

Warszawa, 18 stycznia 2021 r.

Stanowisko Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce (AmCham) do konsultacji publicznych prowadzonych przez Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii dot. projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 2020 r. w sprawie konkurencyjnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (Digital Markets Act, DMA)

W związku z prowadzonymi konsultacjami, pragniemy w imieniu AmCham oraz naszych firm członkowskich podziękować za możliwość uczestnictwa w konsultacjach oraz przekazać nasze postulaty i uwagi, które odnoszą się do zapisów zawartych w Projekcie.

AmCham jest organizacją zrzeszającą przedsiębiorców amerykańskich reprezentujących jednocześnie jedną z największych grup inwestorów zagranicznych w Polsce, którzy zainwestowali w naszym kraju ponad 236 mld złotych i kreują ponad 300 tysięcy miejsc pracy. Od 30 lat działamy na rzecz rozwoju wzajemnych relacji gospodarczych, a naszą misją jest poprawa klimatu inwestycyjnego w Polsce. Nasze firmy członkowskie od lat są ważnymi twórcami rynku cyfrowego w naszym kraju, dlatego też projekty DSA i DMA są w dużym kręgu naszych zainteresowań.

DSA i DMA to ważne regulacje dla cyfrowej przyszłości Europy. Zgadzamy się, że potrzebne są ramy regulacyjne, które zapewniłyby większą konkurencyjność, jasność w zakresie obowiązków platform cyfrowych, które skutecznie blokowałyby nieuczciwe praktyki oraz sprzyjałyby swobodnemu wyborowi konsumentów w internecie i zachęcały klientów biznesowych do szerszego wykorzystywania internetu z korzyścią dla całej gospodarki europejskiej.

Platformy cyfrowe tworzą dla małych i średnich przedsiębiorstw szerokie możliwości zdobywania klientów i ekspansji. Część firm martwi jednak skoncentrowanie się regulacji na bardzo dużych platformach internetowych (VLOP) lub platformach gatekeeper co sprawia, że nowa regulacja obejmie głównie pozaeuropejskich dostawców usług cyfrowych. Stworzy to dla nich inne otoczenie regulacyjne, nałoży dodatkowe obciążenia w porównaniu z ich konkurentami. Chcielibyśmy zwrócić uwagę na fakt, że w dobie recesji gospodarczej spowodowanej lockdownem, rosące obciążenia regulacyjne w łańcuchu wartości mogą wywołać negatywne skutki i koszty w innych częściach gospodarki.

Poniżej przedstawiamy naszą bardziej szczegółową ocenę AmCham do konsultacji publicznych mających na celu przygotowanie stanowiska Polskiego rządu do DMA.

I. Brak pewności prawnej

- Określenie metodologii wyznaczania przedsiębiorstw podlegających regulacji („strażników dostępu”) w akcie delegowanym przyjmowanym przez Komisję Europejską wywołuje uzasadnione obawy o pewność stanowienia i egzekucji prawa. Naszym zdaniem, metodologia ta powinna zostać dokładnie zdefiniowana w Projekcie (np. w załączniku do rozporządzenia) i opierać się na obiektywnych przesłankach. Projekt powinien w szczególności wyjaśniać, w jaki sposób progi ilościowe i kryteria jakościowe będą stosowane do wyznaczania platform, które pełnią funkcję "strażników dostępu", biorąc pod uwagę różnorodność modeli biznesowych w sektorze cyfrowym.
- Niejasny jest status art. 6 Projektu, w szczególności w odniesieniu do poprzedzającego go art. 5 („zobowiązania strażników dostępu”) i wcześniej podnoszonej w konsultacjach potrzeby/konieczności kazuistycznego podejścia do określania obowiązków potencjalnych strażników dostępu w zależności od rozważanego przypadku i modelu biznesowego przedsiębiorstwa (koncepcja tzw. „szarej listy”). W tym kontekście uważamy, że:
 - Różnica między stosowaniem zobowiązań samowystępujących (art. 5), a zobowiązaniami, które mogą podlegać dalszej specyfikacji (art. 6), powinna być dokładnie i wyczerpująco wyjaśniona, bowiem obecne podejście skutkuje przeregulowaniem, jako że obowiązki

wynikające z art. 6 Projektu mają zastosowanie do wszystkich strażników. Stanowi to sprzeczność z deklarowanym we wcześniejszych konsultacjach zindywidualizowanym podejściem i dostosowywaniem go do konkretnych modeli biznesowych, biorąc pod uwagę kontekst i przypadki, w których dane postępowanie mogłoby sprzyjać konkurencji,

- Koncepcja „dialogu regulacyjnego ze strażnikami dostępu” (o której mowa w OSR) powinna znaleźć umocowanie w prawie,
 - Rozporządzenie powinno precyzować, w jaki sposób wyniki badania rynku mające na celu określenie nowych podstawowych usług i praktyk w sektorze cyfrowym wpływają na zakres i środki określone w art. 1 - 6 Projektu,
 - Rozporządzenie powinno zapewniać większą jasność co do rodzajów i treści argumentów (art. 3 ust. 4) wymaganych do wykazania, że dany dostawca usług nie kwalifikuje się jako strażnik dostępu,
 - Do analizy obowiązków potencjalnych strażników dostępu powinna zostać wprowadzona koncepcja „efektywności” (rozumianej w kategoriach ekonomicznych), umożliwiającą przedstawienie kontrargumentów w celu obalenia możliwości zastosowania środka z art. 5 lub art. 6 Projektu do danego modelu biznesowego. W ramach tego procesu potencjalny strażnik mógłby argumentować, że w jego szczególnych okolicznościach określony zakaz lub zobowiązanie spowodowałoby utratę wydajności/efektywności, która przeważałaby nad wszelkimi potencjalnymi korzyściami z wyższej konkurencyjności rynków cyfrowych.
- Komisja Europejska argumentuje, że zobowiązania i zakazy zawarte w art. 5 i art. 6 Projektu są w dużej mierze oparte na doświadczeniu w zakresie egzekwowania prawa (tj. na sprawach, które podlegały rozstrzygnięciu w sądach). Trudno jest się zgodzić z tym argumentem, ponieważ wiele z tych spraw jest nadal w toku. Ponadto, chociaż określony sposób postępowania przez przedsiębiorcę mógł w konkretnym przypadku spowodować naruszenie konkurencji, nie oznacza to automatycznie, że taki sam sposób postępowania w innym kontekście ekonomicznym i innym czasie byłby również problematyczny, biorąc pod uwagę różnicowanie modeli biznesowych oraz rozwój rynków, na których działają firmy cyfrowe.

II. Niepewność kompetencyjna

Analiza treści Projektu sugeruje, że jego przyjęcie w obecnym kształcie może spowodować przyznanie zbyt dużych uprawnień Komisji Europejskiej, odbierając je Państwu Członkowskiemu i tworząc obszar niepewności kompetencyjnych dla krajowych organów ochrony konkurencji.

- Nie jest jasne, w jakim zakresie Komitet Doradczy ds. Rynków Cyfrowych (art. 32) byłby w stanie działać jako organ kontrolujący Komisję Europejską.
- Art. 1 ust. 5 Projektu stanowi, że „Państwa członkowskie nie mają kompetencji do nakładania na strażników dalszych obowiązków w drodze przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych w celu zapewnienia konkurencyjnych i uczciwych rynków”. Jednak Projekt obejmuje jedynie tych przedsiębiorców, którzy mają „znaczący wpływ na rynek wewnętrzny” (wpływ ten mierzony jest poprzez zbadanie rocznych obrotów na terenie EEA, średniej kapitalizacji rynkowej lub równoważności wartości rynkowej). Stwarza to niejasność co do tego, czy organy krajowe mogą narzucić ramy ex ante w stosunku do firm cyfrowych, które nie mają „znaczącego wpływu na rynek wewnętrzny”, ale mimo to mają znaczący wpływ na rynek krajowy danego Państwa Członkowskiego. DMA powinna jednoznacznie określać, że wymagania opisane w rozdziale III nie mogą być rozszerzane przez państwa członkowskie. Postulujemy taki zapis ze względu na ponadgraniczny charakter wielu firm, które spełniają już dzisiaj kryteria „gatekeepers” w rozumieniu DMA, natomiast wypełnianie warunków zapisanych w DMA



powinno pozwolić na jednoznaczne stwierdzenie prawidłowości działania w całej Unii Europejskiej.

III. Nieproporcjonalność rozwiązań

Niezależnie od powyższych obszarów regulacyjnych, Projekt zawiera zakazy oraz nakłada zobowiązania, które mogą dotknąć różnych przedsiębiorców w różnym stopniu. Dodatkowo, art. 5 i art. 6 Projektu zawierają wiele szczegółowych wymogów, często opartych na konkretnych dochodzeniach lub postępowaniach sądowych w zakresie prawa konkurencji, które nie powinny być stosowane jednolicie do wszystkich „gatekeepers”.

Dziękując za możliwość wzięcia udziału w tych konsultacjach przesyłamy powyżej nasze komentarze. Chcielibyśmy zaznaczyć, że popieramy cel jaki przyświecał Komisji Europejskiej w toku prac nad DMA, jakim jest przyczynianie się do właściwego funkcjonowania jednolitego rynku usług cyfrowych poprzez zagwarantowanie, że rynki w całej Unii, na których są obecni „gatekeeper” są konkurencyjne i sprawiedliwe. Pozostajemy do Państwa dyspozycji jeśli będzie taka potrzeba. Chętnie doprecyzujemy lub wyjaśnimy wątpliwości.

Z poważaniem

Tony Housh

Prezes Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce