwa[18].

Brakowało także, zdaniem przedsiębiorców, jasno określonych mechanizmów kontrolowania przebiegu IPCEI. Część podmiotów zgłaszała postulat, aby przyjąć instrumenty służące do monitorowania tego procesu, KPI, mapy drogowe, żeby móc też na tej podstawie nowelizować i ulepszać mechanizm IPCEI. Sugerowano ponadto, że powinna być także prowadzona ocena projektów po ich zakończeniu[19].

Dużo uwag dotyczyło zbyt niejasnego określenia liczenia luki w finansowaniu i umożliwienia łączenia finansowania z różnych źródeł ze wsparciem otrzymywanym w ramach IPCEI (np. by możliwe było rozszerzenie możliwości finansowania także o środki pochodzące z programu Horyzont 2020 czy Europejskiego Funduszu Innowacji). W kontekście finansowania przedsiębiorcy postulowali też, aby do kosztów kwalifikowanych zaliczać koszty zarówno CAPEX, jak i OPEX inwestycji[20].

Zarzucano też, że w komunikacie KE dot. IPCEI z 2014 r. za mały akcent kładziony był na wykorzystywanie w procesie produkcji neutralnych, nieszkodliwych dla środowiska technologii. Szczególnie w kontekście wielkich projektów przemysłowych należy analizować ich wpływ na środowisko[21].

Powyżej przedstawiono skrótowo część zarzutów przedsiębiorców wobec komunikatu KE dot. IPCEI z 2014 roku. W następnej części zostanie poddane analizie czy zostały one uwzględnione w trakcie prac nad nową wersją komunikatu.

[15] Tak wynika z przeprowadzonych konsultacji publicznych, ich pełna treść jest dostępna na stronie KE. Zob. https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-ipcei_en (20.04.2022).

[16] Ibidem.

[17] Ibidem.

[18] Ibidem.

[19] Ibidem.

[20] Ibidem.

[21] Ibidem.

VI. Treść znowelizowanego komunikatu dotyczącego ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania z 2021 roku

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców i podmiotów biorących udział w konsultacjach publicznych, Komisja przyjęła zmieniony komunikat dotyczący IPCEI, który obowiązuje od 1 stycznia 2022 roku.

Już w preambule komunikatu zostały wprowadzone liczne zmiany. Jasno zostały określone cele IPCEI: projekty te mają „przyczynić się w znacznej mierze do zrównoważonego wzrostu gospodarczego, tworzenia miejsc pracy, poprawy konkurencyjności i odporności przemysłu i gospodarki w Unii oraz wzmocnić jej **otwartą autonomię strategiczną**". Ten ostatni zwrot jest istotny w kontekście bieżących wydarzeń politycznych: agresji Rosji na Ukrainę, wojny handlowej i gospodarczej UE z Rosją, polegania na Stanach Zjednoczonych w kontekście obrony militarnej czy całkowitego uzależnienia od Chin w kontekście importu niektórych surowców – gdy konieczne jest doprowadzenie do większej samowystarczalności UE. Koncepcja strategicznej autonomii nie jest zawarta w traktatach unijnych, ma raczej wymiar polityczny. Założeniem przyświecającym tej idei jest by Unia chroniła swoje interesy, mogła działać niezależnie i mieć dostęp do swoich zasobów w kluczowych strategicznych branżach. Dopiero w strategii przemysłowej przedstawionej przez Komisję Europejską w marcu 2020 r. pojawiło się szersze odwołanie do autonomii strategicznej „europejska autonomia strategiczna dotyczy zmniejszenia zależności od innych od rzeczy, których najbardziej potrzebujemy: kluczowych surowców i technologii, żywności, infrastruktury, bezpieczeństwa i innych strategicznych dziedzin. Dzięki niej istnieje możliwość rozwijania rynku wewnętrznego, swoich towarów i usług, co wpłynie na poprawę konkurencyjności UE" (Van den Abeele, 2021, s. 16). Według KE autonomia strategiczna ma dwa wymiary: defensywny – polegający na zmniejszeniu zależności zewnętrznej UE i ofensywny – rozwijania rynku wewnętrznego UE, zwiększania eksportu towarów i usług unijnych przedsiębiorców poza granice wspólnoty. IPCEI może być narzędziem, które przyczyni się do pogłębiania tej autonomii (przykładem jest IPCEI polegający na budowaniu niezależnego łańcucha baterii do samochodów elektrycznych) (Van den Abeele, 2021).

W komunikacie zostały dokładnie wymienione obszary, w których IPCEI mają realizować cele UE, tj. Europejski Zielony Ład, strategia cyfrowa i cyfrowa dekada, nowa strategia przemysłowa dla Europy i jej aktualizacja, europejska strategia w zakresie danych oraz Next Generation EU. Omawiany komunikat został wydany w trakcie pandemii COVID-19, co zostało uwzględnione w nowelizacji – wspomniano, że projekty IPCEI „mogą się przyczynić do trwałej odbudowy po poważnych zakłóceniach gospodarczych, takich jak te spowodowane pandemią COVID-19". We wprowadzeniu do komunikatu pojawiło się też wyczekiwane przez przedsiębiorców odwołanie do MŚP, jest mowa o „zapewnieniu MŚP i przedsiębiorstwom typu start-up możliwości uczestniczenia w projektach IPCEI i czerpania z nich korzyści".

W trzeciej części komunikatu, w której określone zostały kryteria kwalifikowalności, sporo zostało doprecyzowane. Pojawił się wymóg realizowania jednego z celów strategii UE. Ponadto obecnie należy w ramach projektu wykazać, że ma on na celu przezwyciężenie istotnych niedoskonałości rynku lub braków systemowych, które uniemożliwiają realizację projektu w takim

samym zakresie lub w ten sam sposób w przypadku braku pomocy, lub problemów społecznych, którym w inny sposób nie można odpowiednio zaradzić.

Do zmian należy też zwiększenie minimalnej liczby uczestniczących państw z dwóch do czterech oraz wprowadzenie wymogu, aby wszystkie zainteresowane państwa członkowskie miały **rzeczywistą** możliwość uczestniczenia w powstających projektach IPCEI (pkt 17 i 18 projektu komunikatu). Co więcej, w komunikacie określono, że „zgłaszające projekt państwa członkowskie muszą wykazać, że wszystkie państwa członkowskie zostały poinformowane o ewentualnym pojawieniu się projektu, np. poprzez kontakty, sojusze, spotkania lub wydarzenia służące nawiązywaniu kontaktów, również obejmujące MŚP i przedsiębiorstwa typu start-up, oraz że miały one możliwość uczestniczenia w projekcie”. Jak wspominano powyżej, wiele podmiotów zarzucało poprzednio obowiązującemu komunikatowi brak transparentnego procesu informowania o projektach i możliwości brania w nich udziału.

W punkcie 19. komunikatu pojawił się wymóg, aby projekt był współfinansowany w „**znaczącym stopniu**” przez beneficjenta. W kolejnym, 20. punkcie odwołano się do kwestii środowiskowych – „państwa członkowskie będą musiały przedstawić dowody potwierdzające, że projekty są zgodne z zasadą „nie czyń poważnych szkód” w rozumieniu art. 17 rozporządzenia (UE) 2020/852” i ma to stanowić istotny czynnik przy ocenie projektów.

Dalej Komisja w punkcie 21. komunikatu informuje, że na korzyść przy ocenie projektu będą wpływały: „współpraca między dużymi przedsiębiorstwami a MŚP, w tym przedsiębiorstwami typu start-up, w różnych państwach członkowskich, wspieranie rozwoju regionów znajdujących się w niekorzystnym położeniu, okoliczność, że projekt wiąże się ze współfinansowaniem z funduszu unijnego w ramach zarządzania bezpośredniego, pośredniego lub dzielonego, to że projekt obejmuje duży wkład niezależnych inwestorów prywatnych i wreszcie to, że projekt dotyczy wyraźnie zidentyfikowanej i znaczącej zależności strategicznej”. W poprzednim komunikacie powyższe kwestie nie były wymienione jako mające wpływ na pozytywną ocenę projektu.

Ponadto do zmienionego komunikatu Komisji dotyczącego IPCEI dodana została szczegółowa definicja „pierwszego przemysłowego zastosowania w przemyśle”[22] (pkt 24 komunikatu). Przedsiębiorcy i przedstawiciele władz publicznych dotychczas narzekali na jej brak w komunikacie.

W sekcji czwartej zostały określone zasady dotyczące proporcjonalności i konieczności udzielenia pomocy. I tu zaszła zmiana: Komisja wprowadziła wymóg, aby państwa członkowskie dostarczyły dowodów potwierdzających prawdopodobieństwo istnienia bądź braku alternatywnego scenariusza. Co więcej, zostały zobowiązane do przedstawienia odpowiednich dokumentów wewnętrznych beneficjentów, takich jak prezentacji zarządu, analiz, sprawozdań i badań. W poprzednim komunikacie z 2014 r. nie było wzmianki o konieczności przedstawienia dowodów, co również było przedmiotem krytyki w trakcie konsultacji publicznych. Dalej w tej samej sekcji pojawiły się nowe zasady. Po pierwsze, że „pomoc państwa przeznaczona na wspieranie realizacji

[22] Na potrzeby niniejszego komunikatu pierwsze zastosowanie w przemyśle oznacza rozbudowę instalacji pilotażowych, zakładów demonstracyjnych lub opracowanie całkowicie nowej aparatury i urządzeń w ramach etapów następujących po etapie linii pilotażowej, w tym fazę testów oraz zwiększanie skali produkcji seryjnej, ale nie zastosowanie do produkcji masowej ani działalności handlowej (24). Koniec pierwszego zastosowania w przemyśle ustala się z uwzględnieniem m.in. odpowiednich wskaźników efektywności związanych z działalnością BRI, wskazujących na zdolność do rozpoczęcia produkcji masowej. Działania w zakresie pierwszego zastosowania w przemyśle mogą być finansowane z wykorzystaniem pomocy państwa, o ile wspomniane pierwsze zastosowanie w przemyśle wynika z działalności badawczej, rozwojowej i innowacyjnej („BRI”) oraz o ile ono samo zawiera znaczący element BRI, który jest integralną i niezbędną częścią pomyślnej realizacji projektu. Pierwszego zastosowania w przemyśle nie musi dokonywać ten sam podmiot co podmiot, który prowadził działalność BRI, o ile uzyska on prawa do wykorzystania wyników wcześniejszej działalności BRI oraz o ile zarówno działalność BRI, jak i pierwsze zastosowanie w przemyśle są opisane w projekcie.

projektów IPCEI może być łączona z finansowaniem unijnym lub inną pomocą państwa, pod warunkiem że całkowita kwota finansowania publicznego przyznanego w odniesieniu do tych samych kosztów kwalifikowalnych nie przekracza najbardziej korzystnej stopy finansowania określonej w mających zastosowanie przepisach prawa unijnego" (pkt 35 komunikatu). Po drugie, że Komisja może zwrócić się do zgłaszającego państwa członkowskiego o wdrożenie mechanizmu wycofania, polegającego na tym, że w przypadku projektu bardziej dochodowego niż przewidywano w zgłoszonej analizie luki w finansowaniu, „mechanizm wycofania powinien zapewniać zrównoważony podział dodatkowych zysków i powinien mieć zastosowanie wyłącznie do tych inwestycji, które osiągają – na podstawie wyników przepływów pieniężnych *ex post* i wypłat pomocy państwa – stopę zwrotu przekraczającą koszt kapitału beneficjentów. Każdy taki mechanizm wycofania powinien być jasno określony z wyprzedzeniem, aby zapewnić beneficjentom przewidywalność finansową w momencie podejmowania decyzji o udziale w projekcie" (pkt 36). Po trzecie znalazł się zakaz relokacji inwestycji w punkcie 47: Komisja ma sprawdzić czy pomoc jest uwarunkowana przeniesieniem działalności produkcyjnej lub jakiejkolwiek innej działalności beneficjenta z obszaru innego państwa EOG na terytorium państwa członkowskiego przyznającego pomoc. Gdyby beneficjent planował takie przeniesienie (niezależnie od liczby miejsc pracy rzeczywiście utraconych w pierwotnym miejscu prowadzenia przez beneficjenta działalności w EOG) uznane by to zostało za szkodliwe dla rynku wewnętrznego.

Do ostatnich wprowadzonych do komunikatu zmian należą te zawarte w sekcji 4.3. Zgodnie z nimi państwa członkowskie muszą publikować w prowadzonym przez Komisję module dotyczącym przejrzystości przyznawania pomocy państwa lub na kompleksowej stronie internetowej dotyczącej pomocy państwa na szczeblu krajowym lub regionalnym szereg dodatkowych, nie wymaganych w poprzednim komunikacie informacji o: instrumencie pomocy, elemencie pomocy i kwocie nominalnej pomocy przyznanej każdemu beneficjentowi, dacie przyznania pomocy i dacie publikacji, rodzaju beneficjenta (MŚP/duże przedsiębiorstwo/start-up), regionie, w którym beneficjent ma siedzibę (na poziomie NUTS II lub niższym); głównym sektorze gospodarki, w którym beneficjent prowadzi działalność (na poziomie grupy NACE) i celu pomocy. Zgodnie z treścią poprzedniego komunikatu z 2014 r. państwa były zobowiązane do podania informacji jedynie o nazwie organów przyznających pomoc, do opublikowania tekstu decyzji przyznającej pomoc, i podania nazw i identyfikatorów beneficjentów. Zmieniony został także limit, powyżej którego istnieje obowiązek publikowania powyższych informacji – wcześniej istniał obowiązek publikowania, jeżeli przyznana pomoc indywidualna przekraczała 500 000 euro, a obecnie należy publikować te informacje, jeżeli przyznana pomoc indywidualna przekroczy 100 000 euro (pkt 49 komunikatu z 2021 r.).

VII. Ocena zmian i podsumowanie

IPCEI stanowi kluczowy mechanizm w nowej unijnej polityce przemysłowej. Biorąc pod uwagę sytuację na świecie Europa musi zadbać bardziej niż kiedykolwiek od czasu II wojny światowej o swoją strategiczną autonomię, zapewnienie nieprzerwanych dostaw, samowystarczalną produkcję i gospodarkę. Narzędziem, które może w tym pomóc jest właśnie IPCEI, które ma wspierać wielkie projekty innowacyjno-przemysłowe realizowane przez unijnych przedsiębiorców. Aby jednak instrument ten nie zaburzył konkurencji na rynku wewnętrznym UE i nie służył tylko wielkim przedsiębiorstwom i rozwiniętym gospodarczo państwom do omijania zakazu udzielania pomocy

publicznej, konieczne jest udzielanie wsparcia finansowego w ramach jasno i sztywno określonych zasad w drodze transparentnego procesu. Pytanie, czy dzięki nowelizacji komunikatu wątpliwości wielu podmiotów zostały rozwiane, a problemy, takie jak dysproporcje w potencjalnym finansowaniu projektów i przedsiębiorstw przez państwa unijne, mały udział MŚP w mechanizmie IPCEI i nietransparentny proces połączony z brakiem spójnych procedur dotyczących ubiegania się o wsparcie oraz kwestie środowiskowe – rozwiązane.

Moim zdaniem znowelizowany komunikat nie odpowiada na stawiane poprzedniemu dokumentowi zarzuty – dokonane zmiany są zaledwie kosmetyczne. Wiele sformułowań wciąż jest nieostrych i często nie ma bezwzględnych warunków stawianych przedsiębiorcom starających się o dofinansowanie w ramach IPCEI. Komisja w komunikacie z 2021 r. ucieka się do takich sformułowań, jak „na ocenę pozytywnie wpłynie", „należy poinformować" – nie egzekwując następnie braku poddania się takiej procedurze przez przedsiębiorstwa. Takie samo stanowisko przedstawił Związek Pracodawców i Przedsiębiorców Polskich w opinii z 9 lutego 2022 r. stwierdzając, że ostatnia rewizja zasad mechanizmu IPCEI nie rozwiązała żadnej z głównych jego wad, a IPCEI są wciąż „nieprzejrzyste i źle zdefiniowane"[23].

Przede wszystkim dotychczas ponad połowa państw członkowskich (14) nie uczestniczyła jeszcze w IPCEI, a kraje mocno lobbujące za istnieniem tego mechanizmu wsparcia, tj. Niemcy, Francja, Włochy i Szwecja brały udział już w ponad dwóch projektach. Podniesienie limitu państw uczestniczących w projektach z dwóch do czterech oraz obowiązek „informowania" wszystkich państw członkowskich o planowanych projektach to wciąż nie są wymogi nie do ominięcia dla państw traktujących IPCEI jako narzędzia dodatkowej dominacji gospodarczej i wspierania przez nie swoich przedsiębiorców. Mniejsze i słabsze państwa, mimo bycia poinformowanymi, mogą nie dysponować takimi zasobami finansowymi czy operacyjno-administracyjnymi, aby móc uczestniczyć w danym projekcie.

Już na przykładzie IPCEI dotyczącym baterii do samochodów elektrycznych widać było, że kwoty deklarowanego wsparcia diametralnie różnią się między państwami, co może skutkować pogorszeniem sytuacji przedsiębiorstw z państw niebiorących udziału w IPCEI bądź biorących udział, ale oferujących niższe wsparcie. W IPCEI tym bierze udział 17 uczestników z 7 państw członkowskich – finansowanie łącznie ma wynieść 3,2 mld EUR, z czego Belgia ma przekazać 80 mln EUR, Francja 960 mln EUR, Niemcy 1,25 mld EUR, Włochy 570 mln EUR, a Polska 240 mln EUR. Stosunek wsparcia narodowego do liczby zaangażowanych przedsiębiorców waha się od 250 mln EUR na przedsiębiorstwo do 30 mln EUR na przedsiębiorstwo[24]. Można też przytoczyć przykład Tesli, której rząd niemiecki zaoferował gigantyczne wsparcie finansowe w ramach IPCEI na budowę fabryki w Niemczech, podczas gdy inne państwa unijne również były zainteresowane ulokowaniem tej fabryki w swoich granicach (Tesla później wycofała wniosek o udzielenie pomocy) (Poitiers i Weil, 2022).

Krytycznie można też ocenić zmiany wprowadzone w kontekście MŚP – wciąż nie zostało wyraźnie określone jak i kiedy powinny być zaangażowane w projekty firmy MŚP. Nie ma żadnych

[23] Stanowisko ZPP ws. Komunikatu Komisji, *Polityka konkurencji gotowa na nowe wyzwania*. Pozyskano z: https://zpp.net.pl/category/bez-kategorii-pl/ (21.02.2022).

[24] Szczegółowo piszę o tym w nieopublikowanym jeszcze artykule pt. „Ważne Projekty Stanowiące Przedmiot Wspólnego Europejskiego Zainteresowania (IPCEI) – szanse i zagrożenia dla Polski i polskich przedsiębiorców" – jest to publikacja po Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej w SGH pt. „Polska w gospodarce światowej – szanse i zagrożenia".

minimalnych wymogów dotyczących ich udziału w projektach. W praktyce głównie duże przedsiębiorstwa korzystają ze wsparcia w ramach IPCEI. Przykładowo w IPCEI w dziedzinie mikroelektroniki aż 35–46% całkowitego wsparcia trafi do jednej firmy – STMicroelectronics (Poitiers i Weil, 2022).

W nowym komunikacie przepisy dotyczące obliczania luki w finansowaniu kosztów CAPEX i OPEX są wciąż niejasne, mimo że w trakcie konsultacji podkreślało ten problem szereg przedsiębiorców. Biorąc pod uwagę jak gigantyczne wsparcie można otrzymać (aż do 100% brakujących kosztów kwalifikowanych), szczegółowe uregulowanie czym są koszty kwalifikowane i jak należy liczyć lukę w finansowaniu – powinno być priorytetem w trakcie prac nad zmianą komunikatu. Publicznie nie są dostępne dane dotyczące decyzji w poprzednich projektach (dostępna jest jedynie decyzja dotycząca IPCEI z mikroelektroniki)[25], ale w opublikowanej wersji nie znalazła się kalkulacja kosztów.

Mimo obaw państw dotyczących potencjalnego szkodliwego wpływu na środowisko projektów IPCEI, będących wielkimi projektami przemysłowymi, w zmienionym komunikacie wymogi środowiskowe dotyczące projektów zostały poluzowane, co również należy ocenić negatywnie.

Z powyższego wynika zatem, że w nowelizacji Komisja uwzględniła część zarzutów kierowanych przez przedsiębiorców, ale wciąż komunikat KE dotyczący IPCEI z 2021 r. nie jest wystarczająco precyzyjny, rygorystyczny i stwarza pole do nadużyć dla najsilniejszych państw i przedsiębiorstw unijnych kosztem tych słabiej rozwiniętych i MŚP.

Wymierny wpływ IPCEI będzie możliwy do zbadania dopiero za parę lat (poprzez badania ilościowe), jednak już dziś widać, że podstawowym czynnikiem, który determinuje ocenę wciąż dość nieścisłego komunikatu dotączego IPCEI i samego tego mechanizmu jest kwestia podejścia do roli UE i jej pozycji na świecie. Zakładając, że nadrzędnym celem jest silna pozycja konkurencyjna UE na świecie i jej niezależność od innych państw, IPCEI to narzędzie, które jako filar polityki przemysłowej może się do tego istotnie przyczynić, a niejasna wciąż treść i wymogi zawarte w komunikacie KE dotyczącym IPCEI z 2021 r. nie wpłyną na to negatywnie. Jeżeli przyjąć jednak założenie, że podstawową wartością jest niezaburzona konkurencja na rynku wewnętrznym UE i dotychczas obowiązujący w UE zakaz udzielania pomocy publicznej (z wyjątkami określonymi w traktatach), to znowelizowany komunikat nie jest wystarczająco rygorystyczny, aby chronić tę wartość oraz mniejsze przedsiębiorstwa i słabiej rozwinięte gospodarczo kraje UE. UE jako organizacja w świetle narastających konfliktów międzynarodowych potrzebuje autonomicznej gospodarki i niezakłóconego dostępu do towarów i usług, ale ceną za to może być zaburzenie konkurencji wewnątrz UE i pogorszenie pozycji przedsiębiorców oraz negatywny wpływ na gospodarki państw członkowskich nieuczestniczących w tych projektach.

Bibliografia

Ambroziak, A. (2014). Renaissance of the European Union's Industrial Policy. *Yearbook of Polish European Studies*, 17.

Belmin, P. (2019). Possible reform of competition law: Food for thought to improve the interplay between merger control and other EU policies. *Concurrences*, 3.

[25] Dec. KE w sprawie IPCEI w dziedzinie mikroelektroniki z 13.12.2018 r. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/201952/277367_2120330_254_2.pdf (31.03.2022).

Deffains, B., d'Ormesson, O. i Perroud, T. (2020). Competition Policy and Industrial Policy: For a reform of European law. *European issues*, 543.

Hettne, J. (2020). European industrial policy and state aid – a competence mismatch? *SIEPS*, 1.

Meunier, S. i Mickus, J. (2020). Sizing up the competition: explaining reform of European Union competition policy in the Covid-19 era. *Journal of European Integration*, 42.

Nicolaides, P. (2020). An Important (And so Far, Unique) Project of Common European Interest, *State AidHub.eu*.

Poitiers, N. i Weil, P. (2022). Opaque and ill-defined: the problems with Europe's IPCEI subsidy Framework. *Bruegel Blog*.

Sandberg, L. (2016). Infrastructure and State aid in light of the IPCEI Communication. *ERA Forum*, 17.

Van den Abeele, E. (2021). Towards a new paradigm in open strategic autonomy? European Trade Union Institute.

Edyta Rutkowska-Tomaszewska*, Artur Zwaliński**

Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach stosowania niedozwolonych klauzul we wzorcach umownych dotyczących usług finansowych za lata 2020–2021[1]

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Ogólna charakterystyka „zakazanej praktyki rynkowej" polegającej na stosowaniu klauzul abuzywnych we wzorcach umownych oraz decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK w tych sprawach
III. Decyzje Prezesa UOKIK dotyczące klauzul *spreadowych* (kursowych) we wzorcach umów o konsumencki kredyt hipoteczny
IV. Decyzje Prezesa UOKIK dotyczące klauzul modyfikacyjnych we wzorcach umów o usługi finansowe
V. Decyzje Prezesa UOKIK dotyczące klauzul w zakresie odpłatności za usługi finansowe (klauzule kosztowe)
VI. Podsumowanie i wnioski

Streszczenie

W niniejszym artykule dokonano przeglądu decyzji Prezesa UOKiK wydanych w latach 2020–2021 a dotyczących zakazanych praktyk konsumenckich na rynku finansowym, polegających na stosowaniu niedozwolonych klauzul umownych we wzorcach umów o usługi finansowe. Przeanalizowano i oceniono wszystkie decyzje wydane przez Prezesa UOKiK w sprawach tych praktyk (tzw. decyzje klauzulowe). Jednak ze względu na ograniczone ramy opracowania szczegółowe omówienie dotyczy jedynie niektórych z nich, a ich podobieństwo do pozostałych spowodowało, że analizie poddano te najbardziej istotne i interesujące, w ramach wyodrębnionej przez Autorów kategorii. Podzielono je na pewne grupy wiodących problemów w odniesieniu do tzw. decyzji klauzulowych na: klauzule modyfikacyjne, w zakresie odpłatności za usługi finansowe (klauzule kosztowe) i klauzule *spreadowe* (kursowe).

* Profesor Uniwersytetu Wrocławskiego; doktor hab. nauk prawnych; Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; specjalizuje się w problematyce prawa rynku finansowego ze szczególnym uwzględnieniem prawa usług finansowych, a zwłaszcza ochrony klienta (konsumenta) na tym rynku. Autorka licznych publikacji oraz organizatorka konferencji z zakresu wskazanej problematyki badawczej; adres e-mail: edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl; ORCID https://orcid.org/0000-0001-9359-7034.

** Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; zastępca dyrektora w Departamencie Ochrony Zbiorowych Interesów Konsumentów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zajmuje się problematyką przestrzegania prawa konsumentów na rynku usług finansowych. Artykuł prezentuje poglądy autora i nie powinien być traktowany jako stanowisko innych podmiotów, organów lub instytucji; adres e-mail: artur.zwalinski@uokik.gov.pl.

[1] W artykule przeanalizowano i oceniono w ogólnym wymiarze wszystkie decyzje Prezesa UOKiK wydane w latach 2020–2021 dotyczące usług finansowych w sprawach stosowania niedozwolonych klauzul umownych, choć ze względu na ograniczone ramy opracowania, szczegółowa analiza dotyczy jedynie niektórych z nich – tych najbardziej istotnych i interesujących ze względu na okoliczności, w ramach wyodrębnionej przez Autorów kategorii.

Słowa kluczowe: usługa finansowa; niedozwolone klauzule umowne; ochrona konsumenta; wzorce umowne; klauzule modyfikacyjne; klauzule *spreadowe*; klauzule kosztowe.

JEL: K12, K15, K42

I. Wprowadzenie

Działania Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) podejmowane na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[2] w sprawach antykonsumenckich praktyk rynkowych na rynku usług finansowych w latach 2020–2021 (tj. w okresie pandemii COVID-19) nie uległy ograniczeniu, a nawet były bardziej intensywne. Aktywność ta przejawiała się w różnych formach: w bieżących działaniach w zakresie inicjatyw legislacyjnych[3], w postaci wszczynanych nowych postępowaniach administracyjnych (zarówno wyjaśniających, jak i tych kończących w sprawach antykonsumenckich praktyk rynkowych), wystąpień w trybie art. 49a uokik, wydawania stanowisk oraz istotnych poglądów w sprawach dotyczących umów o usługi finansowe. Wreszcie, w badanym okresie działania te obejmowały wydanie decyzji kończących postępowania administracyjne w sprawach o uznanie postanowień wzorców umów o usługi finansowe za niedozwolone, które będą przedmiotem dalszych szczegółowych rozważań w niniejszym artykule. W tym miejscu warto zaznaczyć, że decyzje Prezesa UOKiK w sprawach o uznaniu postanowień wzorca umownego za niedozwolone[4] (podobnie jak decyzje o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów[5]) stanowią istotne, tak dla konsumentów, jak i dla rynku oraz przedsiębiorców, instrumentarium sprawowania publicznego nadzoru nad praktykami rynkowymi przedsiębiorców wobec konsumentów, w tym także na rynku finansowym (szerzej: Rutkowska-Tomaszewska i Choptiany, 2020; Rutecka-Góra i Rutkowska-Tomaszewska, 2021). Mają one istotne znaczenie w zapewnieniu ochrony konsumenta jako słabszej strony, w relacjach umownych z przedsiębiorcą, zwłaszcza instytucją finansową, posiadającą przewagę kontraktową. Jest on sprawowany w interesie publicznym (art. 1 uokik) poprzez eliminowanie zakazanych praktyk rynkowych i ich negatywnych dla konsumentów skutków (nie tylko prawnych) i ochronę interesów zbiorowych, chociaż decyzje Prezesa UOKiK mają również pośrednie przełożenie na ochronę indywidualnych interesów konsumentów. Nakaz zaprzestania naruszeń wynikających z art. 23a oraz 24 uokik oraz określone w decyzjach Prezesa UOKiK środki usunięcia ich skutków, a także nakładane na przedsiębiorców i kadrę zarządzającą kary pieniężne, są z jednej strony dolegliwe dla przedsiębiorcy, z drugiej zaś – stanowią realną gwarancję ochrony konsumentów i zmierzają do egzekwowania prawa konsumenckiego, w tym prawa ochrony konsumenta usług finansowych.

W rzeczywistości pandemicznej znaczenie działań Prezesa UOKiK wzrosło ze względu na rosnąca skalę nadużyć wobec konsumentów (Rutkowska-Tomaszewska i Zwaliński, 2021) oraz

[2] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2021, poz. 275) (dalej: uokik).

[3] W odniesieniu do ograniczenia pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego – w toku prac nad ustawą z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz. U. 2020, poz. 568), jak i wprowadzenia dla konsumentów możliwości zawieszenia wykonywania umowy kredytowej (tzw. „ustawowych wakacji kredytowych") – w toku prac nad ustawą z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. 2020, poz. 1086, ze zm.). Pozyskano z: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16423.

[4] Określone w art. 23b–23c uokik.

[5] Określone w art. 26–28 uokik.

zmianę kanałów sprzedażowych z tradycyjnych, świadczonych w placówkach przedsiębiorców, na kanały cyfrowe, co w okresie pandemii dotyczyło w szczególności rynku usług finansowych[6].

Dla porównania, na podstawie analizy danych zawartych na stronie UOKiK, w badanym okresie (2020–2021) w sprawach antykonsumenckich praktyk rynkowych dotyczących usług finansowych zostały wydane łącznie 62 decyzje, w tym 12 z nich to decyzje w sprawach o uznanie postanowień wzorca umów o usługi finansowe za niedozwolone, natomiast 42 to decyzje w sprawach naruszenia zbiorowych interesów konsumentów (tab. 1).

Tabela 1. Liczba decyzji wydanych w sprawach ochrony konsumentów dotyczących usług finansowych latach 2020–2021[7]

Rok	Liczba decyzji ogółem	Decyzje w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone	Decyzje w sprawach naruszenia zbiorowych interesów konsumentów	Liczba decyzji w sprawie nałożenia kary
2020	43	11	29	3
2021	19	1	13	5

Źródło: opracowanie własne na podstawie analizy decyzji Prezesa UOKiK dostępnych na stronie UOKiK w zakładce Prawo/Decyzje Prezesa UOKiK https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

Niezależenie od wydanych w tym okresie decyzji, Prezes UOKiK w sprawach tych wszczął także postępowania administracyjne, które się jeszcze nie zakończyły (tab. 2).

Tabela 2. Liczba wszczętych postępowań w sprawach ochrony konsumentów dotyczących usług finansowych latach 2020–2021[8]

Rok	Liczba wszczętych postępowań ogółem	Postępowania wyjaśniające	Postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone	Postępowania w sprawach naruszenia zbiorowych interesów konsumentów	Postępowania w sprawie nałożenia kary
2020	30	25	1	4	0
2021	74	50	0	19	6

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z UOKiK w trybie dostępu do informacji publicznej.

II. Ogólna charakterystyka „zakazanej praktyki rynkowej" polegającej na stosowaniu klauzul abuzywnych we wzorcach umownych oraz decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK w tych sprawach

Do antykonsumenckich zakazanych praktyk rynkowych, w sprawach których właściwy do sprawowania publicznoprawnego nadzoru nad nimi, a w jego ramach wydawania decyzji administracyjnych jest Prezes UOKiK, należy stosowanie niedozwolonych klauzul we wzorcach

[6] Komunikat ZBP w sprawie działań pomocowych podejmowanych przez banki w związku z pandemią koronawirusa COVID-19, Warszawa, 16.03.2020 r. Pozyskano z: https://www.zbp.pl/Aktualnosci/Wydarzenia/Komunikat-ZBP-w-sprawie-dzialan-pomocowych-podejmowanych-przez-banki; Komunikat ZBP nr 2 w sprawie działań pomocowych podejmowanych przez banki w związku z pandemią koronawirusa COVID-19 z 31.03.2020. Pozyskano z: https://zbp.pl/Aktualnosci/Wydarzenia/Komunikat-ZBP-nr-2-ws-dzialan-pomocowych.

[7] Decyzje wydane w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2021 roku.

[8] Postępowania wszczęte przez Prezesa UOKiK w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2021 roku.

umownych (art. 23a uokik). Ten nowy typ zakazanej praktyki konsumenckiej[9] wprowadzono w wyniku nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[10], dodając w niej dział IIIa „Zakaz stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów". Jest to zakazana praktyka rynkowa o charakterze powszechnym, dotyczy bowiem wszelkich stosunków umownych w obrocie konsumenckim w każdym obszarze rynku, w tym także rynku usług finansowych, w którym stosowane są wzorce umowne[11]. Instytucje finansowe wykorzystują w praktyce powszechnie, w ramach swobody umów, możliwość ich tworzenia i stosowania w stosunkach umownych z klientami, a zwłaszcza konsumentami. Wzorce umowne mają istotne znaczenie dla kształtowania treści umów o usługi finansowe, znacznie ułatwiając i przyspieszając proces ich zawierania, a także ograniczając związane z tym koszty. Ponieważ ich autorami są sami przedsiębiorcy korzystający z danej przez przepisy możliwości, istnieje poważne zagrożenie narzucania krzywdzących drugą stronę postanowień umownych (klauzule abuzywne lub nieuczciwe warunki umowne). Wprawdzie istnienie wzorców umownych nie wyklucza możliwości odmiennego ukształtowania, niż jest to w nich przewidziane, treści łączącego strony stosunku prawnego, jednak jest to praktyka *de facto* dosyć rzadka, co powoduje także, że równowaga formalna nie jest równowagą rzeczywistą, a przewagą kontraktową.

Klauzule niedozwolone (nieuczciwe warunki umowy) „powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta"[12]. Stąd też celem dyrektywy 93/13[13] wprowadzającej mechanizmy ochrony przed narzucaniem niedozwolonych klauzul umownych jest zastąpienie ustanowionej w umowie równowagi formalnej między prawami i obowiązkami stron, równowagą rzeczywistą, pozwalającą na przywrócenie równości tych stron bez konieczności unieważnienia wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki (art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13)[14]. Chodzi o zapewnienie ochrony konsumenta i przywrócenie równowagi pomiędzy stronami poprzez wyłączenie zastosowania warunków uznanych za nieuczciwe, przy jednoczesnym zachowaniu, co do zasady, ważności pozostałych warunków danej umowy[15] i tym samym zastąpienie formalnej równowagi między prawami i obowiązkami stron umowy, jaką ustanawia umowa, równowagą rzeczywistą, pozwalającą na przywrócenie równości między nimi[16].

Istotą dyrektywy 93/13 jest w szczególności ochrona konsumenta w celu przywrócenia równowagi między pozycjami przedsiębiorcy (profesjonalisty) a konsumenta w stosunkach umownych. Ta asymetria (kontraktowa i informacyjna) wynika z gorszej sytuacji konsumenta ze względu

[9] Jednocześnie uchylono art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik, który przewidywał jako rodzaj praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów stosowanie niedozwolonych klauzul umownych wpisanych do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK.

[10] Ustawa z dnia 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1634).

[11] „Wzorce umów" to pojęcie doktrynalne, gdyż przepisy prawa nie formułują ich legalnej definicji. Kodeks cywilny w art. 384 § 1 wskazuje jako przykłady: ogólne warunki umów, wzory umów i regulaminy. Są to wszelkie klauzule przygotowane przez proponenta (w tym instytucję finansową) przed zawarciem umowy. Opracowywane są jednostronnie, w oderwaniu od konkretnego stosunku prawnego, w celu zawierania wielu umów na identycznych warunkach kontraktowych (szerzej na ten temat, zamiast wielu: Rutkowska-Tomaszewska, 2013, s. 157 i n.).

[12] Wyr. TS z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 *Árpád Kásler i Hajnalka Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt*, EU:C:2014:282.

[13] Dyrektywa 93/13/EWG z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. UE L 95, s. 29).

[14] Zob. wyr. TS z 15.03.2012 r. w sprawie C-453/10 *Pereničová i Perenič*, EU:C:2012:144, pkt 31; wyr. TS z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo; wyr. TS z 3.10.2019 r. w sprawie C-260/18 *Dziubak*, ECLI:EU:C:2019:819; wyr. TS z 14.03.2019 r. w sprawie C-118/17 *Dunai*, EU:C:2019:207, pkt 40, 51; wyr. TS z 26.03.2019 r. w sprawie C-70/17 i C-179/17 *Abanca Corporación Bancaria i Bankia*, EU:C:2019:250, pkt 57; wyr. TS z 29.04.2021 r. w sprawie C-19/20 I.W., R.W. v. *Bank BPH S.A.*, ECLI:EU:C:2021:341, pkt 82–83; wyr. TS z 10.06.2021 r. w sprawach połączonych od C-779/19 do C-782/19 VB, WA, XZ, YY, ZX, DY, EX v. *BNP Paribas Personal Finance*, EU:C:2021:470.

[15] Wyr. TS z 7.08.2018 r. w sprawach połączonych C-96/16 i C-94/*17 Banco Santander i Escobedo Cortés*, EU:C:2018:643, pkt 75. Podobnie: wyr. TS z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 *Jőrös*, EU:C:2013:340, pkt 46; wyr. TS z 31.05.2018 r. w sprawie C-483/16 *Sziber*, EU:C:2018:367, pkt 32.

[16] Wyr. TS z 3.10.2019 r. w sprawie C-260/18 *Dziubak*, EU:C:2019:819, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo. Podobnie wyr. TS z 14.03.2019 r. C-118/17 *Dunai*, EU:C:2019:207, pkt 40 i 51; a także wyr. TS z 26.03.2019 r. w sprawach połączonych C-70/17 i C-179/17 *Abanca Corporación Bancaria i Bankia*, EU:C:2019:250, pkt 57.

na zarówno możliwości negocjacyjne, jak i stopień poinformowania (świadomości), co prowadzi konsumenta do zaakceptowania warunków umownych zredagowanych uprzednio przez przedsiębiorcę i braku wpływu na ich treść.

Stosowanie wzorców umownych może również zagrażać uzasadnionym interesom konsumentów przez możliwość narzucania przez przedsiębiorców, będących ich autorami, postanowień niedozwolonych − tzw. klauzul abuzywnych (niekorzystnych, krzywdzących drugą stronę), dlatego na poziomie krajowym konieczna była ochrona przed nieuczciwymi klauzulami umownymi poprzez wprowadzenie mechanizmów zapewniających realizację założonych przez dyrektywę celów. Na rynku usług finansowych jest to także istotny obszar ryzyka braku zgodności, który konieczny jest do uwzględnienia przez instytucję finansową w swoich politykach *compliance. Z*wracają na to coraz większą uwagę organy nadzoru nad rynkiem finansowym i to zarówno w wymiarze makro-, jak i mikroostrożnościowym w rzeczywistości pokryzysowej (Rutkowska-Tomaszewska, 2019; Fedorowicz, 2021; Rutecka-Góra i Rutkowska-Tomaszewska, 2021).

Przepis art. 23a uokik zakazuje stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami klauzul abuzywnych, zdefiniowanych w art. 385^1 k.c.[17]. Są nimi postanowienia jednostronnie narzucone (takie, na które konsument nie miał wpływu, które nie zostały z nim uzgodnione indywidualnie)[18], kształtujące prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco[19] naruszające jego interesy (jakiekolwiek, nie tylko ekonomiczne), przy czym nie określają one głównego świadczenia stron, w tym ceny lub wynagrodzenia, chyba że nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny (transparentny).

Generalna definicja niedozwolonych klauzul umownych (art. 385^1 k.c.) jest uzupełniona listą przykładowych klauzul, które mogą być uznane za abuzywne (art. 385^3 k.c.), przy czym każde z postanowień wskazanych w art. 385^3 k.c. jest równocześnie uznawane za wypełniające przesłanki ogólnej definicji niedozwolonej klauzuli umownej (objęte „domniemaniem" abuzywności), zawartej w art. 385^1 k.c.[20]. Niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta (są bezskuteczne), jednak w pozostałym zakresie strony są związane umową (art. 385^1 § 2 k.c.), a konsument może dochodzić swoich roszczeń związanych z zastosowaniem klauzuli abuzywnej i żądać uznania jej w konkretnym przypadku za niewiążącą (bezskuteczną) z dalszymi konsekwencjami przed sądem powszechnym (sądem cywilnym) w ramach tzw. kontroli incydentalnej (indywidualnej). Niemniej, ze względu na dużą szkodliwość klauzul abuzywnych, ich stosowanie może być uznane przez Prezesa UOKiK (w drodze decyzji) za zakazaną praktykę rynkową w ramach postępowania w sprawie abstrakcyjnej kontroli wzorca umownego i niedozwolonych klauzul umownych.

Tym samym sądowy model abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych[21] zastąpiono modelem administracyjno-sądowym, w ramach którego decyzje o uznaniu postanowień wzorca za

[17] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 2020, poz. 1740, ze zm.) (dalej: k.c.).

[18] W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta (art. 385^1 § 3 k.c.).

[19] Przesłanki uznania klauzul umownych za abuzywne były interpretowane w wielu orzeczeniach sądów (np. wyr. SOKiK: z 17.09.2012 r., XVII AmC 5381/11; z 19.06.2002 r., XVII AmC 34/01; z 21.01.2013 r., XVII AmC 1584/12, a także wyr. SN z 13.07.2005 r., I CK 832/04, Biul. SN 2006, nr 2, s. 86), w których podkreślano, że oznaczają one nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta w stosunku obligacyjnym, które godzą w równowagę kontraktową tego stosunku.

[20] Wyr. SN z 3.02.2006 r., I CK 297/05, Biul. SN 2006, nr 5, s. 12.

[21] Przed 17.04.2016 r., obowiązywał sądowy (sprawowany w pierwszej instancji przez SOKiK) model abstrakcyjnej kontroli postanowień we wzorcach umowy. Prezes UOKiK wpisywał niedozwolone postanowienie do rejestru postanowień wzorca umowy uznanych za niedozwolone, a następnie mógł prowadzić przeciwko przedsiębiorcom, wobec których SOKiK wydał wyrok uznający klauzulę za niedozwoloną, postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i nałożyć na nich karę pieniężną.

niedozwolone wydaje Prezes UOKiK i są one poddane kontroli sądowej (szerzej: Araczewska i Wroński, 2017; Dobaczewska, 2016; Namysłowska i Piszcz, 2016).

Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone[22] i zakazuje jego wykorzystywania. Prawomocna decyzja w tym zakresie ma skutek wobec przedsiębiorcy, w stosunku do którego została ona wydana, a także wobec konsumentów, którzy zawarli z tym przedsiębiorcą umowę na podstawie wzorca umownego, w którym znalazło się abuzywne postanowienie umowne (rozszerzona skuteczność decyzji o uznaniu postanowienia wzorca za niedozwolone − art. 23d uokik). W decyzji Prezes UOKiK nie tylko przytacza treść postanowienia wzorca umowy uznanego za niedozwolone, lecz także może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia tego zakazu, w szczególności zobowiązać przedsiębiorcę do: poinformowania konsumentów będących stronami umów zawartych na podstawie wzorca o uznaniu za niedozwolone postanowienia tego wzorca w sposób określony w decyzji, złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji (art. 23b uokik).

Prezes UOKiK, może także w drodze decyzji nałożyć kary pieniężne za naruszanie zakazu ich stosowania na instytucję finansową (jak i innego przedsiębiorcy) w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok jej nałożenia (art. 106 ust. 1 pkt 3a uokik), jak również na osobę zarządzającą w wysokości do 5 000 000 PLN, jeżeli w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia, umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie tego zakazu (art. 106b ust. 2 uokik).

Choć wprowadzenie administracyjnego modelu abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych doprowadziło do wzmocnienia publicznoprawnej ochrony konsumentów w tym zakresie, to jednak wciąż brakuje ułatwień procesowych dla konsumentów dochodzących indywidualnych roszczeń cywilnoprawnych związanych ze stosowaniem w umowach niedozwolonych klauzul umownych i skutecznym ich eliminowaniu[23].

Analiza dotychczasowych wpisów do rejestru niedozwolonych klauzul umownych, jak i dotychczas wydanych decyzji Prezesa UOKiK pozwala stwierdzić, że najczęściej niedozwolone klauzule umowne w zakresie umów o usługi finansowe dotyczą szeroko rozumianej odpłatności za te usługi, wyłączenia odpowiedzialności czy też uprawnień do jednostronnego kształtowania treści umów i ich zmian w przyszłości (tzw. klauzule modyfikacyjne, dotyczące zmiany wysokości oprocentowania i innego typu wynagrodzeń pobieranych przez instytucje finansowe, w tym klauzule waloryzacyjne w tzw. umowach frankowych (Rutkowska-Tomaszewska, 2020a).

Decyzje Prezesa UOKiK wydawane są bezpośrednio wobec przedsiębiorców i mają na celu przede wszystkim doprowadzenie do zaprzestania naruszeń, a następnie do usunięcia ich skutków. Prezes UOKiK może w nich nałożyć na przedsiębiorcę obowiązek usunięcia trwających skutków stwierdzonych naruszeń[24]. Jest to dodatkowy i dozwolony prawnie środek, którego zastosowanie przez Prezesa UOKiK pozwala na eliminowanie lub niwelowanie negatywnych skutków tych

[22] Dec. wydane przez Prezesa UOKiK są dostępne na stronie: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf (31.03.2022).

[23] Ze względu na to, że przypadki naruszenia przepisów prawa ochrony konsumentów dotykające dużej liczby osób mogą powodować zakłócenia w funkcjonowaniu rynku, na poziomie UE pojawiła się konieczność stworzenia mechanizmu procesowego, umożliwiającego egzekwowanie praw konsumentów jako zbiorowości. W kwietniu 2018 r. Komisja wydała pakiet „Nowy ład dla konsumentów" (*A New Deal for Consumers*), obejmujący projekt dyrektywy w sprawie powództw przedstawicielskich: wniosek – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów i uchylająca dyrektywę 2009/22/WE, COM(2018)184 final. Pozyskano z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=COM:2018:0184:FIN (szerzej: Mucha, 2019, s. 7−19).

[24] Art. 26 ust. 2 uokik – dotyczy postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz art. 23 ust. 2 uokik dotyczy postępowania w sprawie o uznanie wzorca umowy za niedozwolone.

antykonsumenckich praktyk rynkowych wobec konsumentów i polepszenie ich sytuacji „rozciągając na nich" skutki decyzji Prezesa UOKiK wydanych wobec przedsiębiorcy (w analizowanym przypadku instytucji świadczącej usługi finansowe).

W przypadku postępowania w sprawie uznanie postanowień wzorców umowy za niedozwolone, jeżeli przedsiębiorca przed wydaniem decyzji zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia określonego w art. 23a uokik, Prezes UOKiK – w myśl art. 23c uokik – wydając decyzję o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone, może zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań (tzw. decyzja zobowiązująca). Jednakże w decyzji zobowiązującej w postępowaniu o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone nie chodzi o uprawdopodobnienie, ale bezwzględne stwierdzenie abuzywności postanowienia wzorca.

Jeśli w ocenie Prezesa UOKiK, w ważnym interesie konsumentów jest natychmiastowe wykonanie przez przedsiębiorcę obowiązku określonego w decyzji, np. zaniechanie zakwestionowanej w decyzji praktyki, Prezes UOKiK, zgodnie z art. 99d oraz art. 103 uokik, może nadać jej w całości lub w części rygor natychmiastowej wykonalności. Taka okoliczność ma miejsce w przypadku, gdyby do czasu uprawomocnienia się decyzji Prezesa UOKiK sprzeczna z prawem praktyka albo niedozwolone postanowienia zawarte we wzorcach umów obowiązywały nadal, dotykając kolejnych konsumentów, a zaprzestanie stosowania tej praktyki lub postanowień uznanych za niedozwolone miałoby decydujące znaczenie dla zapobieżenia dalszym naruszeniom interesów konsumentów.

III. Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące klauzul *spreadowych* (kursowych) we wzorcach umów o konsumencki kredyt hipoteczny

W zakresie postanowień dotyczących ustalania kursów walut obcych obowiązujących w banku (tzw. klauzul *spreadowych*), znajdujących się we wzorach umów kredytu hipotecznego w latach 2020–2021 Prezes UOKIK wydał 7 decyzji (tab. 3).

Tabela 3. Decyzje wydane przez Prezesa UOKiK w latach 2020–2021 w sprawach stosowania niedozwolonych klauzul *spreadowych* we wzorach umów kredytu hipotecznego i wysokość nałożonych kar

Lp.	Data decyzji	Nr decyzji	Nazwa banku	Wysokość kary
1.	22 września 2020 r.	DOZIK-12/2020	Santander Bank (Bank Zachodni WBK we Wrocławiu)	23 634 055 zł
2.	22 września 2020 r.	DOZIK-13/2020	Bank Millenium w Warszawie	10 464 213 zł
3.	22 września 2020 r.	DOZIK-14/2020	BNP Paribas Bank Polska w Warszawie	26 625 686 zł
4.	16 października 2020 r.	DOZIK-16/2020	Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski w Warszawie	40 741 440 zł
5.	16 października 2020 r.	DOZIK-17/2020	Bank Polska Kasa Opieki w Warszawie	21 088 642 zł
6.	29 grudnia 2020 r.	DOZIK-19/2020	Bank BPH w Gdańsku	478 242 zł
7.	16 grudnia 2021 r.	DOZIK-12/2021	Raiffeisen Bank International AG w Wiedniu – Oddział w Polsce	945 485 zł

Źródło: opracowanie własne na podstawie analizy treści wskazanych decyzji Prezesa UOKiK dostępnych na stronie UOKiK w zakładce Prawo/Decyzje Prezesa UOKiK https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

Odnosiły się one do sposobu ustalania wysokości kursów kupna i sprzedaży walut obcych – stosowanych przez bank w aneksach do umów kredytów hipotecznych. Prezes UOKiK uznał stosowane przez wskazane banki klauzule w tym zakresie za niedozwolone postanowienia umowne i zakazał ich wykorzystywania, a jednocześnie także nałożył kary pieniężne.

W dalszej części klauzule te zostaną omówione w oparciu o decyzję DOZIK-16/2020, przewidziano w niej bowiem najwyższą karę. Zastosowano je we wzorcu umownym, jakim jest Aneks do umów kredytu i pożyczek hipotecznych odnoszących się do walut obcych jako przygotowane z góry przez proponenta (w tym przypadku bank), przed zawarciem umowy, postanowienia kształtujące treść stosunku prawnego wiążącego strony (Rzetecka-Gil, 2011), w sposób jednostronny, które nawiąże lub nawiązał ze swymi kontrahentami[25].

Postanowienia umowne zakwestionowane przez Prezesa UOKiK, regulujące zasady ustalania kursów walut obowiązujące w banku, choć związane z głównymi świadczeniami stron stosunku umownego, odnoszą się jednak do sposobu ustalania ich wysokości[26]. Nie dotyczą usługi odrębnej od umowy kredytu (pożyczki) – umowy kupna lub sprzedaży walut obcych, lecz umów kredytów i pożyczek hipotecznych odnoszących się do walut obcych[27]. Pozwalały one bankowi wpływać na wysokość świadczeń ustalonych w tychże umowach. Kursy walut, po których przeliczane są raty kapitałowo-odsetkowe kredytów, ustalane są każdorazowo w tabeli kursów sporządzanej przez bank, a sposób ich ustalenia był niejasny i dodatkowo zależał od czynników arbitralnie przyjętych przez bank. Tym samym, bank jednostronnie ustalał kryteria oddziałujące na wysokość świadczenia konsumentów[28].

Nie do zaakceptowania jest usprawiedliwianie stosowania niedozwolonych postanowień umownych we wzorcach umów tym, że konsumenci mogą skorzystać z innych rozwiązań przyznanych na mocy obowiązujących regulacji prawnych, w tym spłaty rat kredytu bezpośrednio w walucie kredytu. Fakt ten nie ma znaczenia dla abuzywnego charakteru klauzuli zamieszczonej we wzorcu umownym i abstrakcyjnej jego kontroli dokonywanej przez Prezesa UOKiK[29], dokonywanej w oderwaniu od konkretnych stosunków umownych i okoliczności ich powstania[30].

Jak wskazano w decyzji DOZIK-16/2020, bank określił wprawdzie, że „średni kurs międzybankowy waluty obcej jest obliczany na podstawie kursów kupna i sprzedaży tej waluty, po jakim zawierane są transakcje pomiędzy bankami na rynku międzybankowym a aktualne takie kursy są dostępne w serwisie Reuters", niemniej, „definiując" kurs międzybankowy, odwołuje się do nieokreślonego pojęcia „rynku międzybankowego", na którym zawierane są transakcje walutowe oraz niesprecyzowanego sformułowania „serwis Reuters". Nie było jakiejkolwiek informacji na temat tego, gdzie konsument może znaleźć ten serwis, a tym samym – w którym miejscu opublikowane są kursy walut obcych stanowiące źródło ustalania kursów walut w banku). Rodzi to uzasadnione ryzyko, że kursy walut są ustalane przez bank w arbitralny i nieprzewidywalny dla konsumentów sposób. W ocenie Prezesa UOKiK, ustalając kursy walut obcych, po których przeliczane są raty kapitałowo-odsetkowe kredytu, bank musi opierać się na obiektywnych, dostępnych i możliwych

[25] Dec. nr DOZIK-13/2020, s. 13; dec. nr DOZIK-14/2020, s. 20.

[26] Dec. nr DOZIK-16/2020, s. 15; dec. nr DOZIK-13/2020, s. 15; dec. nr DOZIK-14/2020, s. 17.

[27] Dec. nr DOZIK-16/2020, s. 15.

[28] Ibidem, s. 16.

[29] Dec. nr DOZIK-13/2020, s. 17.

[30] Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 20.11.2015 r., III CZP 17/15, OSNC 2016/4/40.

do zweryfikowania przez konsumenta danych[31]. Poza tym, bank przewidział także, że „w każdym dniu roboczym sporządza Tabelę kursów, zawierającą obowiązujące kursy sprzedaży i kupna walut, która jest udostępniana klientom m.in. w oddziałach oraz na stronie internetowej pod adresem http://www.pkobp.pl. Do przygotowania Tabeli kursów wykorzystywane są kursy międzybankowe z chwili sporządzania Tabeli kursów", ale postanowienia zawarte we wzorcu Aneksu nie precyzują, w którym dokładnie momencie (tj. o której konkretnie godzinie), jest ona sporządzana ani też kiedy jest publikowana. W konsekwencji konsumenci nie otrzymują jasnej i jednoznacznej informacji na temat tego, o której godzinie Tabela będzie sporządzana i publikowana, co uniemożliwia im ustalenie, w oparciu o które dane zostaną dokonane przeliczenia rat kapitałowo-odsetkowych[32].

W analizowanej decyzji uznano za abuzywne postanowienia dotyczące marży banku przy ustalaniu kursów walut o treści: „marża kupna i sprzedaży ustalana jest w oparciu o poziom i zmienność kursów walut na rynku międzybankowym, płynność rynku wymiany poszczególnych walut, koszty finansowe pozyskania walut przez Bank oraz konkurencyjność kursów walut oferowanych Klientom". Użyte w tym wzorcu (Aneksie) postanowienia umowne zawierają sformułowania, jak: „poziom i zmienność kursów walut na rynku międzybankowym", „płynność rynku wymiany poszczególnych walut", „koszty finansowe pozyskania walut przez Bank" oraz „konkurencyjność kursów walut oferowanych Klientom", które są określeniami niejasnymi, nieprecyzyjnymi i niemożliwymi do zweryfikowania przez konsumentów. Brak jest także jakichkolwiek definicji tychże pojęć. Tym samym, z treści analizowanego postanowienia wynika, że marża banku jest wyznaczana w sposób dowolny i arbitralny oraz w oparciu o niemożliwe do identyfikacji kryteria[33]. Jest to szerszy problem prawidłowo skonstruowanej klauzuli modyfikacyjnej i wskazania jasnych kryteriów zmiany, o charakterze obiektywnym i możliwym do weryfikacji przez konsumenta. Za klauzule abuzywne zostały uznane także postanowienia odnoszące się do zawieszenia zasad dotyczących ustalania *spreadu* o następującej treści: „w przypadku, gdyby w wyniku zaistnienia na rynku walutowym nadzwyczajnych okoliczności, na które bank nie miał wpływu i którym nie mógł zapobiec, stosowanie niniejszych zasad ustalania *spreadu* walutowego okazało się niemożliwe, bank poinformuje klientów o zawieszeniu obowiązywania powyższych zasad w całości lub określonej części, określając przyczyny zawieszenia i przewidywany czas jego trwania oraz sposób rozliczenia wypłat i spłat kredytów walutowych w okresie zawieszenia. Sposób ten zostanie ustalony przy uwzględnieniu słusznych interesów stron umowy, jak również zbiorowych interesów konsumentów korzystających z usług banku. Bezpośrednio po ustaniu przyczyny zawieszenia, stosowanie zasad zostanie wznowione, o czym Bank poinformuje klientów"[34].

Wszystkie wskazane klauzule słusznie zostały uznane przez Prezesa UOKiK za abuzywne, gdyż dawały możliwość takiego ukształtowania konsumenckiego stosunku prawnego, który prowadzi do dowolnego kształtowania przez bank kursów walut służących do ustalenia kwoty raty kredytu oraz uzyskania przez bank dodatkowego wynagrodzenia w wysokości, której ani w chwili zawierania umowy, ani w momencie spłaty poszczególnych rat kredytu konsument nie jest w stanie w żaden sposób oszacować[35].

[31] Dec. nr DOZIK-16/2020, s. 20; por. dec. nr DOZIK-13/2020, s. 20; por. dec. nr DOZIK-14/2020, s. 22.

[32] Dec. nr DOZIK-16/2020, s. 21; dec. nr DOZIK-13/2020, s. 21.

[33] Dec. nr DOZIK-16/2020, s. 21; dec. nr DOZIK-14/2020, s. 23.

[34] Dec. nr DOZIK-16/2020, s. 23; por. dec. nr DOZIK-14/2020, s. 23–24.

[35] Dec. nr DOZIK-16/2020, s. 23.

Warto także nadmienić, że w analizowanym przypadku, Prezes UOKiK w decyzji określił także środki usunięcia skutków poprzez poinformowanie wszystkich konsumentów będących stronami aneksów do umów zawartych na podstawie wzorca umowy, którego postanowienia zostały uznane za niedozwolone, o uznaniu ich za niedozwolone i skutkach z tego wynikających, w terminie nie później niż 3 (trzech) miesięcy od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji oraz złożenie oświadczenia o treści wskazanej w decyzji w terminie nie później niż 1 (jednego) miesiąca od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, utrzymywanego na stronie internetowej przez okres 4 (czterech) miesięcy.

IV. Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące klauzul modyfikacyjnych we wzorcach umów o usługi finansowe

W badanym okresie Prezes UOKiK wydał dwie decyzje dotyczące stosowania klauzul abuzywnych w postaci klauzul modyfikacyjnych, które były zawarte w regulaminach kredytu konsumenckiego, rachunku bankowego (rachunku rozliczeniowo-oszczędnościowego), kart debetowych i kart kredytowych (tab. 4). Są to postanowienia, które uprawniały do zmiany tych regulaminów w trakcie trwania umowy, a najczęściej dotyczyły odpłatności za świadczone usługi i zmiany wysokości (zmiany opłat i prowizji).

Tabela 4. Decyzje wydane przez Prezesa UOKiK w latach 2020–2021 w sprawach stosowania niedozwolonych klauzul modyfikacyjnych

Lp.	Data decyzji	Nr decyzji	Nazwa banku	Wysokość kary
1.	10 lipca 2020 r.	RLU-1/2020	Idea Bank S.A. z siedzibą w Warszawie	brak kary
2.	23 października 2020 r.	RLU-2/2020	Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie	brak kary

Źródło: opracowanie własne na podstawie analizy treści wskazanych decyzji Prezesa UOKiK dostępnych na stronie UOKiK w zakładce Prawo/Decyzje Prezesa UOKiK https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf

W przypadku obu decyzji Prezes UOKiK uznał postanowienia określone w pkt I sentencji decyzji RLU-1/2020 i RLU-2/2020 za niedozwolone postanowienia umowne i jednocześnie, na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (obecnie: t.j. Dz. U. 2021, poz. 735) w związku z art. 83 uokik, umorzył postępowanie w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone w zakresie postanowień określonych w pkt III sentencji decyzji RLU-2/2020[36].

Analizowane postanowienia umowne uznane za niedozwolone nie dotyczyły głównych świadczeń stron umowy, a jedynie opisywały przesłanki (przyczyny) umożliwiające zmianę warunków umownych, w tym opłat i prowizji. Postanowienia określające zasady zmian różnych warunków umownych (klauzule modyfikacyjne), choć związane z głównymi świadczeniami stron, odnoszą się jedynie do tego, w jakich warunkach bank może zmienić przedmiotowe warunki[37]. Zostały one za-

[36] „e) udostępnienie Klientom nowych usług, o charakterze opcjonalnym, z zastrzeżeniem, że ta zmiana polegać będzie na ustanowieniu nowych opłat lub prowizji, dotyczących nowo udostępnianych usług. 9. Zmiany TOiP będą następowały nie później niż w terminie 6 miesięcy od wystąpienia czynników, o których mowa w ust. 5".

[37] Dec. nr RLU-1/2020, s. 19; dec. nr RLU-2/2020, s. 26.

mieszczone w różnego rodzaju regulaminach, a także innych wzorcach umownych przygotowanych przez bank (Tabele opłat i prowizji)[38].

Dotyczyły one zarówno umów zawieranych na czas oznaczony, jak i nieoznaczony, przy czym warto podkreślić na wstępie tych rozważań, że w ocenie Prezesa UOKiK umowy zawierane na czas oznaczony co do zasady nie powinny podlegać jednostronnym modyfikacjom, niezmienne powinny być elementy dotyczące istotnych (popytowo) elementów umowy, czyli takich elementów umowy, które stanowiły lub mogły stanowić przyczynę lub podstawę, dla których konsument zawarł ww. umowę, a których zmiana mogła powodować, że konsumenci nie byliby zainteresowani zawarciem umowy na takich warunkach[39]. Analizowane wzorce umów odnoszące się do umów zawieranych na czas oznaczony o charakterze kredytowym powinny cechować się trwałością i niezmiennością, a ewentualne zmiany warunków umowy powinny mieć charakter uzasadniony, tj. być akceptowalne w świetle dobrych obyczajów, a sama możliwość ich wprowadzenia powinna być szczegółowo regulowana w samym kontrakcie. Postanowienia zawarte w analizowanych przez Prezesa UOKiK wzorcach umownych nie spełniały wskazanych cech, gdyż z jednej strony pozwalały na zmianę lub wprowadzenie również tych elementów umowy zawartej na czas oznaczony, które mają charakter istotny, np. sposób spłaty rat, formy zabezpieczenia kredytu (chociażby do tej pory umowa takiego warunku nie przewidywała), z drugiej zaś – przesłanki wprowadzenia zmian (w zakresie w jakim dotyczyłoby to elementów nieistotnych) były na tyle ogólne (blankietowe), że w praktyce uprawniały bank do nieograniczone możliwości zmiany sposobu wykonania umowy zawartej na czas oznaczony o charakterze kredytowym[40], dlatego też zostały uznane za niedozwolone.

Problem niedozwolonych klauzul modyfikacyjnych, szczególnie w bankowym obrocie konsumenckim, najczęściej dotyczy postanowień umownych zastrzegających zmiany odpłatności za oferowaną usługę (opłat i prowizji). Są to zazwyczaj klauzule, które albo zastrzegały w ogóle dopuszczalność dokonywania zmian opłat i prowizji, a także oprocentowania, albo wskazywały dostatecznie nieskonkretyzowane i zbyt ogólnie ujęte przesłanki ich dokonywania, które nie pozwalały konsumentom na stwierdzenie i skontrolowanie czy okoliczności te obiektywnie miały miejsce i są powodem do dokonania zmiany w ogóle (dopuszczalność dokonania zmiany) i dodatkowo o określoną konkretnie wartość (kierunek zmiany) (szerzej: Rutkowska, 2002; Rutkowska-Tomaszewska, 2013; Rutecka-Góra i Rutkowska-Tomaszewska, 2021).

Prawidłowo skonstruowana klauzula modyfikacyjna[41] nie może uprawniać do zmian naruszających istotę umowy i mieć charakter blankietowy (ogólny). Musi konkretnie wskazywać sytuacje, których zaistnienie uprawnia do zmiany stosunku prawnego w przyszłości.

O abuzywności analizowanych postanowień świadczy ich niejednoznaczność i to bez względu na okoliczność, iż dotyczy to możliwości zmiany istotnych czy też nieistotnych elementów stosunku umownego. Kwestionowane postanowienia charakteryzują się dużą ogólnością, a zawarte w nich przesłanki dokonania zmian mają często szeroki, niemożliwy do zweryfikowania przez

[38] Dec. nr RLU-1/2020, s. 20; dec. nr RLU-2/2020, s. 26–27.

[39] Dec. nr RLU-1-2020, s. 25; dec. nr RLU-2/2020, s. 30.

[40] Dec. nr RLU-1/2020, s. 27; por. dec. nr RLU-2/2020, s. 31.

[41] Na temat klauzul modyfikacyjnych zob. wyr. SA w Warszawie z 6.08.2010 r. (VI A Ca 88/10); wyr. SA w Warszawie z 27.10.2010 r. (VI a Ca 775/10); wyr. SA w Warszawie z 21.10.2011 r. (VI ACa 420/2011); wyr. SN z 4.11.2011 r. (I CSK 46/11); postanowienie SN z 21.12.2011 r. (I CSK 310/11); także orzeczenia SN wydane w poprzednim stanie prawnym: z 6.03.1992 r., OSN 1992, poz. 90; z 19.05.1992 r., OSN 1993, poz. 119; z 3.07.1991 r., OSN 1992, poz. 41.

konsumentów zakres i dokonania kontroli *ex post.* W oparciu o takie klauzule modyfikacyjne bank może w zasadzie w nieograniczony sposób dokonywać zmian warunków umowy, czego konsumenci nie mogli przewidzieć w momencie zawierania kontraktu. Zmiany te mogą dotyczyć m.in. spłaty kredytu, zasad wypowiedzenia umowy, kwestii związanych z doręczaniem korespondencji, składania i rozpatrywania reklamacji, zasad użytkowania karty kredytowej, zasad zabezpieczenia spłaty kredytu etc.[42].

W przypadku zawierania umowy na czas oznaczony, obie jej strony powinny wykonywać ją zgodnie z jej warunkami, w sposób – co do zasady – niezmienny przez okres, na jaki umowa została zawarta. Podstawową przesłanką zawierania umów na czas oznaczony jest ich niezmienność. Zawieranie umów co określony czas pozwala przedsiębiorcy zweryfikować warunki tych umów w odniesieniu do realiów rynkowych ich zawierania i wprowadzić ewentualną zmianę przy następnych umowach[43].

W przypadku przesłanek przewidujących zmianę regulaminu na skutek orzeczeń sądu powszechnego oraz sądów administracyjnych należy wskazać, że każda z nich umożliwia bankowi dowolną modyfikację warunków umowy. Są one zredagowane w taki sposób, że do jednostronnego wprowadzenia przez bank bliżej nieokreślonych zmian wystarczy tylko, aby wystąpiła określona okoliczność wymieniona w powyżej wskazanych przesłankach. Bank nie wyjaśnia jakie zmiany mogą zostać wprowadzone i czy pojawienie się aktów instytucji sądowych i administracyjnych UE ma dotyczyć bezpośrednio banku czy też innych podmiotów, a to również pozwoli bankowi na zmianę regulaminu[44].

W odniesieniu do wskazanych w analizowanych wzorcach przesłanek stanowiących podstawę do modyfikacji umowy w postaci: rezygnacji z niektórych funkcji lub usług lub zmianę istniejących funkcji lub usług, z uwagi na niemożność świadczenia lub udostępniania usługi, spowodowaną jej wycofaniem lub ustaniem umowy banku z podmiotem, z którego usług bank korzystał – zdaniem Prezesa UOKiK – umożliwia ona przedsiębiorcy zbyt dużą dowolność przy dokonywaniu modyfikacji warunków umowy[45]. Nie jest wystarczającą gwarancją dla konsumentów (a *de facto* jest to fikcją), iż bank – w momencie zmiany warunków umowy – przyznaje im prawo do odmowy przyjęcia zmian i wypowiedzenia umowy lub złożenia sprzeciwu (który przyniesie podobny efekt – czyli zakończenie trwania stosunku umownego)[46]. Analizowane klauzule modyfikacyjne w sposób rażący naruszają interesy konsumentów, gdyż regulują warunki umowne w sposób znacząco odbiegający także od regulacji ustawowych zawartych m.in. w ustawie o kredycie konsumenckim oraz w ustawie – Prawo bankowe. Żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie zezwala bankowi na dokonywanie jednostronnych zmian warunków tego typu umów o usługi finansowe zawartych na czas oznaczony. Jeżeli przedsiębiorca decyduje się na umowne uregulowanie ww. kwestii i przyznaje sobie uprawnienie do jednostronnego decydowania o zmianach w wykonywanych umowach, to powinien we wzorcu umowy wskazać przesłanki umożliwiające mu takie działanie w sposób transparentny i z poszanowaniem uprawnień słabszej strony stosunku obligacyjnego, z wyłączeniem możliwości wprowadzenia zmian istotnych elementów umowy. W wyniku

[42] Ibidem, s. 29.

[43] Dec. nr RLU-2/2020, s. 32.

[44] Dec. nr RLU-1/2020, s. 32.

[45] Ibidem, s. 35.

[46] Dec. nr RLU-2/2020, s. 33.

stosowania w praktyce takich postanowień bank ma bardzo dużą swobodę w kształtowaniu sposobu wykonywania umów, w tym może w sposób jednostronny i praktycznie nieograniczony zmieniać warunki umowne, które mogą mieć negatywny wpływ na interesy ekonomiczne (np. w postaci obciążenia konsumenta dodatkowymi opłatami) oraz pozaekonomiczne (np. zmiany warunków umowy wpływające na sposób regulowania należności, ocenę zdolności kredytowej w trakcie jej wykonywania).

Dodatkowo, klauzule modyfikacyjne zostały także zamieszczone we wzorcach umów o usługi bankowe zawieranych na czas nieoznaczony, w szczególności w umowach bankowego rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego. Jednostronna zmiana tego rodzaju umów jest zasadniczo możliwa, o ile we wzorcu umowy znajduje się jednoznaczna i precyzyjna klauzula modyfikacyjna uprawniająca do zmiany w przyszłości. W opinii Prezesa UOKiK, w analizowanym przypadku katalog przesłanek umożliwiających zmianę warunków umowy opisany jest w sposób zbyt ogólny i brakuje powiązania mogących wystąpić okoliczności faktycznych z zakresem wprowadzanych przez bank zmian warunków umowy[47]. Przy analizie poszczególnych przesłanek klauzul modyfikacyjnych, Prezes UOKiK podnosił w szczególności takie kwestie, jak[48]: blankietowości i niejednoznaczności przesłanek, braku określenia kierunków i zakresu zmian regulaminu w związku z występującymi w przesłance okolicznościami/przesłankami (np. zmiany nie muszą odpowiadać zakresowi występujących przesłanek), nieograniczony i niedookreślony zakres wprowadzania zmian (np. nie każda zmiana stanu prawnego upoważnia do zmiany regulaminu, tak samo jak orzeczenia sądowe czy akty wydawane przez organy administracji publicznej). Poza tym warunki umowne umów zawieranych na czas nieoznaczony powinny gwarantować konsumentom, że nieprzyjęcie oferty jednostronnej zmiany warunków umowy (zawieranej na czas nieoznaczony) nie będzie negatywnie wpływało na wykonywanie połączonej z nią umowy zawartej na czas oznaczony (umowy o limit kredyt)[49].

Najczęstszym obszarem kształtowania klauzul modyfikacyjnych są zmiany – w trakcie trwania umowy – wysokości opłat i prowizji w umowach zawieranych na czas oznaczony. Zasadniczo ich treść nie powinna ulegać zmianie (w wyniku dokonania jednostronnej zmiany warunków umowy przez przedsiębiorcę) w zakresie istotnych popytowo elementów umowy. Analizowane postanowienia umowne nie przewidują takiego obostrzenia i bank mógł w sposób dowolny zmieniać wysokość opłat i prowizji (w tym dodawać nowego typu opłaty) w trakcie wykonywania kontraktu i już tylko z tego powodu analizowane postanowienia należy uznać w całości za abuzywne[50]. Zdaniem Prezesa UOKiK przedsiębiorca powinien dokonać kalkulacji swojej oferty, a następnie wykonywać umowę o takiej treści, jak została przez strony zaakceptowana. Zmiana umowy powinna mieć charakter szczególny, wynikający z wystąpienia ekstraordynaryjnych okoliczności, a zmiana czynników ekonomicznych powinna mieć charakter istotny, aby możliwość zmiany warunków umowy przez silniejszą stronę stosunku obligacyjnego była uzasadniona[51]. W analizowanym przypadku brakowało pełnych i wyczerpujących informacji, które wskazywałyby konsumentowi w jakich okolicznościach oraz w jaki sposób może dojść do zmiany TOiP (Tabeli opłat i prowizji, która jest

[47] Ibidem, s. 41.

[48] Dec. nr RLU-1/2020, s. 39.

[49] Ibidem, s. 41.

[50] Ibidem, s. 43.

[51] Dec. nr RLU-2/2020, s. 60.

także wzorcem umownym), a także jaka jest maksymalna kwota podwyżki czy kierunek zmian TOiP. Postanowienia, które nie precyzują tych okoliczności wprowadzanych zmian (czasu ich wprowadzenia, kierunku, częstotliwości itd.) w jeszcze większym stopniu pozwalają zatem bankowi na arbitralność i praktycznie nieograniczoną możliwość zmiany warunków wykonywanego kontraktu, co stanowi niedozwoloną klauzulę umowną[52].

Podobnie sytuacja kształtuje się w odniesieniu do przesłanki dotyczącej zmiany regulaminów w przypadku wydania aktów administracyjnych przez publiczne organy regulacyjne lub organ administracji publicznej (Ad 4 pkt b oraz Ad 5 pkt b sentencji decyzji RLU-1/2020) czy przewidujących zmianę TOiP na skutek orzeczeń sądu powszechnego oraz sądów administracyjnych, pojawienia się aktów wydanych przez instytucje sądowe i administracyjne UE czy rozstrzygnięć arbitra bankowego (w Ad 4 pkt c oraz Ad 5 pkt c tej decyzji). Także tutaj bank nie wskazuje czy zmiany dokonane przez Bank w TOiP będą odpowiadały kierunkom tych zmian, proporcjonalnością zmian, co przy umowach zawieranych na czas oznaczony z możliwym generowaniem zadłużenia po stronie klientów banku powinno mieć miejsce[53].

Podobne zastrzeżenia Prezesa UOKiK budziły klauzule modyfikacyjne, które określały sposób świadczenia usług bankowych w umowach rachunku bankowego, rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego (w tym walutowego), karty debetowej, zawieranych na czas nieoznaczony, w których katalog przesłanek umożliwiających zmianę warunków umowy (wskazanych w pkt 6 a), d), f), g), h) oraz pkt 7 a), c), e), f) sentencji decyzji) opisany jest w sposób zbyt ogólny i brakuje powiązania mogących wystąpić okoliczności faktycznych z zakresem wprowadzanych przez bank zmian warunków umowy. Dotyczyły one w szczególności: blankietowości i niejednoznaczności przesłanek, braku określenia kierunków i zakresu zmian regulaminu w związku z występującymi w przesłance okolicznościami/przesłankami (np. zmiany nie muszą odpowiadać zakresowi występujących przesłanek), nieograniczonego i niedookreślonego zakresu wprowadzania zmian (np. nie każda zmiana stanu prawnego upoważnia do zmiany regulaminu, tak samo jak orzeczenia sądowe czy akty wydawane przez organy administracji publicznej), możliwości zmiany postanowień abuzywnych (np. w oparciu o wyroki sądowe czy doprecyzowanie regulaminu)[54].

W analizowanej decyzji (RLU-1/2020) Prezes UOKiK wskazał także środki usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych w postaci: poinformowania listownie – w terminie nie później niż 1 (jednego) miesiąca od dnia uprawomocnienia się tej decyzji – wszystkich konsumentów, którzy od dnia 17 kwietnia 2016 r. zawarli umowy z Idea Bank S.A. z siedzibą w Warszawie w oparciu o wzorce umów zawierające postanowienia uznane za niedozwolone oraz o skutkach z tego wynikających, w formie pisma zawierającego informację o wydaniu niniejszej decyzji przez Prezesa UOKiK wraz z informacją, której treść była także zamieszczona w decyzji[55] (czcionką pogrubioną), że decyzja ta dotyczy klauzul modyfikacyjnych oraz jest prawomocna. Dodatkowo także organ nałożył obowiązek opublikowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji, na koszt Idea Bank S.A., na jego stronie internetowej, która na dzień wydania niniejszej

[52] Ibidem, s. 61.

[53] Dec. nr RLU-1/2020, s. 45–46.

[54] Ibidem, s. 53.

[55] Ibidem, s. 10.

decyzji mieści się pod adresem www.ideabank.pl oświadczenia o treści określonej w decyzji[56], które ma być dostępne i utrzymane na tej stronie przez okres 6 miesięcy od dnia uprawomocnienia się decyzji. Spełnia to funkcję edukacyjną, prewencyjną i wychowawczą[57], zniechęcając do podobnego rodzaju praktyk i zwiększając wiedzę konsumentów o przepisach chroniących ich prawa i krytycyzm względem działań modyfikujących treść stosunku prawnego dokonywanych przez przedsiębiorców.

V. Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące klauzul w zakresie odpłatności za usługi finansowe (klauzule kosztowe)

W badanym okresie Prezes UOKiK wydał także dwie decyzje dotyczące stosowania tzw. kosztowych klauzul abuzywnych, które były zawarte we wzorcach umownych dotyczących umów typu kredytowego (umowy kredytu hipotecznego oraz umowy pożyczki) (tab. 5). Są to postanowienia dotyczące wysokości (mechanizmu) opłat pobieranych za zaświadczenia dotyczące kredytów hipotecznych oraz kary umownej z tytułu nieodesłania podpisanej umowy pożyczki.

Tabela 5. Decyzje wydane przez Prezesa UOKiK w latach 2020–2021 w sprawach stosowania niedozwolonych klauzul w zakresie odpłatności za usługi finansowe (klauzule kosztowe)

Lp.	Data decyzji	Nr decyzji	Instytucja finansowa	Wysokość kary
1.	3 sierpnia 2020 r.	DOZIK-9/2020	Deutsche Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie	4 913 850 zł
2.	23 grudnia 2020 r.	RPZ-10/2020	Partners of Securities Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu	30 000 zł

Źródło: opracowanie własne na podstawie analizy treści wskazanych decyzji Prezesa UOKiK dostępnych na stronie UOKiK w zakładce Prawo/Decyzje Prezesa UOKiK https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf

W decyzji DOZIK-9/2020, wydanej wobec Deutsche Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie[58], uznano za niedozwolone klauzule związane z pobieraniem opłat za czynności dotyczące sporządzania kopii dokumentacji/zaświadczeń, w tym historii spłat kredytu lub rat na rachunek kredytu – stosowanych przez bank w aneksach do umów kredytów hipotecznych odnoszących się walut obcych za niedozwolone postanowienia umowne. Prezes UOKiK uznał te opłaty za wygórowane i naruszające interesy konsumentów, równowagę kontraktową i dobre obyczaje. Postanowienia te dotyczyły zasad ustalania wysokości zastrzeżonej przez bank na swoją rzecz opłaty za wydanie na wniosek klientów zaświadczeń/oświadczeń dotyczących kredytu, jak również historii spłaty kredytu i przyznawały bankowi uprawnienie do kształtowania ich wysokości w oparciu o przyjęty przez niego mechanizm jej ustalania, prowadzący w konsekwencji do jej multiplikacji. Bank uzależniał bowiem wysokość tej opłaty od okresu, jakiego zaświadczenie/oświadczenie czy historia spłaty ma dotyczyć, co oznaczało, że jej wysokość rosła wraz z każdym kolejnym rokiem bądź z każdym kolejnym rozpoczętym 12-miesięcznym okresem. W przypadku umów kredytów/pożyczek, w których okres ich obowiązywania jest wieloletni (w odniesieniu do umów kredytów/

[56] Ibidem.

[57] Ibidem, s. 57.

[58] Ibidem.

pożyczek hipotecznych – liczący nawet kilkadziesiąt lat), opłaty obliczane w taki sposób mogą generować po stronie konsumenta bardzo duże obciążenie finansowe[59].

W opisywanej sytuacji bank, z jednej strony, we wzorcu umów przyznał konsumentom uprawnienie do otrzymywania stosownych zaświadczeń i oświadczeń, w tym dotyczących historii spłaty kredytu/pożyczki, z drugiej – ukształtował takie zasady kalkulacji opłaty z tego tytułu, które istotnie ograniczały, a wręcz utrudniały konsumentom skorzystanie z tego uprawnienia ze względu na ich nadmierną wysokość nieznajdującą żadnego uzasadnienia chociażby w ponoszonych przez bank nakładach[60]. Cześć konsumentów bowiem mogła rezygnować ostatecznie z występowania o wydanie przez bank wnioskowanego przez nich zaświadczenia/historii spłaty kredytu po uzyskaniu od banku informacji o wysokości należnej z tego tytułu opłaty[61]. Standardem na rynku bankowym było (i jest nadal) wydawanie przez banki wystandaryzowanych w swojej zawartości treściowej zaświadczeń dla klientów, z uwagi na swoją masowość procedowanych przy tym w sposób z zasady zautomatyzowany, za które z reguły pobierana była przez banki opłata w stałej wysokości[62]. Tymczasem przyjęte przez bank rozwiązanie w odniesieniu do procesu wystawiania wnioskowanych przez kredytobiorców oświadczeń/zaświadczeń/historii spłaty kredytu (z manualnym procesem gromadzenia i zestawiania niezbędnych w tym celu informacji i danych oraz manualnym procesem ich pobierania i rejestrowania, czasochłonnym i angażującym liczne grono pracowników banku w różnych zespołach, a przez to generującym po jego stronie znaczne koszty (rosnące wraz z wydłużaniem się okresu, za który wystawiane było zaświadczenie)), przerzucane następnie w postaci stosownej opłaty na kredytobiorcę, prowadziło w istocie do rozkładu obciążeń i kosztów pomiędzy bankiem i konsumentem niezgodnego z regułami etycznymi uczciwego i lojalnego postępowania w obrocie[63]. Rażące naruszenie dotyczyło przede wszystkim interesów ekonomicznych konsumentów, gdyż kwestionowane postanowienia umowne przyznawały bankowi uprawnienie do kształtowania opłaty za wydanie zaświadczeń/oświadczeń czy historię spłaty kredytu/pożyczki – poprzez przyjęty przez bank mechanizm jej ustalania – na bardzo wysokim poziomie (kwotach rzędu 1100 zł, 1250 zł, 1400 zł, a nawet 1950 zł[64]). Brak informacji zawartych w wystawianym przez bank za wysoką opłatą[65] zaświadczeniu może skutecznie uniemożliwić kredytobiorcom pełną i racjonalną ocenę zasadności wdania się w spór sądowy, a przez to konsument znajduje się niejako w sytuacji faktycznego przymusu ubiegania się o nie.

Prezes UOKiK zastosował w analizowanej decyzji (DOZIK-9/2020) środki usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych w postaci: poinformowania listem poleconym wszystkich konsumentów będących stronami umów, których integralną częścią są wzorce, których postanowienia zostały uznane za niedozwolone i którzy wystąpili o wydanie zaświadczenia/oświadczenia/historii spłat (postanowienia wskazane w pkt I.A–I.E decyzji) i uiścili na rzecz Deutsche Bank Polska Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie taką opłatę, o uznaniu ich za niedozwolone i skutkach

[59] Ibidem, s. 19.

[60] Ibidem.

[61] Ibidem.

[62] Ibidem.

[63] Ibidem.

[64] Ibidem, s. 22.

[65] Odbiegająca od powszechnie stosowanych na rynku bankowym, co także wskazuje na brak uzasadnienia dla poziomu ponoszonych przez bank w tym zakresie kosztów, skoro inne banki za taką samą czynność pobierają nawet kilkakrotnie niższe opłaty.

z tego wynikających, w terminie nie później niż 3 (trzech) miesięcy od dnia uprawomocnienia się decyzji[66]. Jednocześnie także zobowiązał do zamieszczenia komunikatu na stronie internetowej przedsiębiorcy o uznaniu klauzul za abuzywne i skutkach stwierdzenia abuzywności w terminie nie później niż 1 (jednego) miesiąca od dnia uprawomocnienia się decyzji, utrzymywanego na stronie internetowej banku[67].

Innego typu niedozwolona klauzula kosztowa została stwierdzona przez Prezesa UOKiK w decyzji RPZ-10/2020 wydanej wobec Partners of Securities Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu[68]. Dotyczyła ona postanowienia wzorca umowy o świadczenie usług poręczenia, które ustalało karę umowną za nieodesłanie przez pożyczkobiorcę umowy opatrzonej podpisem elektronicznym bądź podpisem własnoręcznym, najpóźniej do dnia wymagalności pożyczki. Poręczyciel uprawniony był do naliczenia pożyczkobiorcy opłaty za niewykonanie zobowiązania w wysokości 18 zł za każdy dzień opóźnienia w nieodesłaniu umowy, a całkowita wysokość opłaty – nie mogła przekroczyć kwoty 390 zł, a gdy kwota kapitału udzielonej pożyczki była niższa od niej, opłata nie mogła przekroczyć kwoty kapitału[69].

Klauzula ta zawarta była we wzorcu umowy o świadczenie usługi poręczenia przez spółkę i przyznawała jej prawo do obciążenia konsumenta opłatą za nieodesłanie umowy o świadczenie usługi poręczenia opatrzonej podpisem elektronicznym bądź podpisem własnoręcznym, naruszając dobre obyczaje i zasady rzetelnego traktowania kontrahentów[70]. Konsument mógł być obciążony opłatą, pomimo zawarcia ze spółką umowy na odległość, tj. poprzez serwis internetowy. Umowa o świadczenie usługi poręczenia była zawierana przez konsumenta w ramach procedury uzyskania pożyczki, po jej zaakceptowaniu przez pożyczkobiorcę za pośrednictwem Kanałów Elektronicznej Komunikacji internetowego serwisu finansowego z chwilą zawarcia przez pożyczkobiorcę umowy pożyczki z danym pożyczkodawcą. Skoro strony zawarły skutecznie umowę przez Internet, to obciążenie konsumenta opłatą za nieodesłanie umowy opatrzonej podpisem oznacza przyznanie sobie przez spółkę uprawnienia do uzyskania od konsumenta świadczenia pieniężnego, które nie ma związku z trybem zawarcia ww. umowy i wynikającymi z niej prawami i obowiązkami stron. Opłata za nieodesłanie umowy może zatem być uznana za obciążenie finansowe niezwiązane z naturą i charakterem zobowiązania konsumenta wynikającego z zawartej umowy o świadczenie usługi poręczenia[71]. Spółka może bowiem obciążyć konsumenta opłatą na wstępnym etapie wykonania umowy, kiedy nie ma jeszcze żadnej wiedzy co do tego czy konsument spłaci bądź nie pożyczkę w terminie, czy zostanie uruchomione bądź nie jej poręczenie i czy konsument zaspokoi bądź nie zaspokoi jej roszczenie regresowe z tytułu udzielonego poręczenia. Poza tym jej zastrzeżenie nie uwzględnia sposobu zawarcia umowy i charakteru określonych w tej umowie praw i obowiązków stron, a celem jest zapewnienie spółce nieuzasadnionego zysku[72], zwłaszcza że opłata może być nadmiernie wygórowana w stosunku do wysokości udzielonej konsumentowi pożyczki i wartości zobowiązania spółki z tytułu udzielonego poręczenia[73].

66 Dec. nr DOZIK-9/2020, s. 3.
67 Ibidem.
68 Ibidem.
69 Dec. nr RPZ-10/2020, s. 1.
70 Ibidem, s. 10.
71 Ibidem.
72 Ibidem, s. 11.
73 Ibidem.

Ponadto analiza dokumentów przekazanych przez spółkę nie pozwoliła na ustalenie czy w związku z udzielonym poręczeniem spółka podejmuje wobec konsumenta jakiekolwiek dodatkowe czynności, w porównaniu z podejmowanymi przez spółkę innymi czynnościami windykacyjnymi, których celem byłoby tylko i wyłącznie uzyskanie podpisanej przez konsumenta umowy. Spółka wykonuje takie same czynności dotyczące „obsługi zadłużenia", niezależnie od tego czy i ewentualnie kiedy konsument odesłał umowę bądź nie wykonał takiego obowiązku. Prezes UOKiK wyraził przy tym opinię, że tzw. koszty ogólnego zarządu, czyli koszty związane z prowadzaniem przedsiębiorstwa bądź z wykonywaniem działalności gospodarczej (np. wskazane przez Spółkę koszty zatrudnienia personelu) powinny być uwzględnione w zaplanowanych ogólnych przychodach przedsiębiorcy, a nie rozdzielane na jednostkowe koszty ponoszone w związku z dokonywaniem poszczególnych czynności w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. W analizowanej decyzji Prezes UOKiK nałożył karę pieniężną, ale także wskazał środki usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu stosowania klauzul niedozwolonych w postaci: skierowania do konsumentów listem poleconym, z którymi spółka zawarła umowy o świadczenie usługi poręczenia i uzyskała opłatę na podstawie niedozwolonego postanowienia wskazanego w sentencji decyzji, informacji w tym zakresie, jak również o skutkach uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone w kontekście związania konsumenta i przedsiębiorcy tym postanowieniem, a także o możliwości wystąpienia do spółki o zwrot opłat poniesionych na podstawie niedozwolonych postanowień umownych[74]. Ponadto organ ten zobowiązał spółkę do dokonania zwrotu konsumentom, z którymi zawarła umowy o świadczenie usługi poręczenia, kwoty opłaty uzyskanej na podstawie kwestionowanego abuzywnego postanowienia umownego, przy czym zwrot opłaty ma nastąpić na pisemny wniosek konsumenta, na wskazany przez niego numer rachunku bankowego, w terminie 2 miesięcy od dnia otrzymania wniosku.

VI. Podsumowanie i wnioski

Przeprowadzona analiza wydanych w latach 2020–2021 (w okresie trwania pandemii COVID-19) przez Prezesa UOKiK decyzji w sprawach stosowania przez instytucje finansowe antykonsumenckich praktyk rynkowych w postaci stosowania klauzul abuzywnych wyraźnie wskazuje nie tylko na dużą skalę tych nadużyć, lecz także na ich wagę gatunkową. Świadczy także o tym, że aktywność Prezesa UOKiK jako organu sprawującego nadzór nad praktykami rynkowymi, również na rynku usług finansowych, wciąż jest konieczna. Jego rola w tym zakresie wrasta, gdy idzie tak o podejmowane działania, jak i o rozszerzenie jego kompetencji w tym obszarze, co jest konsekwencją niedostatecznej ochrony indywidulanej (tzw. incydentalnej kontroli wzorców umownych) przed klauzulami abuzywnymi i koniecznością jej wzmocnienia kontrolą abstrakcyjną w modelu administracyjnym wobec poprzednio funkcjonującego nieskutecznego modelu sądowego. Ta tendencja utrzymuje się po kryzysie na rynku finansowym. Tym samym, zgodnie z ogólnymi tendencjami w zakresie egzekwowania prawa ochrony konsumenta na rynku finansowych, aktywność organów publicznych w tym obszarze, w tym Prezesa UOKiK, jest nie tylko pożądana, lecz także konieczna. Działania Prezesa UOKiK w obszarze sprawowania publicznego nadzoru nad praktykami rynkowymi instytucji finansowych są bowiem efektywne i skuteczne, a nadto świadczą

[74] Ibidem, s. 1–2.

o dobrym wykorzystaniu instrumentarium prawnego, w które jest wyposażony. Poprzez sprawowanie takiego nadzoru i nieuchronność stosowanych sankcji o charakterze administracyjnym w interesie publicznoprawnym ma szansę kształtować dyscyplinę rynkową na rynku finansowym i przyczyniać się do właściwego stosowania i egzekwowania prawa konsumenckiego na poziomie ochrony interesu zbiorowego konsumentów, jak również w każdym indywidulanym i jednostkowym przypadku wystąpienia tych nieuczciwych i szkodliwych praktyk rynkowych, naruszających interesy konsumentów, poprzez stosowanie wzmacniających tę ochronę środków usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu stosowania klauzul niedozwolonych.

Bibliografia

Araczewska, K. i Wroński, Ł. (2017). Wybrane zagadnienia „konsumenckiej" nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Banasiński, C. i Bychowska, M. (2015). Między efektywnością administracji a pewnością sytuacji prawnej przedsiębiorców (uwagi do ustawy z 5.8.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego). *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (5).

Banasiński, C. i Piontek, E. (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska/Legalis.

Dobaczewska, A. (2016), Administracyjnoprawna kontrola postanowień wzorców umów konsumenckich. *Studia Prawno-Ekonomiczne*, *C*.

Fedorowicz, M. (2021). Znaczenie *soft law* EBA dla określania normatywnego standardu ochrony konsumenta na rynku finansowym. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (7), 21–34.

Mucha, J. (2019). Nowy model ochrony zbiorowych interesów konsumentów w UE i możliwości jego wdrożenia do prawa polskiego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (8).

Namysłowska, M. i Piszcz, A. (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Prętki, M. i Wiercińska-Krużewska, A. (2016). W A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. II. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Radwański, M. (2016). W A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. II. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Rutecka-Góra, J. i Rutkowska-Tomaszewska, E. (2021). Bankowe produkty emerytalne a niedozwolone klauzule umowne i ryzyko braku zgodności. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (12), 42–54.

Rutecka-Góra, J. i Rutkowska-Tomaszewska, E. (2021a). Oprocentowanie i opłaty oraz zasady ich ustalania i zmian w bankowych wzorcach umów o indywidualne produkty emerytalne w kontekście stosowania w nich niedozwolonych klauzul umownych. *Wiadomości Ubezpieczeniowe*, *3*, 33–57. https://doi.org/10.33995/wu2021.3.3.

Rutkowska, E. (2002). Niedozwolone klauzule umowne w bankowym obrocie konsumenckim. *Prawo Bankowe*, (7/8).

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2013). *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych.* Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2014). Manipulowanie informacją w zakresie odpłatności za usługi bankowe i prawne mechanizmy przeciwdziałania tym nadużyciom. W W. Rogowski (red.), *Nowe koncepcje i regulacje nadzoru finansowego*. Kraków–Warszawa: Oficyna Allerhanda.

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2019). Czy struktura instytucjonalna ochrony konsumenta na rynku usług finansowych wymaga zmian? *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (11), 15–23. https://doi.org/10.33226/0137-5490.2019.11.3.

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2020). Aktualne trendy i wyzwania w zakresie ochrony konsumenta na rynku finansowym: dokąd zmierza (powinna zmierzać) ochrona konsumenta? Kilka wybranych uwag. W E. Rutkowska-Tomaszewska, W. Kwaśnicki (red.), *Ekonomia jako dyscyplina naukowa i kierunek kształcenia. Aktualne trendy i pożądane zmiany*. Warszawa: Difin.

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2020a). *Misselling* i inne nadużycia wobec konsumentów na rynku usług finansowych. W A. Jurkowska-Zeidler, E. Rutkowska-Tomaszewska, A. Wiktorow, J. Monkiewicz (red.), *Nadużycia wobec konsumentów na rynku finansowym: wykrywanie, przeciwdziałanie, zapobieganie*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Rutkowska-Tomaszewska, E. (2020b). Prawo ochrony konsumenta usług finansowych w świetle założenia racjonalnego ustawodawcy: kilka wybranych uwag. *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*, *120*(2). https://doi.org/10.19195/0137-1134.120.85.

Rutkowska-Tomaszewska, E. i Choptiany, W. (2020). Supervision of the Polish Financial Supervision Authority over non-domestic entities on the consumer credit market in Poland and borrower protection. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (8), 26–35. https://doi.org/0000-0002-8710-5870.

Rutkowska-Tomaszewska, E. i Zwaliński, A. (2021). Umowne i ustawowe rozwiązania dotyczące „wakacji kredytowych" w sytuacji pandemii COVID-19: prawo – praktyka – a rzeczywista ochrona kredytobiorcy konsumenta. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (7), 100–120.

Rzetecka-Gil, A. (2011). *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*. Komentarz do art. 385 (1) Kodeksu cywilnego. Lex/el.

Konrad Kohutek*

Obliczanie terminu przedawnienia dla roszczeń o naprawienie szkody antymonopolowej. Glosa do wyroku Sądu Okręgowego z 9 lipca 2021 r., X GC 114/20[1]

Spis treści

I. Stan faktyczny i przedmiot glosy
II. Komentarz
III. Podsumowanie

Streszczenie

Przedmiotem niniejszej glosy jest ocena stanowiska zajętego przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 lipca 2021 r. (X GC 114/20). W orzeczeniu tym sąd oddalił roszczenie powódki o naprawienie (poprzez zasądzenie na jej rzecz stosownego odszkodowania) szkody wyrządzonej jej wskutek naruszenia prawa konkurencji (przez pozwaną). Glosa w dużej mierze krytycznie odnosi się do argumentacji sądu, skupiając się na zagadnieniach dotyczących przedawnienia wspomnianego roszczenia (zatem przede wszystkim interpretacji art. 442[1] § 1 k.c.). Warto podkreślić, że w ocenianej sprawie bezspornym był fakt samego dopuszczenia się (przez pozwaną) wspomnianego naruszenia (gdyż stwierdzone ono zostało w decyzji Prezesa UOKiK).

Słowa kluczowe: szkoda antymonopolowa; przedawnienie; naruszenie prawa konkurencji; decyzja Prezesa UOKiK; prywatne wdrażanie prawa konkurencji (*private enforcement*).

JEL: K21

I. Stan faktyczny i przedmiot glosy

1.1. Spółka „X" S.A. (powódka) jest następcą prawnym „Y" S.A. Powódka zażądała zapłaty kwoty 88 985 502 zł (wraz z odsetkami) ustawowymi od dnia 16 grudnia 2016 r. solidarnie od pozwanych trzech spółek z tytułu naprawienia szkody wyrządzonej powódce wskutek antykonkurencyjnych praktyk pozwanych. Powódka wniosła stosowny pozew do Sądu Okręgowego w Gliwicach. Swoje roszczenie powódka oparła na art. 415 k.c.[2] (jak i art. 405 i 410 k.c.), a częściowo także na przepisach ustawy z 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez

* Profesor doktor habilitowany; Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; adres e-mail: k.kohutek@afm.edu.pl; ORCID https://orcid.org/0000-0003-1249-301X.

[1] Niniejsza publikacja powstała w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki nr 2017/25/B/HS5/01659.

[2] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 2016, poz. 380, t.j. 2016.03.22) (dalej: k.c.).

naruszenie prawa konkurencji[3]. Zarzucana pozwanym praktyka miała polegać na „dokonywaniu niedozwolonych uzgodnień co do wysokości oferowanych cen sprzedaży produktów chemii górniczej", które to produkty powódka nabywała. Pozwane również uzgadniały treść ofert składnych w przetargach organizowanych przez powódkę.

Zdaniem powódki skutkiem takich praktyk pozwanych było zawyżenie cen towarów sprzedawanych poprzednikowi prawnemu powódki. Powódka zarzuciła zarazem naruszenie przez pozwane **art. 6 ust. 1 pkt 1, 3, i 7 uokik**[4]. Przepis ten zakazuje zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Ponadto wskazane przez powódkę (pkt 1, 3, 7) ww. przepisu zakazują konkretnego rodzaju porozumień, tj. – odpowiednio – zmów cenowych, podziału rynku oraz zmów przetargowych.

Pozwani wnieśli o oddalenie powództwa, wskazując brak zawarcia niedozwolonego porozumienia oraz brak wykazania szkody przez powódkę. Pozwani podnieśli także zarzut przedawnienia roszczenia powódki oraz brak legitymacji czynnej do dochodzenia roszczenia (zwłaszcza z powodu braku „wejścia" – w związku z wstąpieniem w prawa i obowiązki poprzedniczki prawnej powódki – do majątku powódki dochodzonej wierzytelności).

Sąd Okręgowy – w drodze postanowienia z dnia 29 kwietnia 2021 r. – ograniczył postępowanie do kwestii legitymacji czynnej powódki oraz zarzutu przedawnienia. W drodze glosowanego wyroku sąd ten oddalił powództwo, uznając, że powódka nie jest czynnie legitymowana do dochodzenia roszczenia, a także **podzielając podniesiony przez pozwanych zarzut przedawnienia tego roszczenia**.

1.2. Istotnym faktem dla niniejszej sprawy jest okoliczność, że naruszenie, które wyrządziło powódce szkodę, zostało **stwierdzone w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurenci i Konsumentów** (dalej: Prezes UOKiK) wydanej w dniu 13 grudnia 2013 r. (decyzja Nr RKT-46/2013). W decyzji tej organ ów uznał, że przedsiębiorcy: Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Carbotech-Polonia Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, A. Weber Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, Schaum-Chemie Mikołów Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz GSG Mining Systems S.A. z siedzibą w Katowicach dopuściły się zawarcia **porozumienia antykonkurencyjnego na krajowym rynku sprzedaży środków chemicznych stosowanych w górnictwie węgla kamiennego** polegającego na ustalaniu bezpośrednio cen sprzedaży produktów chemicznych stosowanych w górnictwie węgla kamiennego poprzez ustalanie cen tych środków, a także podział rynku oraz tzw. ustawianie przetargów przez ww. spółki.

Prezes UOKiK umorzył postępowanie wobec spółek Carbotech-Polonia i GSG Mining Systems. Wobec pozostałych spółek Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przez nie art. 6 ust. 1 pkt 1, 3 i 7 uokik oraz nałożył kary pieniężne w wysokości (łącznie) pond 18 mln zł.

1.3. Niniejsza **glosa będzie się koncentrować** wyłącznie **na problematyce przedawnienia roszczenia** żądania naprawnienia tzw. **szkody antymonopolowej** (termin „szkoda antymonopolowa" jest używany w doktrynie, zob. np. Jurkowska-Gomułka, 2013, s. 376–382; Kohutek, 2018, s. 17),

[3] Dz. U. 2017, poz. 1132) (dalej: urns).

[4] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2020, poz. 1076 z późn. zm., t.j. 2020.05.22) (dalej: uokik).

tj. szkody wynikającej z naruszenia przepisów prawa konkurencji (prawa antymonopolowego). Pominięte zostaną wątki sukcesji generalnej, tj. wstąpienia przez powódkę we wszystkie prawa i obowiązki swojej poprzedniczki; są to bowiem zagadnienia z zakresu prawa spółek kapitałowych (normowane przede wszystkim przez art. 492 i n. k.s.h., nie stanowiąc zatem materii ani prawa konkurencji ani też prawa regulacji rynku).

1.4. Z normatywnego punktu widzenia kluczowym dla oceny komentowanego wyroku jest unormowanie **art. 442[1] § 1 k.c.** Przepis ten reguluje problematykę przedawniania roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym (a zatem także czynem polegającym na naruszeniu prawa konkurencji – deliktem antymonopolowym). W obecnym stanie prawnym przepis ten stanowi, że „roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym ulega przedawnieniu z upływem lat trzech od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się albo przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Jednakże termin ten nie może być dłuższy niż dziesięć lat od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę".

Mając na uwadze okoliczności glosowanej sprawy, doniosłe znaczenie ma fakt, że w dacie podejmowania przez powódkę stosownych czynności (oraz ich oceny z punktu widzenia upływu terminu przedawnienia roszczenia) cytowany przepis miał nieco inne brzmienie, a ściślej nakazywał obliczać bieg przedawnienia wyłącznie od dnia, w którym poszkodowany dowiedział o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia[5].

II. Komentarz

2.1. Zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie roszczenie powódki się przedawniło. Choć – mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy (zob. niżej, pkt 2.3 i 2.4) – z taką oceną można się zasadniczo zgodzić, to jednak w komentowanym wyroku sąd ów przytoczył kontrowersyjne (wręcz błędne) – w wymiarze merytorycznym – argumenty (zob. pkt 2.2).

Przede wszystkim co najmniej dyskusyjne jest stanowisko tego sądu, zgodnie z którym „przepis art. 442[1], nie odnosi się do kryterium 'wiedzy z pewnego źródła'. Wręcz przeciwnie, wymaga on jedynie, aby poszkodowany dowiedział się albo mógł się dowiedzieć o elementach konstytutywnych deliktu, gdyby dołożył należytej staranności".

2.2. Po pierwsze, powyższe twierdzenie bazuje na **stanie prawnym, który nie obowiązywał w dacie w jakiej powódka złożyła stosowne wezwanie do próby ugodowego załatwienia sprawy**, adresując go do pozwanych (czyli w dniu 16 grudnia 2016 r.). W tym czasie art. 442[1] k.c. jako moment rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia wskazywał **dzień, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie** i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Przepis ów został znowelizowany na mocy ustawy[6], która poszerzyła jego treść, wprowadzając „dodatkowy" dzień (a ściślej dodatkowe kryterium) ustalania początkowego dnia biegu przedawnienia, a mianowicie, dzień w którym poszkodowany przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć

[5] A zatem nie wymieniał już innej (drugiej) okoliczności determinującej początkową datę biegu przedawnienia – tj. dnia, w którym poszkodowany „przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć" o szkodzie; okoliczność ta wprowadzona została dopiero do ustawy w późniejszym czasie; zob. niżej.

[6] Zob. art. 33 ustawy z 21.04.2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa (Dz. U. 2017. poz.1132).

(o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia). Nowelizacja ta weszła zaś w życie dopiero 27 czerwca 2017 roku. Nie można zatem stosować przepisów (rozwiązań prawnych), które w dacie podejmowania przez powódkę relewantnych zachowań nie obowiązywały.

Po drugie, w wyroku SN (z 2006 r.) – jeszcze w stanie prawnym sprzed wspomnianej nowelizacji – wyrażono wprawdzie pogląd, że przewidziany w art. 442^1 k.c. „bieg 3-letniego terminu należy liczyć od chwili, w której przy zachowaniu należytej staranności mógł był takie dalsze informacje zdobyć”[7] (tj. informacje o szkodzie i o osobie sprawcy). Pogląd ten nie jest powszechny i stanowi przedmiot krytyki w innym (wydanym 10 lat później) wyroku SN, w którym sąd ten wskazał, że „w art. art. 442^1 § 1 k.c. początek biegu przedawnienia został powiązany z dniem, w którym poszkodowany dowiedział się o osobie obowiązanej do naprawienia szkody, **a nie z dniem, w którym przy zachowaniu należytej staranności mógł się o tej osobie dowiedzieć**. Innymi słowy, istotna jest rzeczywista świadomość poszkodowanego, a nie starania podejmowane przez niego w celu ustalenia osoby zobowiązanej do naprawienia szkody. Skład orzekający Sądu Najwyższego nie podziela tym samym poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 17.05.2006 r., I CSK 176/05”[8]. Zgadzam się ze stanowiskiem zajętym w cytowanym wyroku z 2016 r., w szczególności z koniecznością zawężającej („ścisłej”) interpretacji przepisów dotyczących przedawnienia[9].

Po trzecie, owszem treść art. 442^1 k.c. nie odnosi się do – jak to określił sąd w glosowanym wyroku – „kryterium ‘wiedzy z pewnego źródła’”. Niemniej jednak – w mojej ocenie – nie można mieć zastrzeżeń do przedsiębiorcy za to, że pod uwagę bierze wiarygodne źródła informacji potwierdzające lub świadczące o wystąpieniu szkody po jego stronie (a zatem nie jedynie domysły, poszlaki). Takie stanowisko znajduje swe potwierdzenia także w judykaturze SN[10] oraz w doktrynie[11].

W odniesieniu do szkód antymonopolowych nie mogą zachodzić wątpliwości, że jedynym (w istocie wiodącym, a zarazem wiarygodnym) źródłem informacji o takiej szkodzie (możliwości jej wystąpienia) jest wydanie przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji[12]. Co więcej, w przypadku naruszeń mających postać porozumień antykonkurencyjnych/karteli – czyli tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie – są to zachowania niejawne, nie tylko nie podawane zatem do publicznej wiadomości (co oczywiste), lecz także zazwyczaj skrzętnie utrzymywane w tajemnicy przez ich strony (z reguły świadome swego nielegalnego zachowania). W związku z tym nie można oczekiwać od przedsiębiorców – także profesjonalistów – aby pozyskali wiedzę („wydedukowali”) np. z podwyższonych cen nabywanych towarów, że podwyżki te są

[7] Wyr. SN z 17.5.2006 r., I CSK 176/05 (LEX nr 191138).

[8] Wyr. SN z 27.7.2016 r., V CSK 680/15 (www.sn.pl).

[9] W wyr. tym SN – odwołał się (porównawczo) do art. 449^8 k.c. (normującego przewinienie roszczeń odszkodowawczych z tytułu wyrządzonej przez produkt niebezpieczny); na gruncie tego przepisu obowiązywało zaś rozwiązanie, które do art. 442^1 k.c. wprowadzono w późniejszym czasie (zob. wyżej). Jak to wskazał SN „porównanie przepisów art. 442^1 § 1 k.c. i art. 449^8 k.c. uwidocznia różnicę w sposobie określenia przez ustawodawcę początku biegu przedawnienia, gdyż tylko w art. 449^8 k.c. biegnie ono od dnia, w którym poszkodowany przy zachowaniu należytej staranności mógł dowiedzieć się m.in. o osobie obowiązanej do naprawienia szkody. Skoro zaś ustawodawca nie zdecydował się na podobną zmianę regulacji zawartej wówczas w art. 442 § 1, a obecnie w art. 442^1 § 1 k.c., to nie można zmierzać do takiego celu w drodze wykładni, tym bardziej że **przepisy o przedawnieniu powinny być interpretowane ściśle**” [podkreślenie – K.K.]; wyr. SN z 27.7.2016 r., V CSK 680/15 (www.sn.pl).

[10] Zob. np. wyr. SN z 12.05.2011 r., III CSK 236/10 (OSP 2012/11/107), w którym wskazano, że „Przewidziany w art. 442 § 1 (art. 442^1 § 1) k.c. początek biegu przedawnienia rozpoczyna się od chwili, w której poszkodowany dowiedział się z miarodajnych i kompetentnych źródeł o istnieniu określonego typu choroby (np. wirusowe zapalenie wątroby) i jej konsekwencjach dla własnego zdrowia”; zob. też wyr. SN z 13.01.2004 r., V CSK 172/03 (niepubl.), z którego wynika, że momentem dowiedzenia się o szkodzie w rozumieniu art. 442 § 1 k.c. jest dopiero chwila, w której poszkodowany „z miarodajnych i kompetentnych źródeł dowiedział się o istnieniu choroby i zdał sobie sprawę z jej następstw”.

[11] Zob. np. Bieniek, 2011, s. 607, który wskazuje, że „przez dowiedzenie się o powyższych okolicznościach należy rozumieć jedynie powzięcie wiadomości ze źródeł wiarygodnych” (cyt. za: Karaszewski, 2014).

[12] Zob. też Kohutek, 2018, s. 190 („w praktyce często źródłem informacji o osobie zobowiązanej do naprawienia tej szkody (o naruszycielu prawa konkurencji) będzie dla poszkodowanego decyzja Prezesa UOKiK stwierdzająca takie naruszenie (tj. wydana na podstawie art. 10 uokik oraz publikowana na stronie www.uokik.gov.pl)”).

następstwem zawartego przez ich dostawców (dostawcę) kartelu[13]. Twierdzenia tego – w mojej ocenie – nie podważa zatem także „podwyższona miara staranności prowadzonej działalności gospodarczej" do jakiej odwołał się Sąd Okręgowy w glosowanej sprawie.

2.3. Trudno zaprzeczyć stwierdzeniu Sądu Okręgowego (odnoszącego się do decyzji Prezesa UOKiK stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji), że – przynajmniej z formalnego punku widzenia – „nie sposób jest z wydaniem decyzji administracyjnej utożsamiać początek biegu terminu przedawnienia roszczeń o charakterze prywatnym"; w istocie bowiem kluczowy w tej materii art. 442^1 k.c. (tak przed, jak i po wspomnianej nowelizacji) nie wskazuje jako początkowej daty przedawnienia dnia wydania wzmiankowanej decyzji. Jednocześnie wszak – jak to już wyżej zauważano – w praktyce zasadniczym (wiarygodnym) źródłem informacji o zdarzeniu powodującym szkodę (mogącym taką szkodę powodować) – a zatem i o samej (potencjalnej) szkodzie, jaką poniósł przedsiębiorca wskutek naruszenia prawa konkurencji – jest wydanie wspomnianej decyzji przez Prezesa UOKiK (względnie przez Komisję Europejską), w której takie naruszenie zostało stwierdzone.

Należy jednak zaznaczyć, że wydanie takiej decyzji nie zawsze musi być jedynym źródłem informacji (w tym informacji „wiarygodnej"). W szczególności zainteresowany przedsiębiorca może pozyskać (dedukować) informacje na temat (możliwego, prawdopodobnego) naruszenia prawa konkurencji (które wyrządziło/mogło wyrządzić mu szkodę) z innych czynności prowadzonych przez Prezesa UOKiK, w tym zwłaszcza czynności związanych z postępowaniem prowadzonym przez ów organ, w którym to postępowaniu przedsiębiorca ów także bierze udział (i są do niego kierowane przez Prezesa UOKiK różnego rodzaju wezwania, żądania wyjaśnień lub złożenia dokumentów). Tak też było w niniejszej sprawie. Poprzednik prawny powódki uczestniczył w takim postępowaniu Prezesa UOKiK, będąc adresatem różnych wezwań tego organu. Sąd Okręgowy wskazał, że w trakcie tego postępowania ów przedsiębiorca pozyskał wiedzę o „osobach, w stosunku do których pojawiły się zarzutu niedozwolonych porozumień". W związku z tym sąd ów uznał, że w niniejszej sprawie przedsiębiorca ów „przy dołożeniu należytej staranności (…) powinien był (…) podjąć kroki w celu sprawdzenia czy doznał szkody (…)".

W konsekwencji Sąd Okręgowy skonstatował, że data 13 lipca 2013 r. (data odpowiedzi na wezwanie Prezesa UOKiK) była „najpóźniejszą, jeśli chodzi o rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia. Trzyletni termin przedawnienia roszczeń deliktowych upłynął zatem najpóźniej 12.07.2016 r.". Tym samym Sąd ów nie uznał, że termin ów uległ przerwaniu w dniu 16 grudnia 2016 r., kiedy to powódka złożyła do sądu wniosek o wezwanie do ugodowego załatwienia sprawy (czyli 3 lata od wydania decyzji Prezesa UOKiK).

2.4. Powyższą konstatację Sądu Okręgowego trudno jednoznacznie ocenić. Z jednej strony fakt prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowania w sprawie (zarzucającego dostawcom adresata wezwań w tym postępowaniu) naruszenia zakazu z art. 6 uokik wydaje się być „pewnym źródłem" informacji; z drugiej strony wszak samo prowadzenie takiego postępowania nie determinuje zakończenia go stwierdzeniem naruszenia (jakkolwiek w praktyce często kończy się wydaniem decyzji zawierającej takie stwierdzenie). Ponadto powołane rozumowanie Sądu

[13] Tym bardziej, że w obrocie gospodarczym występuje wiele innych czynników mogących mieć wpływ na podwyżki cen.

Okręgowego nawiązuje do konstrukcji „zachowania należytej staranności"; ta zaś – jak to wyżej wskazano (zob. pkt 2.2) – nie obowiązywała jeszcze (na gruncie art. 442^1 k.c. w okresie, w jakim powódka podejmowała działania podlegające ocenie z punktu widzenia obliczania terminu przedawnienia).

III. Podsumowanie

3.1. Komentowane orzeczenie jest godne uwagi z tej zasadniczej przyczyny, że dotyczy aspektów tzw. prywatnego wdrażania prawa konkurencji (***private enforcement***). W polskim dorobku orzeczniczym – jak dotychczas – tego rodzaju spraw (w tym odnoszących się stricte do dochodzenia odszkodowania za szkodę antymonopolową) było bardzo mało. Obok znanych i komentowanych już w doktrynie wyroków w sprawie polerów cumowniczych[14] oraz kartelu cementowego[15], znane mi są jeszcze dwie sprawy[16] (w tym jedna zakończona już wyrokiem – jakkolwiek nieprawomocnym[17]), w której powodowie wnosili o zasądzenie odszkodowania z tytułu naprawienia szkody, jaką ponieśli wskutek naruszenia praw antymonopolowego (lub – m.in. – naruszenia tego prawa).

3.2. W komentowanym wyroku pojawiają się co najmniej dyskusyjne – z merytorycznego punktu widzenia – stwierdzenia (co zostało negatywnie ocenione w glosie – zob. pkt 2.2). Jednocześnie orzeczenie to nie wprowadza zarazem żadnych szczególnie istotnych rozważań do polskiego dorobku *private enforcement*, w tym rozważań dotyczących *stricte* tematyki szkody antymonopolowej.

Bibliografia

Bieniek, G. (2011). *Komentarz do kodeksy cywilnego. Zobowiązania*. Tom. I. Warszawa: LexisNexis.

Jurkowska-Gomułka, A. (2013). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe WZ UW.

Karaszewski, G. (2014). W J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. II. Warszawa: Lexis Nexis.

Kohutek, K. (2018). *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności i dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kohutek, K. (2020). Dochodzenie naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji polegającym na nadużywaniu pozycji dominującej. W M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Andrzejowi Kidybie*. Warszawa: Wolters Kluwer.

[14] Wyr. SO w Lublinie z 4.07.2014 r., I C 759/08 (LEX nr 1845524).

[15] Wyr. SA w Krakowie z 10.01.2014 r., I ACa 1322/13 (LEX nr 1506700); szerzej o tej sprawie, jak i o wyroku cyt. w przyp. wyżej, zob. Kohutek, 2018, s. 99–100 i s. 175–176.

[16] Chodzi o sprawę wytoczoną przed Sąd Okręgowy w Krakowie (IX GC 586/20), w której poszkodowany (polska spółka zajmująca się logistyką) domaga się odszkodowania od MAN S.E. za szkodę wyrządzoną tej pierwszej wskutek tzw. kartelu ciężarówek (w jakiej ta druga brała udział).

[17] Chodzi o wyr. SO w Warszawie z 2.07.2021 r., XVI GC 2042/13, (LEX nr 3256659). Sąd ów zasądził na rzecz (powoda) Magna Polonia S.A. ponad 263 mln zł wraz z odsetkami odszkodowania od. Emitel S.A.; o sprawie tej zob. np. *Wyrok w sprawie Magna Polonia/Emitel: zasądzenie odszkodowanie za naruszenie prawa konkurencji – krok w kierunku rozwoju private enforcement w Polsce?* (www.kohutek.pl) oraz Kohutek, 2020, s. 1266–1267.

Anna Mlostoń-Olszewska*

Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów jako organ administracji publicznej. Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 listopada 2019 r., I OSK 2617/19

Spis treści

I. Tezy odautorskie
II. Streszczenie stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego
III. Komentarz
1. Wstęp
2. Spory w doktrynie wokół statusu rzecznika konsumentów
3. Cel i przedmiot regulacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów
4. Charakter zadań rzecznika konsumentów i jego usytuowanie organizacyjne
5. Różne formy działania rzecznika konsumentów
6. Status rzecznika konsumentów w świetle wykładni systemowej
7. Podsumowanie

Streszczenie

Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) postanowieniem z 12 listopada 2019 r., I OSK 2617/19[1] oddalił skargę kasacyjną od postanowienia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi (dalej: WSA) z 28 czerwca 2019 r., III SAB/Łd 18/19[2] w przedmiocie odrzucenia skargi na bezczynność powiatowego rzecznika konsumentów. Motywem rozstrzygnięcia było stwierdzenie, że powiatowy rzecznik konsumentów nie jest organem administracji, gdyż nie prowadzi postępowań administracyjnych i nie podejmuje działań władczych, tym samym pismom rzecznika odmawiającym wszczęcia postępowania nie można przypisać cech aktów lub czynności, które podlegają kontroli sądów administracyjnych. W niniejszej glosie częściowo krytycznie odniesiono się do zaprezentowanego przez sąd stanowiska w przedmiocie statusu prawnego rzecznika konsumentów, wykazując, że jakkolwiek sąd trafnie uznał, że co do zasady rzecznik konsumentów nie podejmuje działań władczych i jego działania nie podlegają kontroli sądów administracyjnych, to jednakże istnieje szereg argumentów przemawiających za przypisaniem mu zarówno statusu organu administracji – organu powiatu, jak i organu ochrony prawnej.

* Doktor nauk prawnych; Wydział Ekonomiczno-Socjologiczny Uniwersytetu Łódzkiego, Instytut Finansów, Katedra Bankowości Centralnej i Pośrednictwa Finansowego; radca prawny; od 2017 r. Miejski Rzecznik Konsumentów w Łodzi; adres e-mail: anna.mloston@uni.lodz.pl; ORCID https://orcid.org/0000-0003-2274-269X.

[1] Legalis nr 224918.

[2] Legalis nr 1959007.

Słowa kluczowe: prawo administracyjne; prawo ochrony konsumentów; organ ochrony konsumentów; rzecznik konsumentów.

JEL: K23

I. Tezy odautorskie

NSA postanowieniem z 12 listopada 2019 r., I OSK 2617/19 oddalił skargę kasacyjną od postanowienia WSA z 28 czerwca 2019 r., III SAB/Łd 18/19 w przedmiocie odrzucenia skargi na bezczynność powiatowego rzecznika konsumentów. Motywem rozstrzygnięcia było stwierdzenie, że powiatowy rzecznik konsumentów nie jest organem administracji, gdyż nie prowadzi postępowań administracyjnych, nie podejmuje działań władczych, a jego działalność nie podlega kontroli sądów administracyjnych. Ze stanowiskiem wyrażonym przez NSA nie można się w pełni zgodzić. Podstawą odmowy przypisania rzecznikowi konsumentów statusu organu administracji nie może być okoliczność, iż rzecznik konsumentów nie prowadzi postępowań administracyjnych na podstawie k.p.a. i nie załatwia spraw administracyjnych. Przy ocenie statusu rzecznika konsumentów należy brać pod uwagę, że organy administracji działają także w formach niewładczych, które nie podlegają kontroli sądów administracyjnych, ponadto miejsce i sposób uregulowania instytucji rzecznika konsumentów, charakter wszystkich zadań ustawowych, jakie zostały mu przypisane, a także status prawny innych rzeczników działających w kraju. Ogół tych okoliczności prowadzi do wniosku, że rzecznik konsumentów jest organem administracji o charakterze hybrydowym. Można przypisać mu jednocześnie status organu powiatu, jak i status organu ochrony prawnej.

II. Streszczenie stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego

Glosowane postanowienie zostało wydane w związku z postępowaniem, jakie toczyło się przed sądem administracyjnym na skutek odmówienia przez rzecznika konsumentów podjęcia żądanej przez wnioskodawcę czynności polegającej na sporządzeniu i złożeniu wniosku o ukaranie osoby podającej się za członka zarządu instytucji finansowej o czyn z art. 286 § 1 k.k. Rzecznik konsumentów odmówił podjęcia wskazanej czynności, informując wnioskodawcę, że opisany czyn może być ścigany w trybie prywatnoskargowym. Wnioskodawca złożył odwołanie od takiej „decyzji", a następnie, ponieważ nie poskutkowało ono podjęciem przez rzecznika czynności – skargę na bezczynność rzecznika. WSA w Łodzi postanowieniem z 28 czerwca 2019 r., III SAB/Łd 18/19 odrzucił tę skargę z uwagi na brak kognicji sądów administracyjnych w tej sprawie. Postanowienie to zostało zaskarżone skargą kasacyjną, na skutek której NSA w komentowanym postanowieniu zbadał zagadnienie dopuszczalności wnoszenia do sądu administracyjnego skarg na bezczynność rzecznika konsumentów i uznał, że zaskarżona czynność nie podlega kognicji tego sądu, a w konsekwencji oddalił skargę kasacyjną. NSA podzielił stanowisko WSA i uznał, że:

– czynność (pismo) rzecznika nie dotyczy uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[3] (dalej: ppsa);

3 T.j. Dz.U. 2019, poz. 2325.

– rzecznik nie prowadzi spraw administracyjnych;
– jego pisma nie mają cech rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej w znaczeniach ani procesowym, ani materialnym;
– rzecznik konsumentów nie działa na podstawie k.p.a., a uregulowania prawne dotyczące zadań i kompetencji powiatowego rzecznika konsumentów nie przyznają mu uprawnień do wydawania jednostronnych oraz władczych aktów administracyjnych.

W rezultacie NSA uznał, że rzecznik konsumentów nie jest organem administracji publicznej (a jedynie pracownikiem samorządowym), a jego działalność nie mieści się w pojęciu „działalności z zakresu administracji publicznej", która jest kontrolowana przez sądy administracyjne.

III. Komentarz

1. Wstęp

Glosowane postanowienie należy uznać za częściowo słuszne.

Postanowienie to potwierdza słuszną linię orzeczniczą, jaką zaprezentowały już wcześniej sądy administracyjne w sprawach skarg dotyczących pism kierowanych przez rzeczników konsumentów do osób, w których sprawach rzecznik podejmuje konkretne działania oraz w sprawach skarg na bezczynność rzeczników. Według ustalonej linii orzeczniczej w powyższym obszarze działaniom rzecznika konsumentów nie można przypisać cech aktów czy czynności wymienionych w katalogu spraw podlegających kognicji sądów administracyjnych[4]. Jednak w glosowanym postanowieniu NSA niesłusznie i bez głębszej refleksji przesądził, iż rzecznik konsumentów nie jest organem administracji i że wszystkie podejmowane przez niego działania mają charakter niewładczy. Bliższa analiza piśmiennictwa wskazuje na brak jednolitego stanowiska w tym zakresie, do czego NSA się nie odniósł. Poza tym istnieje szereg argumentów przemawiających za przyznaniem rzecznikowi konsumentów statusu organu administracji. Zaliczyć do nich należy:
– cel i przedmiot regulacji ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[5] (dalej: uokik);
– charakter zadań rzecznika konsumentów i jego usytuowanie organizacyjne;
– różne prawne formy działania rzecznika konsumentów;
– wykładnię systemową.

2. Spory w doktrynie wokół statusu rzecznika konsumentów

Status prawny rzecznika konsumentów od wielu lat jest przedmiotem sporów. W tym zakresie prezentowane są w literaturze liczne i rozbieżne stanowiska, tj., że:
– rzecznik konsumentów jest organem powiatu (Łętowska, 2001, s. 169; 2002, s. 606; Bunikowski, 2006, s. 8; UOKiK, 2014, s. 17);
– rzecznik konsumentów nie jest organem powiatu (Kania, 2001, s. 7; Koroluk i Powałowski, 2014, s. 863);

[4] Zob. post. WSA w Poznaniu z 18.02.2014 r., IV SA/Po 154/14, Legalis nr 1044051; post. WSA w Poznaniu z 8.07.2014 r., IV SA/Po 564/14, Legalis nr 1050961; post. WSA w Poznaniu z 30.12.2016 r., II SA/Po 809/16, Legalis nr 1573450; post. WSA w Warszawie z 6.02.2015 r., IV SAB/Wa 245/14, Legalis nr 1191405; post. WSA w Warszawie z 22.12.2015 r., IV SA/Wa 3659/15, Legalis nr 1393645.

[5] T.j. Dz. U. 2021, poz. 275.

– rzecznik konsumentów nie jest organem powiatu *stricte*, ale jest organem administracji publicznej (Radwański, 2016, s. 781);
– rzecznik nie jest organem administracji publicznej (Banasiński i Piątek, 2009, komentarz do art. 40, pkt 12);
– rzecznik konsumentów nie jest organem administracji publicznej ani organem powiatu, lecz pracownikiem samorządowym (Sieradzka, 2014, s. 741);
– rzecznik konsumentów jest szczególnym podmiotem (*sui generis* organem) (Stefaniuk, 2009, s. 1098);
– rzecznik konsumentów jest organem ochrony prawnej (organem pomocy prawnej) (Bodio, Borkowski i Demendecki, 2016, s. 24 i 492; Lis, 2018, s. 142).

Powyższe rozbieżności dowodzą, że ocena statusu prawnego rzecznika konsumentów nie jest oczywista. Niewątpliwie ma to związek z tym, że brakuje jednolitych poglądów doktrynalnych na temat znaczenia pojęcia „organ administracji publicznej" (Stahl, 2019, s. 324, szeroko nt. różnych definicji organu zob. Stahl, 2011, s. 61 i n.). Przyczyną problemów w ustaleniu statusu rzecznika są zatem różne poglądy na temat tego czy do przypisania podmiotowi statusu organu wystarczy wykonywanie przez niego zadań z zakresu administracji publicznej, czy raczej należy przyjąć, że status organu administracji może być przypisany wyłącznie temu podmiotowi, który przy wykonywaniu zadań z zakresu administracji publicznej wykonuje władztwo publiczne i posługuje się środkami władczymi. W drugiej kolejności rozbieżności biorą się z odmiennej oceny pozycji rzecznika konsumentów w strukturze samorządu, tj. czy pod względem swoich zadań i kompetencji oraz wyodrębnienia organizacyjnego jest on samodzielny na tyle, by uznać go za odrębny organ administracji, czy też wyłącznie za podporządkowanego staroście (prezydentowi miasta) pracownika samorządowego. NSA w omawianym postanowieniu opowiedział się za węższym rozumieniem organu, uznając, że skoro rzecznik konsumentów nie wydaje jednostronnych i władczych aktów, to organem nie jest.

Ponadto NSA przychylił się do poglądu, że rzecznik konsumentów jest wyłącznie pracownikiem samorządowym. Pogląd ten nie wydaje się prawidłowy, za czym przemawiają przedstawione poniżej argumenty.

3. Cel i przedmiot regulacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Oceniając status prawny rzecznika konsumentów, trzeba mieć w pierwszej kolejności na uwadze kontekst historyczny. Instytucja ta została wprowadzona ustawą z 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej w związku z reformą ustrojową państwa[6]. Na mocy art. 14 tej ustawy do ustawy z 25 lutego 1958 r. o Państwowej Inspekcji Handlowej[7] dodany został art. 6 ust. 2 i 3, który stanowił o tym, że zadania w zakresie ochrony konsumenta wykonują również jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności zadania te wykonuje rzecznik konsumentów. Przepis art. 6 ust. 4 tej ustawy zawierał jednocześnie delegację dla Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, zasad współpracy organów Inspekcji Handlowej z powiatowym (miejskim) rzecznikiem konsumentów, a także *z innymi organami administracji publicznej* i instytucjami kontrolnymi, w tym organizacjami pozarządowymi działającymi w zakresie, o którym mowa w art. 1 ust. 2. Tak więc utworzeniu instytucji rzecznika

[6] Dz. U. Nr 106, poz. 668, ze zm.

[7] T.j. Dz. U. 1969 Nr 26, poz. 206, ze zm.

konsumentów od samego początku przyświecała idea przyznania mu statusu organu administracji publicznej. Obecnie status prawny rzecznika konsumentów jako organu administracji wynika z art. 1 ust. 3 uokik, który stanowi, że ustawa ta określa organy właściwe w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Do organów tych ustawa zalicza rzecznika konsumentów (art. 1 ust. 3 w zw. z art. 37 uokik i 39 ust. 1 uokik) (por. także Stawicki i Stawicki, 2016, s. 45).

4. Charakter zadań rzecznika konsumentów i jego usytuowanie organizacyjne

Oceniając status rzecznika konsumentów, należy w drugiej kolejności dokładnie przeanalizować usytuowanie organizacyjne rzecznika konsumentów i charakter przypisanych mu zadań. To prawda, że rzecznik konsumentów jest bezpośrednio podporządkowany staroście (prezydentowi miasta), który nawiązuje z nim stosunek pracy (art. 40 ust. 1 i 3 uokik). Jednak, zgodnie z art. 39 ust. 1 uokik, to rzecznik konsumentów wykonuje zadania samorządu powiatowego w zakresie ochrony konsumentów. Ponadto, zgodnie z art. 40 ust. 4 uokik, rzecznika konsumentów wyodrębnia się organizacyjnie w strukturze starostwa powiatowego (urzędu miasta). Zadania rzecznika konsumentów są zadaniami publicznymi z zakresu administracji (art. 4 ust. 1 pkt 18 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym[8] w zw. z art. 37 i art. 39 uokik). Zadania te określone są zarówno w uokik, jak i w ustawach szczególnych. Zgodnie z art. 42 ust. 1 uokik do zadań rzecznika konsumentów należy:

1) zapewnienie bezpłatnego poradnictwa konsumenckiego i informacji prawnej w zakresie ochrony interesów konsumentów;
2) składanie wniosków w sprawie stanowienia i zmiany przepisów prawa miejscowego w zakresie ochrony interesów konsumentów;
3) występowanie do przedsiębiorców w sprawach ochrony praw i interesów konsumentów;
4) współdziałanie z właściwymi miejscowo delegaturami UOKiK, organami Inspekcji Handlowej oraz organizacjami konsumenckimi;
5) wykonywanie innych zadań określonych w ustawie lub w przepisach odrębnych, do których zalicza się:
   – wytaczanie powództw na rzecz konsumentów oraz wstępowanie, za ich zgodą, do toczącego się postępowania w sprawach o ochronę interesów konsumentów (art. 42 ust. 2 uokik) albo wydawanie istotnego dla sprawy poglądu w takim postępowaniu (art. 42 ust. 5 uokik w zw. z art. 63 k.p.c.)[9];
   – wytaczanie powództw w trybie ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (art. 4 pkt 2 ustawy z 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym[10]);
   – wytaczanie powództw w interesie publicznym na podstawie art. 12 ust. 2 pkt 4 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym[11] w zw. z art. 12 ust. 1, 3 i 5 tej ustawy[12],

[8] T.j. Dz. U. 2020, poz. 920.

[9] Należy mieć przy tym na względzie, że zgodnie z art. 63^4 k.p.c. w sprawach o ochronę interesów konsumentów do rzecznika stosuje się odpowiednio przepisy o prokuratorze.

[10] T.j. Dz. U. 2020, poz. 446.

[11] T.j. Dz. U. 2017, poz. 2070.

[12] Zob. także wyr. SA w Warszawie z 16.04.2018 r., V ACa 1096/17, Legalis nr 1768485; wyr. SR w Szczecinie z 13.05.2019 r., III C 1148/18, Legalis nr 2495267.

– występowanie w roli oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów (art. 42 ust. 3 uokik);
– inicjowanie postępowań karnych z tytułu stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych określonych w art. 15 i 16 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym;
– prowadzenie edukacji konsumenckiej w powiecie (art. 42 ust. 1 pkt 5 uokik w zw. z art. 38 i 39 ust. 1 tej ustawy);
– składanie do Prezesa UOKiK zawiadomień w sprawie stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umowy, praktyk ograniczających konkurencję i praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 42 ust. 1 pkt 5 uokik w zw. z art. 86, 99a ust. 1 i 100 tej ustawy);
– sprawowanie kontroli używania języka polskiego, przez co należy rozumieć pełnienie funkcji oskarżyciela publicznego w sprawie o wykroczenie na szkodę konsumentów polegające na niezastosowaniu się do obowiązku używania języka polskiego w obrocie z udziałem konsumentów (art. 7b w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z 7 października1999 r. o języku polskim[13]);
– składanie wniosków o wydanie decyzji stwierdzającej wygaśnięcie prawa ochronnego na znak towarowy (art. 169 ust. 2^1 pkt 3 w zw. z ust. 1 pkt 3 ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej[14]).

Z przywołanych przepisów wynika niewątpliwie, że rzecznik stanowi utworzoną na podstawie prawa, wyodrębnioną część administracji samorządowej. Ponadto, to rzecznikowi konsumentów (a nie zarządowi powiatu, staroście czy prezydentowi miasta) ustawodawca przyznał szereg zadań i kompetencji, które rzecznik ma realizować we własnym imieniu. Mając to na uwadze trzeba stwierdzić, że z faktu podporządkowania rzecznika konsumentów staroście (art. 40 ust. 3 uokik) nie można wyciągać wniosku, że jest on jedynie pracownikiem samorządowym. Należy raczej uznać, że rzecznik, ze względu na autonomiczność i doniosłość swoich zadań, jest odrębnym i niezależnym organem działającym w strukturze powiatu. Starosta (prezydent miasta) jako zwierzchnik służbowy rzecznika konsumentów nie może wydawać mu poleceń służbowych w zakresie realizacji zadań związanych z ochroną konsumentów, albowiem sam w tym zakresie nie posiada kompetencji (por. Olejniczak-Szałowska, 2019, s. 561). Jednocześnie kontrola rzecznika konsumentów, jaką sprawuje starosta (prezydent miasta), a następnie rada powiatu (rada miasta)[15], nie może dotyczyć działalności rzecznika jako organu (gdyż w tym zakresie nie ma żadnych podstaw prawnych), a jedynie działań rzecznika jako pracownika samorządowego. Takie postrzeganie pozycji rzecznika konsumentów podkreśliła dokonana z dniem 3 stycznia 2020 r. nowelizacja[16] art. 43 uokik, na mocy której rzecznik przedkłada staroście (prezydentowi miasta) swoje roczne sprawozdanie jedynie do zaopiniowania (a nie do zatwierdzenia), a brak opinii tego organu nie stanowi przeszkody w przekazaniu sprawozdania Prezesowi UOKiK (art. 43 ust. 1 i 2 uokik). Odrębność i samodzielność rzecznika konsumentów względem innych organów powiatu

[13] T.j. Dz. U. 2021, poz. 672.

[14] T.j. Dz. U. 2021, poz. 324.

[15] W trybie skarg na podstawie art. 246 § 1 k.p.a. w zw. art. 229 pkt 3 i 4 k.p.a.; zob. także post. WSA w Poznaniu z 30.12.2016 r., II SA/Po 809/16, Legalis nr 1573450; post. WSA w Warszawie z 6.02.2015 r., IV SAB/Wa 245/14, Legalis nr 1191405.

[16] Nowelizacja dokonana ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2019, poz. 1667).

wynika ponadto z przepisów stanowiących o współpracy rzecznika z Prezesem UOKiK (art. 43 ust. 3 uokik) i z właściwymi miejscowo delegaturami UOKiK, organami Inspekcji Handlowej oraz organizacjami konsumenckimi (art. 42 ust. 1 pkt 4 uokik). O odrębności tej świadczy również fakt, iż rzecznik ma obowiązek współadministrowania wraz ze starostą (prezydentem miasta) danymi osobowymi konsumentów[17]. Ponadto jest zobowiązany do udostępniania informacji publicznej w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej[18].

5. Różne formy działania rzecznika konsumentów

O możliwości przypisania rzecznikowi konsumentów statusu organu administracji nie powinien decydować władczy bądź niewładczy charakter podejmowanych przez niego działań i możliwość poddania jego działań kontroli sądów administracyjnych. Trzeba mieć na uwadze, że nie wszystkie organy administracji mają kompetencje do działania w formach władczych (np. nie mają ich organy opiniodawcze i doradcze) (zob. Kasiński, 2019, s. 323; szerszej o prawnych formach działania administracji – ibidem, s. 543–590). Poza tym nie wszystkie działania organów administracji podlegają kontroli sądu administracyjnego. Kontroli takiej nie podlegają przykładowo działania, które polegają na wyjaśnianiu określonych przepisów prawa, wypowiadaniu poglądów i opinii prawnych na temat treści i znaczenia określonych norm prawnych[19], które są typowe dla rzecznika konsumentów.

Oceniając status rzecznika konsumentów trzeba zresztą rzetelnie zbadać, jaki charakter mają poszczególne działania podejmowane przez rzecznika konsumentów w celu wykonywania jego ustawowych zadań, tzn. czy w istocie, tak jak to ocenił NSA, są to wyłącznie działania o charakterze niewładczym. Duże wątpliwości w tej mierze budzi charakter czynności polegającej na występowaniu do przedsiębiorcy, która jest związana z ustawowym obowiązkiem przedsiębiorcy udzielenia rzecznikowi wyjaśnień i informacji oraz ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika (art. 42 ust. 4 uokik). Brak realizacji tego obowiązku może skutkować odpowiedzialnością przedsiębiorcy z tytułu wykroczenia określonego w art. 114 uokik. Dotychczas w piśmiennictwie i orzecznictwie wskazaną czynność rzecznika uznawano za akt deklaratoryjny, który dotyczy stwierdzenia obowiązku wynikającego z przepisu prawa i podlega kontroli ze strony sądów administracyjnych (zob. Banasiński i Piątek, 2009, komentarz do art. 42, pkt 17; Kania, 2001, s. 10; Koroluk i Powałowski, 2014, s. 871; Radwański, 2016, s. 831; Szuster, 2005, komentarz do art. 37, pkt 2.3; także post. WSA w Rzeszowie z 16.10.2006 r., II SA/Rz 675/06, Legalis nr 640183). Omawiane orzeczenie NSA nie odnosiło się wprawdzie *stricte* do czynności rzecznika polegającej na wystąpieniu do przedsiębiorcy, lecz do bezczynności rzecznika. Z treści tego orzeczenia można jednak wywieść wniosek, że w ocenie NSA także i takie wystąpienie nie podlegałoby kontroli w postępowaniu sądowoadministracyjnym, gdyż NSA, dokonując analizy zadań i kompetencji rzecznika konsumentów, generalnie stwierdził, iż nie podejmuje on czynności władczych, a więc nie ma statusu organu administracji. Można uznać, że podejście NSA do możliwości poddania wystąpień rzecznika do przedsiębiorców kontroli sądów administracyjnych jest w obecnym stanie

[17] Zob. komunikat UODO z 7.11.2019 r. Pozyskano z: https://uodo.gov.pl/pl/225/1249 (7.01.2022), także pismo Prezesa UODO do Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów z 11.02.2020 r. sygn. DOL.027.82.2019.WI.MKU66933 – niepubl.

[18] Zob. wyr. WSA w Gdańsku z 20.08.2014 r., II SAB/Gd 76/14, Legalis nr 1058274; wyr. WSA w Poznaniu z 27.03.2015 r., II SAB/Po 5/15, Legalis nr 1272860.

[19] Por. post. NSA z 24.03.1998 r., II SA 1155/97, Legalis nr 42152.

prawnym uzasadnione, ale rozumowanie sądu, które doprowadziło do takiego wniosku nie jest trafne. Pogląd, iż wystąpienie rzecznika do przedsiębiorcy stanowi akt deklaratoryjny, który dotyczy stwierdzenia obowiązku wynikającego z przepisu prawa, został wyrażony pierwotnie w czasie obowiązywania ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym[20], która w art. 16 ust. 1 pkt 4 przewidywała skargę do sądu administracyjnego na inne niż określone w pkt 1–3 akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące *przyznania, stwierdzenia albo uznania* uprawnienia lub obowiązku wynikających z przepisów prawa. Obecnie kwestię tę reguluje art. 3 § 2 pkt 4 ppsa, który nie powtarza dokładnie poprzedniej regulacji, lecz stanowi, że kontrolą sądów administracyjnych objęte są „inne niż określone w pkt 1–3 akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa". Przepis ten został zmieniony w 2015 r.[21] w ten sposób, że wyłączono możliwość składania skarg na te akty i czynności, które podjęto w ramach postępowania administracyjnego określonego w k.p.a., postępowań określonych w dziale IV, V, i VI Ordynacji podatkowej oraz postępowań, do których mają zastosowanie przepisy wymienionych ustaw. W piśmiennictwie wskazuje się, że zmiana brzmienia przepisu względem pierwotnej regulacji poprzez pominięcie określenia: „przyznanie", „stwierdzenie" i „uznanie" rozszerzyła zakres kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne. Nowelizacja z 2015 r. wyłączyła zaś z zakresu regulacji akty i czynności podejmowane w toku postępowań sformalizowanych, przesuwając ich kontrolę w czasie, gdyż „w interesie skarżącego lepiej jest odczekać aż sprawa „dojrzeje" do rozpoznania przez sąd administracyjny"[22]. Tym bardziej więc istnieją przesłanki, by uznać, że występowanie rzecznika do przedsiębiorców mieści się w pojęciu aktu z zakresu administracji publicznej dotyczącego obowiązku wynikającego z przepisów prawa, o którym mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ppsa. Należy jednak jednocześnie stwierdzić, że tego rodzaju akt nie podlega kontroli sądów administracyjnych, gdyż przepisy uokik wprowadzają odrębną procedurę kontrolowania działań rzecznika w tym zakresie – nie przez sądy administracyjne, lecz przez organy ścigania i sąd karny w ramach postępowań toczących się w związku z wykroczeniem z art. 114 uokik, polegającym na nieudzieleniu rzecznikowi informacji. Sposób pozyskiwania przez rzecznika konsumentów informacji na podstawie art. 42 ust. 2 pkt 3 uokik jest analogiczny do przypadku Prezesa UOKiK, który korzysta w tym zakresie z uprawnień określonych w art. 50 ust. 1 uokik. Podobnie jak w przypadku Prezesa UOKiK, trzeba też uznać, że kontrola sposobu korzystania z tego uprawnienia może odbyć się dopiero na etapie po nałożeniu na przedsiębiorcę sankcji za nieudzielenie informacji (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 222[23]). Dopuszczenie możliwości kwestionowania działań rzecznika na wcześniejszym etapie mogłoby w praktyce sparaliżować pracę rzecznika, a przede wszystkim byłoby sprzeczne z celowością wykładnią art. 3 § 2 pkt 4 ppsa (przepis przewiduje, że kontrola aktów i czynności podjętych w postępowaniu administracyjnym ma następować dopiero po jego zakończeniu) i bezprzedmiotowe, gdyż sądy administracyjne nie są uprawnione do badania słuszności, racjonalności czy celowości

[20] Dz. U. 1995 Nr 74, poz. 368, ze zm. – ustawa uchylona z dniem 1.01.2004 r.

[21] Nowelizacja dokonana ustawą z 9.04.2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. 2015, poz. 658).

[22] Szerokie omówienie nowelizacji, zob. Kabat, 2021, komentarz do art. 3, teza 23–25, a także przedstawiony przez Prezydenta RP projekt ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – druk sejmowy nr 1633. Pozyskano z: https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1633 (07.01.2022).

[23] Pogląd ten podtrzymali następnie m.in. Banasiński i Piontek, 2009, komentarz do art. 50, pkt 3; Kohutek, 2014, s. 780, Krüger, 2014, s. 784. Por. także uzasadnienie wyr. Sądu Antymonopolowego z 16.12.1998 r., XVII AmA 62/98, Legalis nr 46604, w którym sąd wskazał, że ocena czy żądane materiały są wystarczające dla realizacji ustawowych zadań Prezesa UOKiK, czy też nie, należy zasadniczo do tego organu, nie zaś przedsiębiorcy. Podobnie w wyr. SN z 2.12.2008 r., III SK 15/08, Legalis nr 212549 oraz wyr. SA w Warszawie z 17.05.2016 r., VI ACa 630/15, Legalis 2123321. Zob. także Bernatt, 2011, s. 184, który wskazuje, że przedsiębiorcy nie mogą kwestionować zakresu żądanych przez organ informacji.

działań podejmowanych przez organy administracji[24]. Rzecznika konsumentów należy uznawać za organ niezawisły, który autonomicznie decyduje o tym, do kogo skieruje wystąpienie i w jakim zakresie. Na marginesie można zauważyć, że postrzeganie występowania przez rzecznika do przedsiębiorców jako aktu o charakterze jednostronnym i władczym budziłoby z pewnością mniej kontrowersji w sytuacji, gdyby doszło do zmiany przepisów polegającej na uchyleniu art. 114 uokik i przyznaniu rzecznikowi konsumentów, na zasadzie analogii z Prezesem UOKiK (art. 106 ust. 2 pkt 2 uokik), prawa do wydawania decyzji administracyjnej nakładającej karę pieniężną za nieudzielenie mu przez przedsiębiorcę informacji. W takiej sytuacji byłoby oczywiste, że wystąpienia rzecznika będą podlegać kontroli sądów administracyjnych w ramach skarg od decyzji nakładających karę pieniężną za nieudzielenie informacji[25]. W przypadku takiej zmiany legislacyjnej badanie działalności rzecznika konsumentów przez sądy administracyjne byłoby podobne jak w przypadku Rzecznika Finansowego. Sądy administracyjne uznają brak swojej kompetencji do badania działań niewładczych tego Rzecznika polegających na rozpatrywaniu spraw klientów[26], jednak kontroli tych sądów podlegają działania władcze tego Rzecznika polegające na nakładaniu w drodze decyzji administracyjnej kar finansowych za nieudzielenie mu informacji[27]. Co istotne, rozdzielenie przez sądy administracyjne możliwości kontrolowania różnych form działania tego Rzecznika nie skłoniło ich do stwierdzenia, że nie posiada on statusu organu administracji publicznej[28].

Innymi zadaniami podejmowanymi przez rzecznika, które nie zostały dokładnie przeanalizowane przez NSA są: pełnienie funkcji oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów; wytaczanie lub wstępowanie do procesów cywilnych (ewentualnie składanie w takich postępowaniach tzw. istotnych poglądów); składanie wniosków o wydanie decyzji stwierdzającej wygaśnięcie prawa ochronnego na znak towarowy; składanie zawiadomień do Prezesa UOKiK oraz składanie wniosków w sprawie stanowienia i zmiany przepisów prawa miejscowego w zakresie ochrony interesów konsumentów. Realizacja tych zadań w istocie nie wiąże się z załatwianiem spraw administracyjnych, lecz z inicjowaniem pewnych procedur, które mają służyć kontroli lub ochronie praworządności. Pełnienie przez rzecznika konsumentów funkcji oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów ma charakter władczy, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę, że rzecznik konsumentów jako oskarżyciel publiczny ma prawo przeprowadzania czynności wyjaśniających (*argumentum a maiori ad minus* z art. 57 § 2 i 4 ustawy z 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia[29]). Po przeprowadzeniu takiego postępowania rzecznik może złożyć do sądu wniosek o ukaranie, który inicjuje postępowanie sądowe w sprawie o wykroczenie. Wniosek rzecznika konsumentów o wydanie decyzji stwierdzającej wygaśnięcie prawa ochronnego na znak towarowy

[24] W tym zakresie zob. przykładowo wyroki NSA z 30.05.2005 r., OSK 1497/04, Legalis 90366, WSA w Białymstoku z 11.08.2011 r., II SA/Bk 347/11, Legalis nr 422137, WSA w Krakowie z 5.10.2011 r., II SA/Kr 430/11, Legalis nr 414890, gdzie podkreśla się, że wyłącznym kryterium kontroli sprawowanej przez sąd administracyjny jest legalność. Odmiennie nt. zakresu dopuszczalności badania przez sąd administracyjny wezwań rzecznika do przedsiębiorcy wypowiada się M. Radwański (2016, s. 831), który wskazuje, że w jego ocenie sąd administracyjny władny byłby dokonać kontroli wezwania, ale jedynie w zakresie „czy rzecznik skierował wezwanie do przedsiębiorcy w sprawie konsumenckiej".

[25] Powyższe przy założeniu, że zmiana legislacyjna dotyczyłaby tylko formy nakładania sankcji, a nie sądu dokonującego kontroli decyzji. Trzeba mieć na uwadze, że przy zastosowaniu pełnej analogii do rozwiązań legislacyjnych dotyczących Prezesa UOKiK, kontrola decyzji wydawanych przez rzeczników konsumentów należałaby do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a nie do sądów administracyjnych.

[26] Tak WSA w Warszawie w post. z 27.12.20217 r., IV SAB/Wa 313/17, Lex nr 2428476 i z 4.02.2019 r., IV SAB/Wa 563/18, Legalis nr 2237557.

[27] Zob. wyr. WSA w Warszawie z 30.01.2020 r., VII SA/Wa 2282/19, Legalis nr 2515821.

[28] W wyr. WSA w Warszawie z 30.01.2020 r., VII SA/Wa 2282/19, Legalis nr 2515821 sąd wyraźnie nazywa go organem.

[29] T.j. Dz. U. 2021, poz. 457.

uruchamia postępowanie sporne przed Urzędem Patentowym, które kończy się wydaniem przez ten urząd decyzji administracyjnej (zob. art. 255 i art. 255[7] – Prawa własności przemysłowej)[30]. Powództwa wytaczane przez rzecznika konsumentów na rzecz konsumentów albo w interesie publicznym inicjują sądowe postępowanie cywilne. Zawiadomienia składane przez rzecznika konsumentów Prezesowi UOKiK mogą być podstawą wszczęcia przez ten organ odpowiednich postępowań administracyjnych mających na celu ochronę interesu publicznego. Korzystanie przez rzecznika konsumentów z uprawnienia do złożenia wniosku w sprawie stanowienia i zmiany przepisów prawa miejscowego w zakresie ochrony interesów konsumentów służy objęciu ochroną prawną konsumentów poprzez ustanowienie odpowiednich regulacji prawnych. Wskazane zadania rzecznika konsumentów pozwalają postrzegać go jako szczególny organ – organ ochrony prawnej[31].

6. Status rzecznika konsumentów w świetle wykładni systemowej

Oceniając status rzecznika konsumentów należy ponadto wziąć pod uwagę status prawny innych rzeczników działających w kraju. Status organu posiadają:

– Rzecznik Praw Obywatelskich (art. 208–212 Konstytucji RP[32]), który jest konstytucyjnym organem ochrony prawnej[33];
– Rzecznik Praw Dziecka (art. 72 ust. 4 Konstytucji), który jest konstytucyjnym organem ochrony prawnej (Bodio i in., 2016, s. 488 i n.; także Żukowski, 2014, s. 873);
– Rzecznik Praw Pacjenta (art. 42 ust. 1 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[34]), który jest centralnym organem administracji rządowej i jednocześnie organem ochrony prawnej (Bodio i in., 2016, s. 495 i n.);
– Rzecznik Finansowy, który jest organem administracji publicznej (Chołodecki i Strzelbicki, 2017, s. 51; zob. także wyr. WSA w Warszawie z 30.01.2020 r., VII SA/Wa 2282/19, Legalis nr 2515821) i jednocześnie organem ochrony prawnej (Bodio i in., 2016, s. 493),
– Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców, który jest organem ochrony prawnej[35].

Przyjęcie, w ślad za postanowieniem NSA, że rzecznik konsumentów nie ma statusu organu (a jedynie jest pracownikiem samorządowym) umniejszałoby zatem jego rolę względem innych rzeczników działających w kraju, w szczególności względem rzecznika zajmującego się ochroną praw przedsiębiorców. Należy mieć przy tym na uwadze, że rzecznik konsumentów nie działa w trybie ustawy z 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich[36], a jego zadania i kompetencje są daleko szersze i odmienne niż rzeczników działających w trybie

[30] Zgodnie z art. 256 Prawa własności przemysłowej do postępowania spornego przed Urzędem Patentowym w sprawach nieuregulowanych tą ustawą stosuje się odpowiednio przepisy k.p.a.

[31] Szerzej nt. pojęcia organu ochrony prawnej zob. Włodyka, 1975, s. 24 i n., a także Bodio i in., 2016, s. 23 i n.

[32] Konstytucja z 2.04.1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483.

[33] Instytucja ta jest uregulowana w dziale IX Konstytucji „Organy kontroli państwowej i ochrony prawa" . Niektórzy autorzy zaliczają go wyłącznie do organów ochrony prawnej (pomocy prawnej) – tak Bodio i in., 2016, s. 484. Co istotne, w przypadku Rzecznika Praw Obywatelskich sądy administracyjne uznają, że nie jest on organem administracji publicznej, tylko samodzielnym konstytucyjnym organem ochrony prawa i w swoich działaniach jest niezawisły, a także, że czynności podejmowane przez niego na podstawie art. 11 ustawy z 15.07.1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t.j. Dz. U. 2020, poz. 627) nie są czynnościami z zakresu administracji publicznej – zob. post. NSA z 17.05.2007 r., I OSK 1791/06, Legalis nr 2230580 i post. WSA w Warszawie z 16.03.2021 r., VII SAB/ 374/20, Legalis nr 2552769.

[34] T.j. Dz. U. 2020, poz. 849.

[35] Por. P. Ruczkowski, który uznaje tego rzecznika za „niezależny organ państwowy (instytucję państwową), stający na straży praw małych i średnich przedsiębiorców" (Ruczkowski, 2019, komentarz do art. 1, pkt 3). P. Lissoń wskazuje jednak, że rzecznik ten jest organem hybrydowym, łączącym w sobie cechy wyspecjalizowanego ombudsmana i organu administracji rządowej (Lissoń, 2018, s. 70).

[36] Dz. U. 2016, poz. 1823.

tej ustawy, tj. Rzecznika Praw Pasażerów Kolei[37] i Rzecznika Pasażerów przy Urzędzie Lotnictwa Cywilnego[38].

Analizując status prawny Rzecznika Praw Dziecka, Rzecznika Finansowego, Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców oraz powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów, należy stwierdzić, że mankamentem przyjętych rozwiązań ustawowych jest brak wyraźnie określonego statusu prawnego tych instytucji. Jak wynika z komentowanego postanowienia NSA, dotychczasowe regulacje uokik w zakresie rzecznika konsumentów nie dają jasnego komunikatu czy rzecznik jest organem, czy nie jest, a jeśli jest, to jakim. *De lege ferenda* należy zatem postulować zmianę przepisów co najmniej poprzez wyraźne przyznanie rzecznikowi konsumentów w przepisach uokik statusu szczególnego rodzaju organu powiatu – organu ochrony prawnej. Docelowo zaś zasadne byłoby nadanie rzecznikowi konsumentów, a także innym rzecznikom działającym w kraju, statusu organów ochrony prawa w Konstytucji RP.

7. Podsumowanie

Reasumując – analizując zadania przypisane rzecznikowi konsumentów i charakter podejmowanych przez niego działań należy przyjąć, że rzecznik konsumentów jest organem, który nie jest jednolity. Jest to organ hybrydowy, który łączy w sobie cechy zarówno organu administracji – organu powiatu, którego istnienie wynika z przepisów uokik, jak i organu ochrony prawnej. Wykonuje zadania, które mają na celu zarówno kontrolę i ochronę praworządności – w tym zakresie jest reprezentantem interesu ogółu konsumentów, jak i ochronę indywidualnych interesów konsumentów poprzez udzielanie im pomocy prawnej. Ponadto wykonuje zadania edukacyjno-informacyjne. Wykonywanie przez rzecznika zadań, takich jak poradnictwo prawne i edukacja konsumencka można uznać za czynności faktyczne stanowiące działalność społeczno-organizatorską administracji, a zatem niewładczą formę działania administracji (por. Jaworska-Dębska, 2019, s. 589), która nie podlega kontroli sądów administracyjnych. Wykonywanie przez rzecznika zadania polegającego na występowaniu do przedsiębiorców można uznać za akt administracyjny, czyli władczą formę działania administracji, która jednak nie podlega kontroli sądów administracyjnych, ponieważ ustawodawca przewidział w tym zakresie inną procedurę. Inicjowanie przez rzecznika postępowań cywilnych, administracyjnych i karnych to działania polegające na uruchamianiu odpowiednich procedur w celu kontroli lub przywrócenia stanu zgodnego z prawem, a zatem działania typowe dla organu ochrony prawa. Podobnie należy ocenić działanie rzecznika polegające na składaniu wniosków w sprawie stanowienia lub zmiany przepisów prawa miejscowego w zakresie ochrony konsumentów, gdyż ma ono na celu udzielenie ochrony prawnej. Z tych względów glosowane postanowienie NSA należy uznać za nietrafne w części, w jakiej odnosi się do statusu prawnego rzecznika konsumentów i oceny charakteru prawnego wszystkich podejmowanych przez niego działań.

[37] Działalność tego rzecznika regulują art.16a–16g ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. 2021, poz. 1984) i Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z 25.04.2017 r. w sprawie organizacji instytucji Rzecznika Praw Pasażera Kolei oraz postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów pasażerskich (Dz. U. 2017, poz. 893).

[38] Działalność tego rzecznika reguluje art. 205a ustawy z 3.07.2002 r. Prawo lotnicze (t.j. Dz. U. 2020, poz. 1970).

Bibliografia

Banasiński, C., Piontek, E. (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Warszawa: Wolters Kluwer Lex/el.

Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniach przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Bodio, J., Borkowski, G. i Demendecki, T. (2016). *Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa*. Wyd. 5. Warszawa: Wolters Kluwer

Bunikowski, D. (2006). Powiatowy rzecznik konsumentów, *Jurysta*, (11).

Chołodecki, M. i Strzelbicki, M. (2017). *Ustawa o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym. Komentarz.* Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo.

Jaworska-Dębska, B. (2019). W M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*. Wyd. 7. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kania, S. (2001). Status prawny powiatowego rzecznika konsumentów. *Samorząd Terytorialny*, (5).

Kabat, A. (2021). W B. Dauter, M. Niezgódka-Medek, A. Kabat (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: Wolters Kluwer Lex/el.

Kasiński, M. (2019). W M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie* Wyd. 7. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kohutek, K. (2014). W K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Koroluk, S. i Powałowski, A. (2014). W T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, *Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.

Krüger, J. (2016). W A. Stawicki i E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Lis, W. (2018). Powiatowy rzecznik konsumentów – strażnik ochrony interesów i praw konsumentów czy organ o pozorowanych kompetencjach? W M. Zdyb, E. Kruk, G. Lubeńczuk (red.), *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*. Wyd. 1. Warszawa: Wolters Kluwer.

Lissoń, P. (2018). Rzecznik małych i średnich przedsiębiorców: ombudsman czy organ administracji rządowej. *Ruch Prawniczy*, *Ekonomiczny i Socjologiczny*, LXXX, zeszyt 4.

Łętowska, E. (2001). *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*. Wyd. 3. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Łętowska, E. (2002). *Prawo umów konsumenckich*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Materna, G. (2014). W T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Modzelewska-Wąchal, E. (2002). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Twigger

Olejniczak-Szałowska, E. (2019). W M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*. Wyd. 7. Warszawa: Wolters Kluwer.

Radwański, M. (2016). W A. Stawicki i E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Ruczkowski, P. (2019). W L. Bielecki, P. Ruczkowski, *Komentarz do ustawy o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców*. Warszawa Woltres Kluwer Lex/el.

Sieradzka, M. (2014). W K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Stahl, M. (2011). W R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego. Podmioty administrujące*. Tom 6. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck

Stahl, M. (2019). W M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*. Wyd. 7. Warszawa: Wolters Kluwer.

Stawicki, A. i Stawicki, E. (2016). W A. Stawicki i E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Stefaniuk, M. (2009). W T. Skoczny, A. Jurkowska i D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.* Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

UOKiK. (2014). Projekt Polityki konsumenckiej na lata 2014–2018. Warszawa: UOKiK. Pozyskano z: https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=14692.

Szuster, S. (2005). W K. Kohutek (red.), *Komentarz do ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*. Warszawa: Wolters Kluwer Lex/el.

Włodyka, Z. (1975). *Ustrój organów ochrony prawnej*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Żukowski, Ł. (2014). *Rola Rzecznika Praw Dziecka w ochronie praw dzieci*. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Pozyskano z: oai:repozytorium.uni.wroc.pl:53692 (07.01.2022).

Paulina Komorowska*

Nadużycie pozycji dominującej poprzez naruszenie ochrony danych osobowych na przykładzie sprawy *Bundeskartellamt vs Facebook*

Spis treści

I. Wstęp
II. Tło i status niemieckiej sprawy przeciwko *Facebook*
III. Zagadnienia prawne
  1. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundeskartellamt
  2. Zagadnienia prawne podniesione przez OLG Düsseldorf
  3. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundesgerichtshof
IV. Omówienie
  1. Eksploatacyjny charakter praktyki
  2. Naruszenie przepisów RODO jako element oceny praktyki
V. Podsumowanie

Streszczenie

Przenikanie się reżimów prawa konkurencji i ochrony danych w gospodarce cyfrowej staje się coraz bardziej wyraźne. Niniejszy artykuł poświęcony jest omówieniu jednego z zagadnień z tym związanych, tj. nadużyciu pozycji dominującej poprzez naruszenie prywatności na przykładzie sprawy *Facebook*, wszczętej przez niemiecki organ ochrony konkurencji (Bundeskartellamt). W artykule przedstawione są główne argumenty podnoszone przez Bundeskartellamt oraz sądy w postępowaniu, nierzadko prezentujące przeciwstawne stanowiska. W tekście szczególną uwagę poświęcono kwestii eksploatacyjnego charakteru praktyki, w tym przekazywaniu danych osobowych jako formy „zapłaty" za korzystanie z usług, oraz kwestii stosowania przepisów Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych (RODO) przez organy ochrony konkurencji.

Słowa kluczowe: gospodarka cyfrowa; nadużycie pozycji dominującej; praktyka eksploatacyjna; RODO; ochrona danych osobowych.

JEL: K21, L40

* Radca prawny; counsel w kancelarii PwC Legal, kierująca praktyką IP/TMT i Danych Osobowych; adres e-mail: paulina.komorowska@pwc.com.

I. Wstęp

Przenikanie się prawa ochrony danych osobowych z prawem konkurencji w gospodarce cyfrowej systematycznie nabiera coraz większego znaczenia. Można wyróżnić dwa zasadnicze obszary tego styku w kontekście skutków dla konkurencji: związane z danymi (*data-related*) oraz związane z prywatnością (*privacy-related*) (Douglas, 2021).

W niniejszym artykule przedstawione zostanie jedno z zagadnień dotyczących skutków dla konkurencji związanych z prywatnością, jakim jest eksploatacyjne nadużywanie pozycji dominującej poprzez naruszenie prywatności, na przykładzie sprawy zainicjowanej przez niemiecki organ ochrony konkurencji (Bundeskartellamt) przeciwko *Facebook*. W artykule przedstawione zostaną główne zagadnienia prawne wraz z argumentami Bundeskartellamt i sądów w postępowaniu, a także omówiony zostanie aspekt eksploatacyjnego charakteru praktyki, w tym przekazywania danych osobowych jako formy „zapłaty" za korzystanie z usług i kwestia stosowania przepisów Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych (RODO)[1] przez organy ochrony konkurencji.

II. Tło i status niemieckiej sprawy przeciwko *Facebook*

Sprawa *Facebook* od strony procesowej jest dość skomplikowana. Od wydania decyzji przez niemiecki organ ochrony konkurencji minęły ponad dwa lata – wypełnione szeregiem orzeczeń wydawanych przez sądy w tzw. trybie pilnym (*Eilverfahren*) – zanim sprawa została rozpatrzona w ramach głównego postępowania (*Hauptsacheverfahren*).

Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook* (dalej też: Decyzja) została wydana 6 lutego 2019 r., kończąc postępowanie trwające niemal 3 lata[2]. Dla porządku warto przypomnieć, że Facebook oferuje prywatnym użytkownikom możliwość łączenia się w serwisie Facebook (na stronie internetowej lub za pomocą mobilnej aplikacji) z przyjaciółmi i znajomymi oraz dzielenie się z nimi różnymi treściami[3]. Dostęp do serwisu jest bezpłatny dla użytkowników, jest natomiast finansowany przez internetową reklamę kierunkową (*online targeted advertising*)[4].

Niemiecki organ ochrony konkurencji zdefiniował produktowy rynek właściwy jako rynek serwisów społecznościowych dla użytkowników prywatnych, jego zasięg geograficzny ograniczył zaś do terytorium Niemiec[5]. Organ uznał, że na tak zdefiniowanym rynku właściwym Facebook[6] posiada pozycję dominującą[7]. Za kluczowe dla oceny pozycji rynkowej Facebook organ przyjął istnienie silnych efektów sieciowych i trudność w zmianie na inny serwis społecznościowy dla użytkowników[8]. Organ odniósł się także do wielu przypadków wyjść z niemieckiego rynku konkurentów Facebook (np. serwisy StudiVZ, SchülerVZ, Google+) i malejących udziałów rynkowych

[1] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119, z 4.05.2016 r., s. 1–88.

[2] Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 1. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

[3] Ibidem, s. 2.

[4] Ibidem.

[5] Ibidem, s. 3.

[6] Postępowanie było prowadzone przeciwko spółkom Facebook Inc. (USA), Facebook Ireland Ltd. (Irlandia) oraz Facebook Germany GmbH (Niemcy). W niniejszym artykule spółki łącznie określane są jako Facebook.

[7] Podsumowanie decyzji ws. Facebook, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 5.

[8] Ibidem, s. 6.

pozostałych konkurentów, konkludując, że istnieje trend przechylania się rynku (*market tipping*) na rzecz spółki Facebook, która staje się monopolistą[9].

W oparciu o te ustalenia, niemiecki organ ochrony konkurencji w Decyzji zakazał Facebook uzależniania korzystania z serwisu przez niemieckich użytkowników od wyrażenia zgody na gromadzenie danych o użytkownikach i urządzeniach, z których korzystają, z innych portali internetowych i aplikacji oraz łączenia ich z danymi zbieranymi z kont użytkowników w serwisie Facebook[10], traktując takie działanie jako nadużycie pozycji dominującej.

Facebook odwołał się od Decyzji do sądu odwoławczego (*Oberlandesgericht*) w Düsseldorfie (OLG Düsseldorf). W efekcie tego odwołania sąd tymczasowo zawiesił wykonalność Decyzji ze względu na „poważne wątpliwości co do [jej] legalności" w odniesieniu do zarzucanej praktyki eksploatacyjnej wobec konsumentów – użytkowników serwisu Facebook, jak i praktyki wykluczającej w stosunku do obecnych lub potencjalnych konkurentów Facebook[11].

Organ ochrony konkurencji odwołał się od orzeczenia OLG Düsseldorf do Bundesgerichtshof (Federalnego Sądu Najwyższego). W wyniku odwołania, postanowieniem z dnia 23 czerwca 2020 r., orzeczenie OLG Düsseldorf wstrzymujące wykonanie Decyzji zostało uchylone, a zarzuty Bundeskartellamt wstępnie potwierdzone[12].

Następnie spółka Facebook ponownie wniosła o wstrzymanie wykonalności Decyzji, do czego przychylił się OLG Düsseldorf[13]. W odpowiedzi Bundeskartellamt odwołał się od orzeczenia OLG Düsseldorf, które Bundesgerichtshof dopuścił w dniu 15 grudnia 2020 roku[14].

W dniu 24 marca 2021 r. odbyła się rozprawa, w wyniku której OLG Düsseldorf zdecydował się skierować pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), które będzie rozstrzygane pod sygnaturą C-252/21[15].

III. Zagadnienia prawne

1. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundeskartellamt

Istotą sformułowanego w Decyzji zarzutu Bundeskartellamt wobec Facebook jest uzależnienie korzystania przez użytkowników z serwisu Facebook od udzielenia zgody na zbieranie ich danych osobowych z portali i aplikacji podmiotów trzecich, co według organu stanowi nadużycie pozycji dominującej na gruncie klauzuli generalnej niemieckiej ustawy o ochronie konkurencji[16] (sek. 19(1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB).

Bundeskartellamt uznał w Decyzji, że przepisy Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych (RODO) nie wykluczają możliwości dokonywania oceny zgodności przetwarzania danych

[9] Ibidem,

[10] Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 1.

[11] Orzeczenie OLG Düsseldorf VI-Kart 1/19 (V), 26.08.2019, s. 5–7. Pozyskano z: https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/Pressemitteilungen_aus_2019/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-_V_.pdf (14.11.2021).

[12] Orzeczenie Bundesgerichshof KVR 69/19, 23.06.2020. Pozyskano z: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2020-6&Seite=4&nr=109506&pos=121&anz=279 (19.12.2021).

[13] Orzeczenie Kart 13/20, 30.11.2020. Pozyskano z: https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2020/Kart_13_20_V_Beschluss_20201130.html (19.12.2021).

[14] Orzeczenie Bundesgerichshof KVZ 90/20, 18.12.2020. Pozyskano z: https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/03/BGH-Beschluss-v.-15.12.2020-KVZ-9020.pdf (19.12.2021).

[15] https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=242143&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207886 (19.12.2021).

[16] Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 7. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

osobowych z przepisami RODO przez ten organ[17]. Organ odniósł się także do niemieckiej Konstytucji, która przewiduje prawo do samostanowienia informacyjnego (*informational self--determination*)[18], tj. prawa każdej osoby do kontroli nad przetwarzaniem jej danych osobowych. W związku z tym niemiecki organ ochrony konkurencji ocenił, że zasady przetwarzania danych osobowych przez Facebook, tj. zbieranie danych osobowych z portali i aplikacji podmiotów trzecich oraz ich łączenie z danymi gromadzonymi w ramach portalu Facebook na podstawie zgody użytkownika, której udzielenie stanowi warunek korzystania z serwisu Facebook, naruszają przepisy RODO[19]. Organ stwierdził, że brak jest uzasadnienia dla szerokiego zakresu przetwarzanych danych osobowych oraz uznał, że zgoda na łączenie zbiorów danych nie spełnia wymogów dobrowolnej zgody na gruncie przepisów RODO[20]. W tym zakresie organ powołał się bezpośrednio na art. 6(f) RODO, dokonując oceny czy interesy Facebook przeważają nad interesami użytkowników oraz odniósł się do siły negocjacyjnej Facebook jako elementu wpływającego na brak dobrowolności zgody[21].

Niemiecki organ ochrony konkurencji uznał, że takie sformułowanie zasad przetwarzania danych przez Facebook jest manifestacją siły rynkowej. Według organu wskazuje na to zarówno „normatywny związek przyczynowy" (*normative causality*), jak i „skutkowy związek przyczynowy" (*effect-based casuality*), tj. Facebook stosuje takie zasady, ponieważ posiada pozycję dominującą, a to działanie skutkuje utrudnieniem innym konkurowania na rynku[22].

2. Zagadnienia prawne podniesione przez OLG Düsseldorf

Według OLG Düsseldorf, sądu odwoławczego, poważne wątpliwości co do legalności decyzji wiązały się przede wszystkim z brakiem wykazania przez organ, że przetwarzanie danych przez Facebook prowadzi do istotnej szkody lub negatywnego skutku dla konkurencji[23]. O ile OLG Düsseldorf potwierdził, że zasady korzystania z serwisu Facebook, w tym zasady dotyczące danych i plików *cookies*, podlegają ocenie co do słuszności warunków transakcji, o tyle w ocenie sądu organ nie przeprowadził dostatecznej analizy co do warunków transakcji, które obowiązywałyby w warunkach skutecznej konkurencji[24].

OLG Düsseldorf wskazał, że nie jest wykluczone, aby uznać szkodę dla ochrony konsumentów za szkodę dla konkurencji[25]. Natomiast według sądu przekazywanie Facebook przez użytkowników dodatkowych danych nie jest praktyką eksploatacyjną, ponieważ przekazanie danych osobowych nie prowadzi do straty ekonomicznej – użytkownik może przekazać te same dane innemu podmiotowi, w tym konkurentowi Facebook[26]. Sąd odniósł się także do kwestii nadmiarowości danych pozyskiwanych przez Facebook, wskazując, że nie każde przekroczenie (*Überschreitung*) tego, co jest uznane za dozwolone zgodnie z zasadami konkurencji, prowadzi

[17] Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 8–9. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

[18] Ibidem, s. 8.

[19] Ibidem, s. 7.

[20] Ibidem, s. 10.

[21] Ibidem, s. 10–11.

[22] Ibidem, s. 11.

[23] Orzeczenie OLG Düsseldorf VI-Kart 1/19 (V), 26.08.2019, s. 7.

[24] Ibidem, s. 7–8.

[25] Ibidem, s. 8.

[26] Ibidem, s. 8–9, 28.

do przyjęcia nadużycia pozycji dominującej[27]. OLG Düsseldorf nie przychylił się także do stanowiska organu, że szkodą dla użytkownika jest utrata kontroli nad swoimi danymi, podnosząc że przetwarzanie „nadmiarowych" danych odbywa się na podstawie zgody użytkownika, a brak wiedzy o tym, w jaki sposób dane są przetwarzane, wynika nie z pozycji dominującej Facebook, a z braku zapoznania się przez użytkowników serwisu z zasadami przetwarzania danych[28]. OLG Düsseldorf podkreślił również, że nadużycie pozycji dominującej zakłada naruszenie zasad konkurencji, natomiast samo naruszenie przepisów prawa nie jest wystarczające do uznania, że doszło do naruszenia zasad konkurencji[29]. Podobnie, według sądu nie każde nieuczciwe warunki umowne stosowane przez podmiot dominujący wiążą się automatycznie z nadużyciem pozycji dominującej[30]. OLG Düsseldorf zaakcentował także, że celem zakazu praktyk nadużywania pozycji dominującej nie jest kontrola każdego naruszenia prawa przez dominanta, a tylko takich, które mają wpływ na konkurencję. Za absolutnie niezbędne sąd uznał istnienie relacji przyczynowo-skutkowej pomiędzy pozycją rynkową przedsiębiorcy a jego działaniem (antykonkurencyjnymi skutkami tego działania), tj. kluczowa dla ustalenia nadużycia pozycji dominującej jest odpowiedź na pytanie, czy zgoda na przetwarzanie dodatkowych danych przez Facebook nie może być uznana za dobrowolną ze względu na siłę rynkową Facebook[31]. W ocenie OLG Düsseldorf nieuczciwe warunki handlowe mogą występować na rynkach konkurencyjnych, gdzie ich stosowanie nie wynika z pozycji rynkowej przedsiębiorcy, tylko z niedoskonałości rynku (*market failure*) prowadzącej do systemowej asymetrii informacyjnej[32]. Ponadto sąd niemiecki uznał, że nic nie wskazuje na to, aby użytkownicy portalu społecznościowego Facebook byli zależni od tego przedsiębiorcy w momencie wyrażania zgody na warunki handlowe portalu, stąd zgoda jest autonomiczna i dobrowolna. Fakt, że korzystanie z portalu Facebook wiąże się ze zgodą na wykorzystywanie dodatkowych danych nie oznacza przymusu. Sąd, powołując się na liczbę użytkowników portalu Facebook w Niemczech (ok. 32 miliony miesięcznie) oraz liczbę osób, które nie są użytkownikami tego portalu (ok. 50 milionów miesięcznie), uznał, że potwierdza ona dobrowolność zgody[33]. Według OLG Düsseldorf niemiecki organ ochrony konkurencji nie wykazał także, że użytkownicy preferują płatne portale społecznościowe ani czy osoby niekorzystające z portalu Facebook korzystałyby z niego, gdyby Facebook nie wykorzystywał dodatkowych danych[34].

3. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundesgerichtshof

W orzeczeniu z 23 czerwca 2020 r. Bundesgerichtshof stwierdził, że nie zachodzą poważne wątpliwości co do pozycji dominującej Facebook[35]. Sąd uznał także, że nie ma poważnych wątpliwości co do nadużywania przez Facebook pozycji dominującej poprzez uzależnianie korzystania z portalu Facebook od udzielenia zgody na łączenie danych pozyskanych spoza portalu

27 Ibidem, s. 9.
28 Ibidem, s. 9–11.
29 Ibidem, s. 13.
30 Ibidem.
31 Ibidem, s. 18, 27–28.
32 Ibidem, s. 21.
33 Ibidem, s. 25–26.
34 Ibidem, s. 29.
35 Orzeczenie Bundesgerichshof KVR 69/19, 23.06.2020, s. 8.

Facebook z tymi zgromadzonymi w ramach portalu[36]. Według Sądu polityka prywatności stanowi część warunków świadczenia usług, a okoliczność czy do przetwarzania danych na gruncie przepisów o ochronie danych potrzebna jest zgoda użytkownika jest nieistotna – rejestrując się na portalu Facebook, użytkownik wyraża zgodę na stosowanie polityki prywatności[37]. Sąd zakwestionował argumenty OLG Düsseldorf dotyczące dobrowolności przekazywania dodatkowych danych, podnosząc, że pominięty został aspekt interesów tych użytkowników, którzy chcąc korzystać z portalu Facebook, jednocześnie za ważne uważają ograniczenie przetwarzania ich danych osobowych do tego co niezbędne do korzystania i zapewnienia finansowania portalu[38]. Według Sądu użytkownicy są pozbawieni wyboru czy chcą korzystać z rozszerzonej oferty, obejmującej „spersonalizowane doświadczenie" (*Personalisierung des Nutzungserlebnisses*), które wiąże się z potencjalnie nieograniczonym przetwarzaniem danych osobowych, czy chcą, aby personalizacja obejmowała tylko ograniczony zakres danych, ujawnionych na portalu Facebook[39].

Według Sądu fakt, że korzystanie z portalu Facebook jest darmowe nie powoduje, że takie rozszerzenie usługi o personalizowanie w oparciu o dane zgromadzone poza portalem Facebook jest nieistotne w kontekście oceny nadużywania pozycji dominującej. Aspekt antymonopolowy związany jest z narzuceniem użytkownikom usługi, której nie chcą, a w konsekwencji wzrasta „zapłata" (*Gegenleistung*) (przekazanie danych osobowych) za usługę, której chcą (korzystanie z portalu społecznościowego)[40].

Sąd przyznał rację OLG Düsseldorf, że działanie Facebook nie prowadzi do ekonomicznej szkody użytkowników portalu, ponieważ dane mają charakter niematerialny i nierywalizacyjny[41] oraz nie podlegają zużyciu. Jednakże w ocenie Bundesgerichtshof te cechy nie powodują, że zachowanie Facebook nie może podlegać ocenie prawa konkurencji. Zezwalając na gromadzenie i korzystanie z ich danych osobowych, użytkownicy dostarczają Facebook zasoby o wartości ekonomicznej[42]. Według Sądu, dane osobowe stanowią „zapłatę" za korzystanie z portalu Facebook, a korzystanie przez Facebook z dodatkowych danych użytkowników – gromadzonych poza portalem Facebook – zwiększa wartość takiej „zapłaty". Jakość i ilość zgromadzonych danych przekłada się bezpośrednio na stawki Facebook w relacjach z partnerami reklamowymi, a wartość każdej danej wzrasta, im więcej danych jest zgromadzonych. Dane, które przekazują użytkownicy tworzą zbiór danych dostępnych tylko dla Facebook, co oznacza, że nie są oni w stanie przekazać takiego samego zestawu danych innym podmiotom[43].

Bundesgerichtshof nie zgodził się z OLG Düsseldorf, że nadużycie pozycji dominującej zawsze wymaga bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy posiadaniem pozycji dominującej a możliwością narzucania warunków usług stanowiących praktykę eksploatacyjną

[36] Ibidem, s. 22.

[37] Ibidem.

[38] Ibidem, s. 23.

[39] Ibidem, s. 24.

[40] Ibidem.

[41] W naukach ekonomicznych dobrami nierywalizacyjnymi określa się takie dobra, których konsumpcja nie wpływa na ich dostępność. Innymi słowy, korzystanie z takiego dobra nie obniża jego podaży.

[42] Ibidem, s. 25.

[43] Ibidem, s. 25–26.

w stosunku do konsumentów. W ocenie Sądu za wystarczające uznać należy wystąpienie na rynku skutku, który nie zaistniałby w warunkach skutecznej konkurencji[44].

Bundesgerichtshof uznał, że nie zachodzą poważne wątpliwości co do antykonkurencyjnego skutku warunków świadczenia usług oferowanych przez Facebook[45]. Sąd odniósł się zarówno do warunków świadczenia usług portali, takich jak YouTube, Skype, LinkedIn i Twitter – stwierdzając, że wprawdzie nie działają one na rynku właściwym w sprawie, ale nawet gdyby inne portale społecznościowe stosowały podobne warunki świadczenia usług co Facebook, nie miałoby to doniosłości w sprawie oceny praktyk tego ostatniego, ponieważ, według Sądu, mogłoby to wynikać z wzorowania się przez te portale na warunkach ustalonych przez Facebook[46]. Sąd stwierdził również, że niezgodność z prawem warunków świadczenia usług nie jest konieczna, aby uznać je za naruszające prawo konkurencji[47].

Bundesgerichtshof nie zgodził się z oceną OLG Düsseldorf także w aspekcie możliwości podjęcia przez konsumenta decyzji co do korzystania z portalu Facebook. Sąd podkreślił, że portal ten odgrywa istotną rolę dla komunikacji społecznej i że – przynajmniej dla części konsumentów – korzystanie z niego ma bardzo istotny wpływ na uczestnictwo w życiu towarzyskim. Sąd przyznał, że o ile rzeczywiście korzystanie z portalu Facebook nie jest niezbędne, o tyle ochrona konsumentów przed praktykami eksploatacyjnymi nie obejmuje wyłącznie niezbędnych produktów i usług[48]. Sąd zwrócił uwagę na istotność portalu Facebook także w aspekcie debaty publicznej na tematy polityczne, społeczne, kulturowe i gospodarcze[49].

Sąd odniósł się także do tego, że na rynku, gdzie funkcjonuje skuteczna konkurencja, konsumentom zapewniony jest wybór. Zakaz praktyk nadużywania pozycji dominującej na rynku jest uzasadniony, jeśli ze względu na strukturę rynku (tak jak w przedmiotowej sprawie) i osłabienie sił konkurencyjnych brak jest perspektyw na zapewnienie wyboru konsumentom[50]. W tym kontekście Sąd stwierdził również, że mimo iż decyzja Bundeskartellamt oparta jest w pewnej mierze na zarzucie naruszenia prawa ochrony danych osobowych, w swej istocie dotyka ona zasadniczego problemu, tj. braku wyboru konsumentów co do modelu usługi świadczonej przez Facebook bez ponoszenia negatywnych konsekwencji[51].

Na rozprawie, po wydaniu orzeczenia przez Bundesgerichtshof, OLG Düsseldorf zdecydował się skierować pytania prejudycjalne do TSUE. Pytań – w formule wariantowej – zostało zadanych siedem, w większości wieloskładnikowych[52]. Co ciekawe, a może i zaskakujące w świetle wywodów poczynionych przez Bundesgerichtshof, wszystkie pytania skierowane do TSUE dotyczą interpretacji przepisów RODO i obejmują m.in. kwestie kompetencji organu, który nie jest organem nadzorczym w rozumieniu art. 51 RODO, do oceny zgodności z RODO warunków przetwarzania danych osobowych do celów dokonania oceny na gruncie prawa konkurencji (pytanie nr 1) oraz czy zgoda udzielana podmiotowi dominującemu może być dobrowolna w znaczeniu przepisów RODO.

44 Ibidem, s. 27–28.

45 Ibidem, s. 33.

46 Ibidem, s. 35.

47 Ibidem, s. 39.

48 Ibidem, s. 40.

49 Ibidem, s. 49.

50 Ibidem, s. 48–49.

51 Ibidem, s. 51.

52 https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=242143&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207886 (19.12.2021).

IV. Omówienie

Liczba zagadnień prawnych poruszonych w niemieckiej sprawie *Facebook* jest znacząca, omówienie wszystkich z nich znacznie przekracza ramy niniejszego opracowania. Przedstawione zostaną dwa: (a) eksploatacyjny charakter praktyki oraz (b) naruszenie przepisów RODO jako element oceny praktyki.

1. Eksploatacyjny charakter praktyki

Bundeskartellamt uznał stosowanie warunków świadczenia usług przez Facebook za praktykę eksploatacyjną. W literaturze można spotkać się ze stanowiskami wyrażającymi rozczarowanie, że organ nie przeanalizował tych warunków z perspektywy praktyki wykluczającej (zarówno w odniesieniu do rynku portali społecznościowych, jak i rynku reklamy), która mogłaby okazać się mniej kontrowersyjna w kontekście pozyskiwania zgody na przetwarzanie dodatkowych danych osobowych użytkowników (zob. np. Kerber i Zolna, 2020). Spowodowałoby to jednak przyjęcie innej optyki, tj. naruszenia opartego o posiadanie dostępu do danych (*data-related*), a nie – zasadniczo – naruszenia prywatności użytkowników (*privacy-related*).

Natomiast należy przyznać, że nadużycie pozycji dominującej polegające na stosowaniu praktyk eksploatacyjnych – nie tylko w gospodarce cyfrowej – jest zazwyczaj trudniejsze do wykazania, a organy ochrony konkurencji są bardziej wstrzemięźliwe ze względu na brak jednoznacznego mechanizmu zapewniającego pewność prawną w ocenie (Ayata, 2021, s. 178). Znaczącym wyzwaniem dla organów ochrony konkurencji jest ocena eksploatacyjnych praktyk cenowych, szczególnie w zakresie uznania czy cena jest zawyżona. Należy jednak zgodzić się z W. Kerberem, który, dostrzegając te wyzwania, stwierdza, że nie powinny one oznaczać całkowitego zakwestionowania istnienia naruszeń o charakterze eksploatacyjnym (Kerber i Zolna, 2020, s. 19).

Niezależnie od powyższego, w przedmiotowej sprawie dodatkową trudnością jest skonkretyzowanie praktyki stosowanej przez Facebook. Czy stanowi ona narzucanie niesłusznych (zawyżonych) cen czy raczej nieuczciwych warunków transakcji? Nie wynika to wprost z Decyzji, gdyż Bundeskartellamt oparł się na klauzuli generalnej przepisu będącego niemieckim odpowiednikiem art. 102 TFUE[53], nie precyzując rodzaju praktyki.

W orzeczeniu Bundesgerichtshof akcent dość mocno położony jest na aspekt „zapłaty" danymi. Rozważanie danych osobowych wprost w kategorii wartości porównywalnej do pieniądza jest jednak trudne ze względu na okoliczności wskazane w orzeczeniu sądu. Jak wskazano wyżej, dane osobowe nie mają charakteru rywalizacyjnego, co oznacza, że ich udostępnienie jednemu podmiotowi nie stoi na przeszkodzie – w przeciwieństwie do środków pieniężnych – udostępnieniu tych samych danych innemu podmiotowi. Istnieje też wiele wyzwań związanych z ustaleniem wartości poszczególnych danych osobowych, poczynając od wyboru perspektywy: rynkowej (komercyjnej) czy prywatnej (indywidualnej) (Acquisti, Taylor i Wagman, 2016; OECD, 2013), która determinuje wynik analizy (w wielu przypadkach wartość poszczególnych danych z perspektywy osoby będzie się różnić od jej wyceny rynkowej). W ocenie wartości danych osobowych bardzo

[53] Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326, z 26 października 2012 r., s. 47–390).

istotny jest także kontekst – określone dane osobowe mogą być bardzo cenne w danych okolicznościach, a w innych nie przedstawiać istotnej wartości.

Pomimo wskazanych powyżej wyzwań, koncepcja uznania danych osobowych za swego rodzaju „wartość płatniczą" została odzwierciedlona w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (dalej: dyrektywa o usługach cyfrowych)[54]. Na gruncie dyrektywy o usługach cyfrowych za usługę cyfrową konsument może zapłacić cenę albo w sposób tradycyjny, albo poprzez dostarczenie danych osobowych, które nie są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu dostarczenia treści cyfrowych/usługi cyfrowej lub w celu spełnienia obowiązków prawnych spoczywających na przedsiębiorcy[55]. W podobnym tonie zdają się argumentować O. Budzinski, M. Grusevaja i V. Noskova (2020, s. 20), twierdząc, że jeśli dane osobowe wykorzystywane są w zamian za świadczenie usługi internetowej, pełnią wówczas funkcję pieniężną.

Ponadto praktyka przedsiębiorcy polegająca na łączeniu danych osobowych pozyskiwanych za pośrednictwem podstawowych usług platformowych z danymi osobowymi pozyskiwanymi za pośrednictwem dowolnych innych usług oferowanych przez podmiot mający status „strażnika dostępu" (*gatekeeper*) lub z danymi osobowymi pozyskiwanymi za pośrednictwem usług świadczonych przez osoby trzecie bez zgody użytkownika została uznana za niedozwoloną w odniesieniu do dostawców usług cyfrowych o znacznej sile rynkowej (*gatekeepers*)[56] w projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) (dalej: projekt DMA)[57]. W tym przypadku praktyce tej bliżej jest do stosowania nieuczciwych warunków transakcji – projekt DMA zawiera wiele nawiązań do słuszności/uczciwości (*fairness*), poczynając od samego tytułu projektu, który zawiera w sobie odniesienie do „uczciwych rynków w sektorze cyfrowym" (*fair markets in the digital sector*), a skończywszy na określeniu wprost wskazanej praktyki jako „ograniczającej kontestowalność" lub „nieuczciwej" (znajduje się ona w rozdziale III projektu DMA, zatytułowanym „Praktyki strażników dostępu, które ograniczają kontestowalność lub są nieuczciwe").

Zarówno narzucanie wygórowanych cen, jak i inne nieuczciwe warunki handlowe stanowią w zasadzie jeden rodzaj praktyki skatalogowany w art. 102(a) TFUE. Mając na uwadze sformułowanie tego przepisu, można argumentować, że narzucanie wygórowanych cen jest przykładem/podkategorią stosowania nieuczciwych warunków handlowych (Robertson, 2020, s. 13). Idąc dalej, można rozważyć uznanie nadmiernego gromadzenia danych osobowych jako osobnego naruszenia, także stanowiącego podkategorię nieuczciwych warunków handlowych (Robertson, 2020, s. 13).

Niezależnie od konkluzji co do rodzaju praktyki, kontrowersyjne jest czy naruszenie prywatności wiąże się z powstaniem szkody po stronie konsumenta. O ile bezpośredni negatywny skutek dla konsumentów może stanowić o naruszeniu prawa konkurencji, o tyle przy naruszeniu ochrony danych osobowych użytkowników[58] szkoda jest trudno uchwytna. Jest to jeden z kluczowych

[54] Dz. Urz. UE L 136, z 22.05.2019 r., s. 1–27.

[55] Art. 3 dyrektywy o usługach cyfrowych.

[56] Art. 3 projektu DMA.

[57] Bruksela, 15.12.2020 r., COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD).

[58] W niniejszym opracowaniu pojęcie „naruszenia prywatności" używane jest zamiennie z pojęciem „naruszenia ochrony danych osobowych". Analiza różnic pomiędzy tymi pojęciami wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

zarzutów krytyków decyzji Bundeskartellamt – brak wykazania rzeczywistego negatywnego skutku dla konsumentów, a jedynie oparcie się na normatywnym związku przyczynowym (Kerber i Zolna, 2020, s. 20). Zarzut ten wybrzmiał także jako jeden z najistotniejszych w orzeczeniu OLG Düsseldorf.

2. Naruszenie przepisów RODO jako element oceny praktyki

Drugie z zagadnień prawnych, które w ocenie autorki zasługuje na komentarz, to kwestia zastosowania przez niemiecki organ ochrony konkurencji przepisów RODO.

Punktem wyjścia dla Bundeskartellamt była ocena czy zgoda udzielona przez użytkownika portalu społecznościowego na przetwarzanie jego dodatkowych danych osobowych spełnia wymogi RODO. Tym samym organ ochrony konkurencji uznał się za kompetentny do zastosowania wprost przepisów z zakresu ochrony danych osobowych (wg organu: *The responsibility and consistency regulations in the GDPR do not rule out that the Bundeskartellamt can assess whether data processing terms infringe the GDPR*)[59]. Podobnie, organ przeanalizował politykę przetwarzania danych Facebook w świetle zgodności z przepisami RODO[60].

Takie podejście budzi poważne wątpliwości. Zgodnie z art. 51 RODO monitorowanie stosowania RODO należy do kompetencji organów nadzorczych. W Niemczech, w każdym kraju związkowym działa właściwy organ nadzorczy – organ ochrony danych osobowych[61]. Twierdzenie, że właściwym do interpretacji i monitorowania przepisów RODO może być także organ ochrony konkurencji nie wydaje się w tym świetle zasadne.

W ślad za R. Podszunem można zastanawiać się czy Bundeskartellamt rzeczywiście zastosował przepisy RODO, czy raczej posłużyły one jako punkt odniesienia, aby uzasadnić naruszenie prawa konkurencji[62]. W tym duchu zdawał się argumentować Bundesgerichtshof, odnosząc się do przepisów RODO jako pewnego punktu odniesienia, a nie bezpośredniego stosowania przepisów RODO przez organ ochrony konkurencji. Tego kierunku nie wydaje się podtrzymywać OLG Düsseldorf. Co jednak ciekawe, większość pytań prejudycjalnych skierowanych przez OLG Düsseldorf do TSUE dotyczy właśnie interpretacji przepisów RODO. OLG Düsseldorf zmierza w nich nie tylko do ustalenia czy Bundeskartellamt – nie będący organem nadzorczym w rozumieniu art. 51 RODO – może ustalić naruszenie przepisów RODO, aby stwierdzić naruszenie prawa konkurencji, lecz także zadaje szereg pytań co do *meritum* interpretacji przepisów RODO, np. kwestii przetwarzania danych wrażliwych i interpretacji ich upublicznienia w sposób oczywisty (art. 9 ust. 2 lit. e) RODO). R. Podszun określa tę sytuację jako paradoksalną – sąd, który zasadniczo sprzeciwia się stosowaniu przepisów RODO w ramach stosowania prawa konkurencji, sam przyczynia się do daleko posuniętej interpretacji przepisów dotyczących *stricte* prawa ochrony danych osobowych (*the Cartel Senate of the Düsseldorf Higher Regional Court is now doing hard-core data protection law*)[63].

[59] Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 8. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

[60] Ibidem, s. 10.

[61] https://www.bfdi.bund.de/DE/Service/Anschriften/Laender/Laender-node.html;jsessionid=32D837A4EC71AEFD26898165FC3944AE.intranet241 (18.12.2021).

[62] https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/ (18.12.2021).

[63] Ibidem.

V. Podsumowanie

Ocena naruszeń prawa konkurencji związanych z danymi czy prywatnością nie zawsze musi zależeć od oceny zgodności postępowania z prawem o ochronie danych osobowych. Każdy z reżimów realizuje cele w oparciu o inne instrumentarium – w stosowaniu prawa konkurencji istotną rolę odgrywają metody ekonomiczne, podczas gdy jednym z najistotniejszym aspektów prawa ochrony danych osobowych jest ochrona praw podstawowych jednostki[64]. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że nie każde naruszenie prawa ochrony danych osobowych przez dominanta czy nieuczciwość stosowanych przez niego warunków handlowych oznaczać będzie nadużycie pozycji dominującej. Jednocześnie nie powinno być konieczne przesądzenie, że określone działanie stanowi naruszenie na gruncie przepisów RODO, aby organ ochrony konkurencji mógł uznać je za antykonkurencyjne.

Według autorki pożądane jest zachowanie „czystości" kompetencyjnej organów publicznych, a co za tym idzie wystrzeganie się przez organy ochrony konkurencji interpretacji i stosowania przepisów RODO. Jednocześnie przenikanie reżimów ochrony konkurencji i danych osobowych jest w gospodarce cyfrowej nieuniknione i będzie nabierać coraz większego znaczenia[65]. Niezależnie od powyższych uwag nie ulega wątpliwości, że współpraca pomiędzy właściwymi organami ochrony konkurencji i ochrony danych osobowych jest niezbędna i w niektórych jurysdykcjach ma już miejsce[66]. Celowe może okazać się jej formalne uregulowanie w przepisach, które przewidywałyby ramy takiej współpracy oraz realizowały postulat pewności prawnej.

Odpowiedzi TSUE na pytania prejudycjalne OLG Düsseldorf, przynajmniej w pewnym zakresie, mogą pomóc rozstrzygnąć wątpliwości dotyczące interakcji pomiędzy prawem ochrony danych osobowych i prawem konkurencji. Przyczyniłoby się to z pewnością do zwiększenia pewności prawnej dla przedsiębiorców działających w ramach gospodarki cyfrowej.

Bibliografia

Acquisti, A., Taylor, C. i Wagman, L. (2016). The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, *54*(2).

Ayata, Z. (2021). Old abuses in new markets? Dealing with excessive pricing by a two-sided platform. *Journal of Antitrust Enforcement*, *9*.

Budzinski, O., Grusevaja, M. i Noskova, V. (2020). The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection. *Ilmenau Economics Discussion Papers*, *26*(139). Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3593236 (18.12.2021).

CMA/ICO. (2021). *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*. Pozyskano z: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf (18.12.2021).

[64] Przy czym należy mieć na uwadze, że oprócz ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem ich danych osobowych, przepisy RODO mają zapewnić swobodny przepływ danych osobowych (art. 1 ust. 1 i 3 RODO). Drugi ze wskazanych celów niewątpliwie zawiera w sobie aspekt ekonomiczny.

[65] Także w Polsce pojawiają się pierwsze sprawy dotyczące styku prawa konkurencji i ochrony danych, zob. np. postępowanie wyjaśniające wszczęte przez Prezesa UOKiK w sprawie *zasad przetwarzania danych osobowych przez Apple w ramach systemu iOS*. Zob. https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18091&news_page=1 (18.12.2021).

[66] W ramach sprawy Facebook Bundeskartellamt konsultował się z organem ochrony danych osobowych. Przykładem współpracy może być także wspólne oświadczenie brytyjskiego organu ochrony konkurencji (*Competition & Markets Authority*) oraz brytyjskiego organu ochrony danych osobowych (*Information Commissioner's Office*) Zob. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf (18.12.2021).

Douglas, E.M. (2021). *Digital Crossroads: The Intersection of Competition Law and Data Privacy*. Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3880737 (14.11.2021).

Kerber, W. i Zolna, K.K. (2020). *The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law*. Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3719098 (11.11.2021).

OECD. (2013). Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. *OECD Digital Economy Papers*, (220). Paris: OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en (18.12.2021).

Robertson, V.H.S.E. (2020). Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data. *Common Market Law Review*, *57*(13). Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408971 (18.12.2021).

Sprawozdanie z seminarium INP PAN pn. „W kierunku nowych unijnych wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję”, Warszawa, 8 listopada 2021 r.

W dniu 8 listopada 2021 r. odbyło się zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk otwarte seminarium online pn. „W kierunku nowych unijnych wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję”. Referaty podczas tego spotkania naukowego wygłosili: dr Jarosław Łukawski (absolwent studiów doktoranckich w INP PAN, kancelaria DZP), dr Bartosz Targański (Szkoła Główna Handlowa), dr hab. Grzegorz Materna (prof. INP PAN).

Dr Jarosław Łukawski przedstawił referat pt. „Reforma reguł oceny porozumień wertykalnych – rewolucja czy ewolucja?” dotyczący najważniejszych zmian w rozporządzeniu i wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (wyłączeń grupowych) zaproponowanych przez KE w celu dostosowania obowiązujących przepisów do rozwoju sektora online i aktualnego orzecznictwa TSUE[1]. Prelegent wyjaśnił, że zmiany w wyłączeniu grupowym dotyczące podwójnej dystrybucji zakładają szerszy zakres podmiotowy przy jednocześnie wyższych wymogach dla tego wyłączenia. Projekt rozporządzenia przewiduje wyłączenie dla podwójnej dystrybucji organizowanej przez producentów, importerów lub hurtowników. Proponowany przez KE próg udziału, uprawniający do pełnego wyłączenia spod art. 101 TFUE, wynosi 10% łącznego udziału w rynku na poziomie detalicznym (obecnie próg ten wynosi 30%). Następnie dr Łukawski odniósł się do zmian w zakresie dystrybucji wyłącznej. Obecnie ograniczenie aktywnej sprzedaży może dotyczyć jedynie terytorium lub grupy klientów przypisanej jednemu dystrybutorowi, a zakaz aktywnej sprzedaży nie mógł ograniczać praw kontrahentów dystrybutora. Projekt rozporządzenia wprowadza możliwość ustanowienia kilku dystrybutorów wyłącznych na tym samym terytorium lub wobec tej samej grupy klientów. Liczba dystrybutorów musi być jednak proporcjonalna do przydzielonego terytorium lub grupy klientów w taki sposób, aby zapewnić określoną wielkość obrotów, która pozwoli im zabezpieczyć swoje działania inwestycyjne. Prelegent wskazał, że proponowane przepisy zwiększają ochronę dystrybutorów działających w systemie selektywnej dystrybucji. W świetle przedstawionego przez KE projektu dostawca będzie uprawniony zarówno do ograniczenia aktywnej i pasywnej sprzedaży dystrybutorów wyłącznych do nieautoryzowanych dystrybutorów na obszarze selektywnej dystrybucji, jak i do skuteczniejszego łączenia na różnych obszarach (grupach klientów) dystrybucji selektywnej i wyłącznej. Prelegent wyjaśnił, że zgodnie z nową regulacją, nie kwalifikuje się już stosowania podwójnych cen jako najpoważniejszego ograniczenia konkurencji („klauzulę czarną”). Ponadto, w świetle proponowanych zmian

[1] Zmiany omawiane podczas seminarium jako projektowane już obowiązują w postaci rozporządzenia Komisji (UE) nr 2022/720 z 10.05.2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 134, z 11.05.2022 r., s. 4–13) oraz komunikatu Komisji – Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (C(2022) 3006 final).

reguł oceny porozumień wertykalnych, przedłużenie czasu obowiązywania zakazu konkurencji poza 5-letni okres nie będzie utożsamiane z zakazem konkurencji obowiązującym przez czas nieokreślony.

Kolejne wystąpienie pt. „Wizja zasad dystrybucji internetowej zaproponowana przez Komisję Europejską w lipcu 2021 r." wygłosił dr Bartosz Targański. Na wstępie prelegent przypomniał, że z wyłączenia grupowego mogą skorzystać porozumienia ograniczające konkurencję, jeśli spełniają kryteria ilościowe (tj. udziały rynkowe poniżej 30%) i kryteria jakościowe, tj. nie zawierają najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Jak wskazał, celem Wytycznych wertykalnych jest zwiększenie pewności oceny czy dane ograniczenie może skorzystać z wyłączenia blokowego, czyli nie stanowi najpoważniejszego ograniczenia konkurencji. Następnie dr Targański omówił przykłady ograniczeń konkurencji w handlu elektronicznym z ostatnich lat w świetle praktyki decyzyjnej KE oraz orzecznictwa TSUE, w tym zakazywanie: (i) sprzedaży w Internecie; (ii) posługiwania się w wyszukiwarkach internetowych znakami towarowymi dostawcy oraz (iii) sprzedaży na platformach internetowych. Prelegent podkreślił, że według projektu nowych Wytycznych wertykalnych, platformy internetowe, które nie oferują możliwości dokonywania bezpośrednich zakupów, ale przekierowują klientów na inne strony internetowe, za pośrednictwem których mogą oni zakupić towary i usługi, nie są uznawane za internetowe platformy handlowe do celów przedmiotowych Wytycznych, lecz za platformy reklamowe. Dr Bartosz Targański wskazał, że zgodnie z nowymi przepisami ograniczenie korzystania z porównywarek cen oraz zakaz reklamowania w wyszukiwarkach internetowych stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Według projektu nowych wyłączeń grupowych dozwolone jest ograniczenie nabywcy przez dystrybutora korzystania z platform internetowych pod warunkiem, że nabywca może sprzedawać towary na własnej stronie internetowej i korzysta z kanałów reklamy internetowej. Następnie dr Targański omówił proponowane standardy jakościowe dotyczące sprzedaży przez Internet, podkreślając brak wymogu ekwiwalentności sprzedaży internetowej ze standardami przyjmowanymi dla kanału tradycyjnego (offline). Na zakończenie prelegent wskazał, że w Internecie ostatecznie liczy się zasięg dotarcia i uwaga internauty niezależnie od kanału sprzedaży. W związku z tym dr Bartosz Targański wyraził wątpliwość czy podział na kanały sprzedaży i kanały reklamy jest kryterium zapewniającym pewność prawną. Ponadto, w opinii prelegenta, o skuteczności reklamy w Internecie w rosnącym stopniu decydują strażnicy dostępu (tzw. *gate keepers*, np. Google, Facebook), a nie producenci czy dystrybutorzy. Kluczowe jest zatem zapewnienie dostępu do tzw. Big Data.

W ostatnim wystąpieniu prof. Grzegorz Materna zaprezentował referat pt. „Ocena najpoważniejszych ograniczeń konkurencji w projekcie wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych", w którym dokonał analizy, na ile bezwzględny jest status tzw. klauzul czarnych jako wchodzących w zakres zastosowania art. 101(1) TFUE ograniczeń konkurencji „ze względu na cel". Prelegent wyjaśnił, że zgodnie z wytycznymi KE z 2010 r., gdy najpoważniejsze ograniczenie konkurencji są włączone do porozumienia domniemywa się, że porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101(1) TFUE. Przedsiębiorstwa mogą jednak wykazać w indywidualnych przypadkach skutki prokonkurencyjne na podstawie art. 101(3) TFUE. Jak wskazał prelegent, przykładem takiego najpoważniejszego ograniczenia konkurencji jest narzucanie cen odsprzedaży (RPM). Według wytycznych KE z 2010 r. domniemywa się, że porozumienie zawierające RPM ogranicza

konkurencję i w związku z tym wchodzi w zakres stosowania art. 101(1) TFUE. Prof. Grzegorz Materna wskazał, że w świetle aktualnego orzecznictwa TSUE ograniczenia konkurencji „ze względu na cel" zależeć mogą od kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki porozumienie to się wpisuje. Prelegent wyjaśnił, że proponowane przez KE wytyczne zawierają przykłady ilustrujące, w jakich wyjątkowych okolicznościach najpoważniejsze ograniczenie konkurencji może nie wchodzić w zakres stosowania art. 101(1) TFUE. Na zakończenie, prof. Grzegorz Materna wskazał, że najpoważniejsze ograniczenia konkurencji jednocześnie, co do zasady, stanowią ograniczenia konkurencji „ze względu na cel". W propozycji nowych regulacji KE uwzględniono jednak wzruszalność domniemania antykonkurencyjnego celu takich porozumień, zaznaczając, że porozumienia takie nie tylko mogą być objęte wyłączeniem indywidualnym, lecz także, w odpowiednich okolicznościach, mogą nie wejść w zakres art. 101(1) TFUE.

Po zakończeniu prezentacji referatów prof. Grzegorz Materna poprosił pozostałych prelegentów o wskazanie przez nich najważniejszych zalet oraz wad w zakresie omawianych przez nich nowych rozwiązań proponowanych przez KE.

W opinii dr. Jarosława Łukawskiego największą wadą (niedostatkiem) nowych rozwiązań jest brak wystarczającej liberalizacji przepisów dotyczących klauzuli zakazu konkurencji. Proponowane przez KE rozwiązania są niewystarczające, a praktyka gospodarcza pokaże czy dystrybutorzy skutecznie będą mogli korzystać z tego wyłączenia, powołując się na wskazane w wytycznych okoliczności (tj. fakt, że nabywca może skutecznie renegocjować lub rozwiązać porozumienie wertykalne). Największą zaletą omawianych zmian jest zmniejszenie rygoru odnośnie do dystrybucji wyłącznej poprzez możliwość ustanowienia kilku wyłącznych dystrybutorów przy zachowaniu testu proporcjonalności. Obecnie obowiązujące przepisy ujmowały przedmiotową wyłączność w sposób wąski (tj. jako ustanowienie jednego dystrybutora na określonym terytorium lub w stosunku do określonej grupy klientów), a przez co ograniczyły możliwość skorzystania z tego wyłączenia.

Z kolei zdaniem dr. Bartosza Targańskiego największym mankamentem proponowanych zmian jest to, że odnoszą się one do wertykalnego („tradycyjnego") systemu dystrybucji, który ma charakter liniowy i układa się w pionowy ciąg podmiotów gospodarczych. Tymczasem obecne realia wskakują na zmianę kanałów dystrybucji dóbr, które mają bardziej złożony charakter (tj. „wertykalno-horyzontalny"). Współczesna sprzedaż ma charakter wielokanałowy, co zakłada wykorzystanie przez przedsiębiorców wszelkich kanałów dystrybucji i sprzedaży produktów, np. producent może bezpośrednio sprzedawać swoje produkty z pominięciem dystrybutorów. Proponowane przez KE przepisy, wykorzystując pojęcia charakterystyczne dla tradycyjnego modelu dystrybucji, mogą zatem w niewystarczający sposób przystawać do obecnych realiów gospodarczych. W opinii dr. Bartosza Targańskiego największą zaletą proponowanych zmian jest zapewnienie producentom większej swobody w kształtowaniu przez nich swojej polityki handlowej w Internecie. KE, proponując przedmiotowe zmiany, odeszła również od faworyzowania kanału online, kosztem kanału offline.

Następnie dr Bartosz Targański zadał pytanie prof. Grzegorzowi Maternie, czy w związku z obecną sytuacją pandemiczną przedsiębiorcy mogliby argumentować, że określone klauzule umowne (tradycyjnie uznawane jako „klauzule czarne") powinny korzystać z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego ze względu na specyficzny kontekst gospodarczy i prawny. Prof. Grzegorz

Materna wyjaśnił, że przedstawiona przez niego dwustopniowa ocena antykonkurencyjnego celu porozumienia stanowi możliwy model oceny każdej klauzuli (porozumienia), również w kontekście obecnej sytuacji związaną z epidemią. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, w stosunku do każdego porozumienia uznawanego jako ograniczenie konkurencji „ze względu na cel" (np. RPM) należy ocenić czy funkcjonuje ono w szczególnych okolicznościach (tj. w specyficznym kontekście prawno-gospodarczym). Proponowane wytyczne KE wskazują przykład porozumienia w sprawie wykonania umowy (w celu wykonania przez nabywcę umowy zawartej przez dostawcę z konkretnym użytkownikiem końcowym). W takim przypadku ustalanie ceny odsprzedaży nie powoduje ograniczenia w rozumieniu art. 101(1) TFUE.

Artur Szmigielski
Zakład Prawa Konkurencji INP PAN
adres e-mail: a.szmigielski@inp.pan.pl
ORCID https://orcid.org/0000-0002-8916-4911

Sprawozdanie z webinarium INP PAN pn. „Nowe technologie, nowi monopoliści: aktualne trendy w unijnym orzecznictwie antymonopolowym”, Warszawa, 19 maja 2022 r.

W dniu 19 maja 2022 r. odbyło się zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk otwarte seminarium online pn. „Nowe technologie, nowi monopoliści: aktualne trendy w unijnym orzecznictwie antymonopolowym”. Spotkanie otworzył i poprowadził dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN, referaty wygłosili zaś: prof. dr hab. Marek Kolasiński (Kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego WPiA UMK, of counsel w kancelarii SKS), dr Wojciech Dorabialski (Positive Competition) oraz mgr Artur Szmigielski (INP PAN).

Merytoryczną część spotkania rozpoczął referat prof. dr. hab. Marka Kolasińskiego na temat „Interwencja antymonopolowa wobec praktyk rynkowych Google a sytuacja przedsiębiorców na rynkach cyfrowych”[1]. Referent przypomniał na wstępie, że o ile początkowo zaangażowanie Komisji w sprawę *Google* było krytykowane po obu stronach Atlantyku, o tyle obecnie można mówić o konsensusie co do potrzeby regulacji superdominantów na rynkach cyfrowych. Prelegent przedstawił własne stanowisko na temat interwencji Komisji Europejskiej wobec praktyk Google, polegających na sztucznym faworyzowaniu własnych produktów w wyszukiwarce[2] oraz wyroku Sądu UE, utrzymującego w mocy decyzję Komisji Europejskiej w tej sprawie[3]. Prelegent wyraził pogląd, że zwycięstwo Komisji przed Sądem UE nie było takie oczywiste. Wśród zagadnień szczegółowych podjętych w referacie m.in. zwrócił uwagę na potwierdzenie przez Sąd UE, iż nie każda sprawa dotycząca kwestii dostępu musi opierać się na kryteriach analitycznych ustalonych w wyroku z 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*[4], do których odwoływał się Google. Profesor Kolasiński podkreślił, iż wyrok w sprawie *Google Shopping* nie jest wprowadzeniem całkowitego zakazu autopreferencji w prawie konkurencji oraz że płynące z niego wnioski mogą mieć znaczenie dla oceny praktyk na rynkach cyfrowych, ale są trudno przekładalne na inne, bardziej tradycyjne rynki. Uznał on, że zaakceptowane przez Sąd UE stanowisko Komisji dla przedsiębiorców oznacza mniejszą przewidywalność, mniejszą pewność prawną. Referent zauważył też, że decyzja Komisji, choć bezpośrednio wykonalna, nie nadszarpnęła pozycji rynkowej Google, którego wyszukiwarka jest teraz wręcz silniejsza niż przed decyzją Komisji. Podsumowując, prelegent nakreślił perspektywę rozwoju prawa europejskiego oraz krajowych ustawodawstw w celu ochrony konkurencji na rynkach cyfrowych.

[1] Referat przygotowany w wyniku realizacji projektu badawczego nr 2018/29/B/HS5/00216 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

[2] Dec. Komisji z 27.06.2017 r. w sprawie *AT.39740 Wyszukiwarka Google (Shopping)*.

[3] Wyr. Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17 *Google LLC, dawniej Google Inc., i Alphabet, Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:763.

[4] ECLI:EU:C:1998:569.

Przedmiotem kolejnego referatu była próba odpowiedzi na zawarte w tytule referatu pytanie „Czy ochrona konkurencji na rynkach cyfrowych wymaga stosowania nowych teorii i narzędzi ekonomicznych?". Tego zadania podjął się ekonomista, dr Wojciech Dorabialski. Mówca podkreślił wyjątkowość rynków cyfrowych, przedstawiając ich główne cechy (m.in. globalny charakter, dwu- lub wielostronność, silne efekty sieciowe, istotność roli danych). Podkreślił zarazem, że rynki cyfrowe odróżniają nie tylko same te cechy (większość z nich można również zaobserwować w przypadku tradycyjnych rynków), lecz także intensywność ich występowania, sprzyjającą powstawaniu nowych superdominantów. Następnie w ramach swojego referatu dr Dorabialski zdefiniował rynki cyfrowe oraz nakreślił temat występowania pozycji dominujących na tych rynkach i form konkurowania na rynku przez podmioty. Kolejno poddał analizie różne teorie szkody pod kątem przydatności w sprawach nowych typów naruszeń konkurencji na rynkach nowych technologii. Elementem wystąpienia była również analiza zasadności testu AEC na przykładzie wybranego orzecznictwa. Ostatnia część wystąpienia została zaś poświęcona nowym narzędziom na przykładzie testów wykonywanych na rynkach z ceną zerową (SSNIC oraz SNNDQ). Wystąpienie zakończyło się próbą odpowiedzi na pytanie o przyszłość regulacji rynków cyfrowych.

W kolejnym, a zarazem ostatnim wystąpieniu mgr Artur Szmigielski przybliżył kwestię sprzedaży wiązanej i pakietowej w gospodarce cyfrowej. Autor rozpoczął od określenia charakteru zjawiska oraz wskazania jego ram prawnych. Następnie prelegent wskazał różne modele zastosowania transakcji wiązanych w gospodarce cyfrowej z perspektywy różnych modeli rozwoju biznesu, tj. w wyniku zmiany na danej platformie lub poprzez rozwój ekosystemu cyfrowego (na podstawie przykładu Booking.com i Uber). Omówienia zagadnienia transakcji pakietowych prelegent dokonał, odwołując się do prowadzonych przez organy antymonopolowe spraw d*Google Android, Facebook* oraz *Apple App Store*. Referent podkreślił tendencję zacierania się granic pomiędzy różnymi formami naruszeń nadużywania pozycji dominującej, a także trudność przeprowadzania 4-elementowego testu „wiązania" w realiach gospodarki cyfrowej. Dodatkowo wskazał na trudność wykazania przymusu w usługach oferowanych użytkownikom za darmo w gospodarce cyfrowej oraz poruszoył problem nieuchwytności wiązania oraz pakietów w przypadku platform charakteryzujących się różnymi funkcjami i powiązaniami występującymi między różnymi platformami.

Ostatnią część seminarium poświęcono dyskusji z udziałem uczestników spotkania. Na pytanie moderatora spotkania prof. M. Kolasiński stwierdził, że wyrok Sądu UE wzmocnił pozycję Komisji, ale w praktyce miał niewielkie przełożenie na cyfrowych dominantów, z czego zresztą wynika próba ich regulacji za pomocą innych instrumentów prawnych. Na pytanie dr Joanny Mazur (WZ UW) o relacje między omawianymi przykładami nadużywania pozycji dominującej przez cyfrowych dominantów a obowiązkami wynikającymi z projektu „Aktu o rynkach cyfrowych" (DMA)[5], odpowiedział mgr Artur Szmigielski. Prelegent stwierdził, że korzystając z dorobku spraw prowadzonych przez organy antymonopolowe, stypizowane działania tzw. strażników dostępu przeniesione zostały bezpośrednio do treści DMA, niezależnie od tego czy praktyki te zostałyby uznane za naruszenia na gruncie prawa antymonopolowego. Dodatkowo podkreślił, że kazuistyczny katalog określonych w DMA działań niepożądanych platform internetowych został zbudowany

[5] Wniosek – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) COM/2020/842 final; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52020PC0842.

w oparciu o orzecznictwo antymonopolowe. Następnie mgr Szmigielski zadał pytanie pozostałym prelegentom dotyczące rozróżnienia odmowy dostaw od *self-preferencing* na przykładzie przywołanego już wyroku TS w sprawie *Oscar Bronner*. Odpowiedzi na nie udzielił dr Wojciech Dorabialski, wskazując, że jego zdaniem jedną z przyczyn braku odmowy dostępu konkurentów do platformy jest zagrożenie, że bez przepływu danych konkurentów platformy dominantów mogłyby przestać istnieć. Ostatnie pytanie należało do p. Łukasza Mamińskiego i dotyczyło stosowania przepisów DMA. Prelegenci zgodnie stwierdzili, że praktyki wymienione w DMA może być trudno zastosować do modeli biznesowych stosowanych na innych rynkach, ze względu na panujące na nich różne warunki.

Spotkanie zakończyły podziękowania dr. hab. Grzegorza Materny dla prelegentów i uczestników seminarium.

Kamil Flis
aplikant radcowski, kancelaria Hansberry Tomkiel
adres e-mail: k.flis@hansberrytomkiel.com

Competition protection at the meeting point of various fields of law – still relevant issue (from the Editors-in-Chief)

ARTICLES

Urszula Czarnomska-Bokowy, Competition law and the Proposal for a Regulation on contestable and fair markets in the digital sector (DMA) – who will watch the guards?

Table of contents:

I. Introduction
II. Introductory remarks
III. Competition law in digital markets
IV. Competition law as an inspiration for DMA
V. DMA complementary to competition law
VI. The relationship between competition law and DMA – substantive level
VII. The relationship between competition law and DMA – institutional level
VIII. Summary

Summary: The article concerns the draft of Regulation on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) – a legislative proposal of the European Commission aimed at ensuring contestable and fair markets in the digital sector. The object of the article is to present the proposed regulations and its' impact on competition law. The article contains a preliminary analysis of the relationship between proposed regulation and provisions regarding the abuse of a dominant position, as well as considerations regarding the best enforcement model of the Regulation.

Key words: Digital Markets Act, digital market; access guard; abuse of a dominant position; internet platforms; competition law.

JEL: K21

Marta Miszczuk, Powers of the President of the OCCP on sales platforms in relation to notifications of 'infringements' of intellectual property rights that have the effect of restricting competition

Table of contents:

I. Industrial design as a special intellectual property right
    1. The essence of the Community design
    2. Right from registration of a Community design
II. Sales platforms and IPR infringement regulations
III. Actions taken to restore natural competition
    1. Citing archival offers
    2. Invalidation of the design
    3. Legal obligations imposed on sales platforms
    4. Trusted Signalers

IV. Enforcement of EU regulations – how deeply can the President of UOKiK interfere in internal systems for dealing with complaints?
V. Summary

Summary: At EUIPO, it is possible to register, within a few days, a Community design that is protected throughout the EU. The registration procedure does not require checking whether the design meets the statutory requirements (the so-called registration system). Recently it has been used to monopolise the sale of products that have been on the market for years. The case concerns only sales platforms, because they apply IPR infringement regulations, which automatically treat the granted industrial property rights and qualify other sellers as infringers. Given that online sales are largely made through sales platforms, the issue assumes significance. The aim of the article is to analyse whether, based on legal acts concerning online sales, such as the Regulation Platform-to-Business or the still pending Digital Services Act, the President of the Office for Competition and Consumer Protection is competent to influence the content of regulations on IPR infringements on sales platforms. Such action would fall within the scope of consumer protection and protection of entrepreneurs' interests undertaken in the public interest.

Key words: Platform-to-Business; DSA; IPR; sales platforms; Community designs; powers of the President of the OCCP
JEL: K21, K39

Agnieszka Anusz, Obtaining and exercising patent rights from the perspective of competition law with particular emphasis on pharmaceutical sector

Table of contents:

I. Introduction
II. Practices of obtaining or exercising patent rights with a possible anticompetitive aim or effect
    1. Smoke-screen patenting
    2. Patent thickets
    3. Patent trolling
    4. Patent pools
    5. Final remarks
III. Conclusions

Summary: The article discusses the issue of obtaining and exercising patent rights from the perspective of competition law in order to decide whether the process of obtaining patent rights may be qualified as an anticompetitive practice as well as how exercising patent rights mat infringe competition law. In a reference to obtaining patent rights, the article leads to the conclusion that the actions of entrepreneurs performed in the process of obtaining patent rights may constitute a violation of competition law. These practices may be sanctioned on the basis of already existing antitrust regulations, however, due to the specificity of the procedure of obtaining patent rights, i.e. the procedure pending the Patent Office, it may be more effective to provide the Patent Office with the power to intervene in the event of anticompetitive practices in the process of obtaining patent rights. With regard to anticompetitive practices related to the exercise of patent rights, antitrust regulations should be considered as sufficient, simultaneously emphasizing the necessity

of infringement of the public interest as a factor of particular importance in the case of exercising and obtaining patent rights.

Key words: patent law; antitrust law; smoke-screen patenting; patent thickets; patent pools; patent trolling

JEL: K21, K39

Filip Wiaderek, Zofia Wiaderek, Breaking the divisions between labor and competition protection, or how to protect *gig economy* participants?

Table of contents:

I. Introduction
II. Social problems in the era of industrial revolution and the development of labour law and modern competition law
    1. Outline of the labour law genesis
    2. Outline of the development of the modern competition law in the US and the EU
    3. Summary
III. Analisys of the ecomic models within the gig economy
    1. Problem of the lack of intra-platform competiton – the assessment in selected jusrisdictions
    2. Problem of the lack of intra-platform competiton in the assessment of the Polish scholarship
    3. Problem of the disproportion of market power between the platform and the gig economy participants
IV. Analisys of the the self-employed ability to conlcude the collective agreements in the selected jusrisdictions
    1. Initial remarks
    2. Seattle case – competition law as an obstacle to the right of the self-employed for collective bargaining
    3. The evolution of the assessment of the acceptability of collective bargaining by self-employed in the EU law
    4. Self-employed in Australia – out (competition)lawed
    5. Results of the incompatibility of the collective bargaining system to the needs of the self-employed – the Polish perspective
    6. Summary of the juxtaposition
V. Final remarks

Summary: Gig economy is an economic model based on the operation of the intermediary platforms linking those interested in using a specific service with those ready to provide it on request. The development of this model is one of the manifestations of the fragmentation of the labor market, in which atypical employment is becoming widespread. A related threat is the precarisation of the labor market, which historically was the crucial social problem accompanying the development of the labor law. Collective bargaining enables to counteract the negative social consequences of the analyzed phenomenon. However, the permissibility of its application in the gig economy raises doubts on the grounds of competition law. Participants of the gig economy are usually

formally entrepreneurs and the antimonopoly law, in principle, limits the ability of entrepreneurs to coordinate their market behavior. The purpose of this article is to present the described conflict of competition law and labor law in the context of the original systemic assumptions of both the abovementioned branches of law.

Key words: gig economy, precarious work, fragmentation of labour market, self-employed, labour law, antitrust law, collective bargaining, the goals of competition law
JEL: J80, J83, K21, K31, L40, L49

Aleksandra Lisicka-Firlej, Assessment of the amendment of the EC Communication on Important Projects of Common European Interest (IPCEI)

Table of contents:

I. Introduction
II. Industrial policy of the EU in the IPCEI context
III. The concept of IPCEI
IV. EC Communication on IPCEI of 2014
V. Assessment of the Communication on IPCEI of 2014 and allegations made against the Communication on IPCEI of 2014
VI. The content of the amended Communication on IPCEI of 2021
VII. Assessment of the amendments and summary

Summary: From 1 January 2022, a new Communication from the European Commission on Important Projects of Common European Interest (IPCEI) applies. IPCEIs are the cornerstone of the EU industrial policy and on the one hand, they aim to improve the competitiveness of European enterprises in the world, but on the other hand, they can significantly distort competition in the EU internal market. This article is aimed at assessing the amendment of the EC Communication on IPCEI of 2021 in terms of taking into account the allegations made in the previous version of the Communication by the Member States, entrepreneurs and non-governmental organizations during public consultations.

Key words: IPCEI; industrial policy of the EU; public aid; strategic autonomy; innovation policy
JEL: O25, O31, K21

REVIEWS OF LAW AND JURISDICTION

Edyta Rutkowska-Tomaszewska, Artur Zwaliński, Decisions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection on the application of prohibited clauses in contractual patterns concerning financial services for 2020-2021

Table of contents:

I. Introduction
II. Decisions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (OCCP) concerning spread clauses in model consumer mortgage agreements
III. Concept and general characteristics of the prohibited market practice consisting in the use of abusive clauses in model contracts and decisions issued by the President of the Office for Competition and Consumer Protection in these cases

IV. Decisions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection concerning modifying clauses in model forms of financial services agreements
V. Decisions of the President of OCCP concerning clauses in the scope of remuneration for financial services (cost clauses)
VI. Summary and conclusions

Summary: This paper reviews the decisions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (OCCP) issued in 2020-2021 concerning prohibited consumer practices in the financial market consisting in the use of prohibited contractual clauses in model financial services agreements. All decisions issued by the President of OCCP concerning these practices (the so-called clause decisions) were analysed and assessed. However, due to the limited scope of the study, a detailed discussion concerns some of them, due to their similarity to other, most significant and interesting ones, within the category identified by the authors. They are divided into certain groups of leading problems in relation to the so-called “clause decisions” into: modification clauses, in the field of remuneration for financial services (cost clauses) and spread (exchange rate) clauses.

Key words: financial services, prohibited contractual clauses, consumer protection, model contracts, modification clauses, spread clauses, cost clauses
JEL: K12, K15, K42

Konrad Kohutek, Calculation of the statute of limitations for antitrust damages claims. Gloss to the judgment of the District Court of 9 July 2021, X GC 114/20

Table of contents:

I. The facts and the subject of the gloss
II. Comment
III. Summary

Summary: The subject of this case comment is the assessment of the position taken by the District Court in Warsaw in the judgment of 9 July 2021 (X GC 114/20). In this ruling, the court dismissed the plaintiff’s claim for compensation (by awarding him with appropriate compensation) for the damage caused to him as a result of infringement of competition law . The case comment to a large extent is critical of the court’s argumentation, focusing on issues relating to the statute of limitations of the said claim (therefore, first of all, the issue of the interpretation of Art. 4421 § 1 of the Civil Code). It is also worth noting that in the case under assessment it was undisputed that the infringement was committed (by the defendant); it was found in the decision of the President of the Office of Competition and Consumer Protection).

Key words: Antitrust damage; limitation of the claim ; infringement of competition law; the decision of the President of the Office of Competition and Consumer Protection; private enforcement
JEL: K21

Anna Mlostoń-Olszewska, Municipal consumer ombudsman as a public administration authority – gloss to the sentence of the Supreme Administrative Court of 12.11.2019, I OSK 2617/19

Table of contents:

I. Author’s thesis
II. Summary of the sentence of the Supreme Administrative Court

III. Commentary
1. Introduction
2. Disputes in doctrine over the status of consumer ombudsman
3. Purpose and subject of the Act of 16 February 2017 on Competition and Consumer Protection
4. The nature of the tasks of the consumer ombudsman and his organizational position
5. Various forms of activity of the consumer ombudsman
6. The status of the consumer ombudsman in the light of the systemic interpretation
7. Summary

Summary: The Supreme Administrative Court by sentence of 12.11.2019, I OSK 2617/19 dismissed the cassation appeal against the sentence of the Provincial Administrative Court in Łódź of 28.06.2019, III SAB / Łd 18/19 on rejection of the complaint against the inactivity of the municipal consumer ombudsman. The motive for the sentence was the statement that the municipal consumer ombudsman is not an administrative body, as he does not conduct administrative proceedings and does not take any imperative actions, the same letters of the ombudsman refusing to initiate proceedings cannot be attributed the characteristics of acts or activities that are subject to control by administrative courts. This gloss partially criticizes the opinion presented by the court on the legal status of the consumer ombudsman, showing that although the court rightly found that, as a rule, the consumer ombudsman does not take any imperative actions and his actions are not subject to review by administrative courts, there are, however, a number of arguments. in favor of assigning him both the status of an administrative authority – a municipal authority, and a legal protection authority.

Key words: administrative law; consumer protection law; consumer protection authority; consumer ombudsman
JEL: K23

Paulina Komorowska, Abuse of dominant position by violation of personal data protection. The case of the Bundeskartellamt vs Facebook

Table of contents:

I. Introduction
II. Background and Status of the German Case Against Facebook
III. Legal Issues
1. Legal Issues raised by the Bundeskartellamt
2. Legal Issues raised by OLG Düsseldorf
3. Legal Issues raised by the Bundesgerichtshof
IV. Analysis
1. The exploitative nature of the practice
2. Violations of the RODO provisions as part of the evaluation of the practice
V. Conclusions

Summary: The intersection between competition and data protection law regimes in the digital economy has been becoming increasingly distinct. The article discusses one of the related issues, i.e. abuse of dominant position by violation of privacy, using the example of the Facebook case brought by the German competition authority (Bundeskartellamt). The article presents the

main arguments raised by the Bundeskartellamt and the courts in the proceedings, oftentimes expressing opposing views. The text pays particular attention to the issue of the exploitative nature of the practice, including the aspect of providing personal data as a form of "consideration" for the use of services, and the issue of the application of the provisions of the General Data Protection Regulation (RODO) by competition authorities.
Key words: digital economy; abuse of dominant position; exploitative practice; GDPR; data protection
JEL: K21; L40

REPORTS

Report from the INP PAN seminar "Towards new EU exemptions of vertical agreements from the prohibition of competition-restricting agreements", Warsaw, November 8, 2021 (Artur Szmigielski)

Report from the INP PAN seminar "New technologies, new monopolies: current trends in EU antitrust case law", Warsaw, May 19, 2022 (Kamil Flis)

Contents, Summaries and Key words

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

Publikacja jest bezpłatna. Wszystkie teksty wydawane są na zasadzie otwartego dostępu i na licencji CC BY 4.0 Creative Commons – Uznanie autorstwa (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.pl).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI · WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA ·

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)