

Warszawa, 18 stycznia 2021 r.
KL/22/15/AM/2021

Pan
Jarosław Gowin
Wiceprezes Rady Ministrów
Minister Rozwoju, Pracy i Technologii

Szanowny Panie Premierze,

W nawiązaniu do zaproszenia Ministerstwa Rozwoju, Pracy i Technologii do konsultacji projektu unijnego rozporządzenia: Akt o rynkach cyfrowych (*Digital Markets Act*) (dokument COM(2020) 842 final), Konfederacja Lewiatan, w załączeniu, przedstawia stanowisko do projektu.

Z poważaniem,



Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan

Do wiadomości:

Pan Dominik Wójcicki - Dyrektor Departamentu Gospodarki Elektronicznej, Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii

Załącznik:

Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu unijnego rozporządzenia: Akt o rynkach cyfrowych (*Digital Markets Act*) (dokument COM(2020) 842 final).





LEWIATAN

Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu unijnego rozporządzenia: Akt o rynkach cyfrowych (Digital Markets Act) (dokument COM (2020) 842 final)

Uwaga 1. Ogólna

DMA to kluczowy krok w cyfrowej przyszłości Europy. Zgadza się, że potrzebne są ramy regulacyjne, które zapewniłyby większą jasność w zakresie obowiązków platform cyfrowych, które zaadresowałyby problemy zaburzenia konkurencji, sprzyjałyby zwiększonemu wyborowi konsumentów w internecie i zachęcałyby klientów biznesowych do szerszego wykorzystywania internetu z korzyścią dla całej gospodarki europejskiej.

Część przedsiębiorców działających na rynku cyfrowym sceptycznie odnosi się do pomysłu skoncentrowania się w regulacji na bardzo dużych platformach internetowych (VLOP) lub platformach gatekeeper. Platformy cyfrowe stworzyły MŚP bezprecedensowe możliwości zdobywania klientów i ekspansji, obniżając bariery wejścia, zwiększając zasięg i umożliwiając im ekspansję poza rynki krajowe. Platformy zapewniają szereg ważnych korzyści dla rozwijających się firm, w tym: ekspansję rynkową, redukcję kosztów, ekspansję informacyjną i większą elastyczność cenową w odniesieniu do potencjalnych klientów.

Jednocześnie, inni przedsiębiorcy działający na rynku cyfrowym, którzy odczuwają negatywne skutki działań platform o dominującej pozycji, określonych w projekcie jako gatekeepers zdecydowanie popierają projekt regulacji DMA.

Wszelkie wprowadzane w Projekcie DMA mechanizmy powinny mieć na celu zagwarantowanie konkurencji na rynku usług cyfrowych, dlatego 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. Konfederacja Lewiatan w stanowiskach przyjmowanych przed publikacją DMA podkreślała potrzebę zwiększenia skuteczności egzekwowania zasad regulujących wspólny rynek – DMA wpisuje się w tę logikę. Konfederacja przestrzega jednak przed tendencją przeregulowania usług cyfrowych i zwiększenia obciążeń dla firm.

Platformy cyfrowe podlegają już różnym regulacjom, takim jak ogólne rozporządzenie o ochronie danych (RODO) lub inne przepisy dotyczące ochrony konsumentów. Przepisy te obowiązują niezależnie od wielkości platformy. Na przykład kwestie zawarte w DMA zostały już częściowo uwzględnione w rozporządzeniu „Platform-to-Business” (P2B).

Dlatego tak ważne jest by konsekwencją wprowadzenia DMA było jasne określenie relacji pomiędzy obowiązkami i ograniczeniami nakładanymi na „gatekeepers” w ramach DMA z zasadami ogólnego prawa ochrony konkurencji i konsumentów, któremu podmioty działające na rynku unijnym podlegały dotychczas. Niezwykle istotna jest tu jasność zakresu prawa, tak, aby te same podstawy nie podlegały równoległym działaniom ze strony odpowiednich organów.

member of **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS





LEWIATAN

Zdaniem KL, konieczne jest również zapewnienie skutecznego egzekwowania nowych przepisów wobec podmiotów spoza UE, pochodzących szczególnie z krajów o słabiej ugruntowanym respektowaniu prawa gospodarczego.

Uwaga 2. Zakres usług komunikacji interpersonalnej objętych przepisami projektu rozporządzenia - art.1

Z motywów projektu DMA wynika, że intencją Projektodawcy było objęcie zastosowaniem projektowanego rozporządzenia usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów (*number-independent interpersonal communication services*). Potwierdza to brzmienie art. 2 ust. 2 lit. e) projektowanego rozporządzenia, z którego wynika, że „*core platform service*” może być „*number-independent interpersonal communication services*” (a nie „*number-based interpersonal communication service*”). Natomiast redakcja przepisu art. 1 ust. 3 lit. (b) i ust. 4 powoduje – najprawdopodobniej nieintencjonalnie uwzględnienie w treści wszystkich usług komunikacji interpersonalnej, zarówno tych niebazujących na numerach, (co wydaje się zgodne z intencjami Projektodawcy) jak i tych bazujących na numerach, (co wykracza poza intencje Projektodawcy). Nie ma żadnego uzasadnienia do obejmowania niniejszym rozporządzeniem usług komunikacji interpersonalnej bazujących na numerach (*number-based interpersonal communication services*), jako, że usługi tego typu, jako „klasyczne” usługi telekomunikacyjne (telefoniczne połączenia głosowe albo SMS) mają swoją sektorową i wyczerpującą regulację w postaci wdrażanej właśnie dyrektywy 2018/1972 – europejski Kodeks Łączności Elektronicznej. Biorąc powyższe pod uwagę, brzmienie analizowanych przepisów należy zmienić tak, aby jasno z tych przepisów wynikało, że rozporządzenie DMA nie znajduje zastosowania do żadnej usługi łączności elektronicznej, w rozumieniu art. 2 pkt 4 dyrektywy 2018/1972, za wyjątkiem usługi łączności interpersonalnej niewykorzystującej numerów (*number-independent interpersonal communications service*), o której mowa w art. 2 pkt 7) dyrektywy 2018/1972. W ten sposób art. 1 ust. 3 i 4 projektowanego rozporządzenia DMA będą spójne z art. 2 ust. 2 lit. e) tego rozporządzenia.

Uwaga 3 Harmonizacja definicji, pojęć i procesów (art. 2)

W ciągu ostatnich miesięcy i tygodni prezentowane są regulacje dotyczące bezpośrednio lub mające znaczący wpływ na rynek cyfrowy i rynek danych. Także w ciągu ostatnich lat pojawiło się kilka znaczących regulacji jak np.

- RODO (Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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),

member of **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS





LEWIATAN

- Dyrektywa NIS (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii)
- Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej (EKŁE, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej, zastępująca dyrektywy 2002/19/WE, 2002/20/WE, 2002/21/WE, 2002/22/WE)

wraz z krajowymi aktami wdrażającymi dyrektywy oraz aktami prawnymi dopełniającymi zapisy rozporządzeń unijnych (dla RODO były to zmiany w ponad 150 ustawach). Warto zaznaczyć także obecność ogółouropejskich wytycznych związanych np. z wykorzystaniem chmury obliczeniowej w segmentach takich jak finansowe (wytyczne EBA, EIOPA czy ESMA).

Obecnie zaś oprócz omawianej w tych konsultacjach DMA pojawiło się wiele projektów nowych aktów prawnych, które w znacznej części dotyczą tych samych podmiotów. Wymieńmy kilka z nich:

- Digital Services Act
- Nowelizacja Dyrektywy NIS (tzw. NIS2)
- Digital Operational Resilience Act (dla rynków finansowych)
- Data Governance Act
- Directive on the resilience of critical entities
- (ENISA) Cloud Certification Scheme: Building Trusted Cloud Services Across Europe
- (ENISA) Cybersecurity Certification: EUCC Candidate Scheme

Wiele z tych aktów zawiera różniące się między sobą definicje dotyczące tych samych zdarzeń lub zapisy procedur w podobnych sytuacjach. Możemy wskazać jako przykład niejednoznaczność w określaniu dostawców chmury obliczeniowej. Wiele z wymienionych aktów powoduje zmienność odpowiedzialności wobec regulatorów.

Postulujemy ujednoczenie i harmonizację w maksymalnym zakresie definicji, pojęć i procedur we wszystkich aktach, istniejących i planowanych. Tylko wówczas Unia Europejska będzie mogła wykorzystać gospodarkę cyfrową dla dobra obywateli, przedsiębiorstw i państw członkowskich.

Uwaga 4. Rzeczywista a przewidywana pozycja rynkowa – art. 3

Art. 3 ust.1 punkt (c) wskazuje na to, że wymagania nakładane na firmę są związane nie tylko z rzeczywistym osiągnięciem przez nią statusu firmy „gatekeeper”, ale także w przypadku przypuszczenia, że taka sytuacja może mieć miejsce. Niestety, trudno zgodzić się z takim zapisem, ponieważ prognozy, przewidywania czy wnioskowanie na podstawie nieznanymi, (jakich???) kryteriów nie może być podstawą do nakładania dodatkowych i trudnych wymagań. Wskazując na kryteria dyrektywa mówi np. o „near future” – co to znaczy? Skoro określenie wstecz (art. 4) mówi o pozycji osiągniętej w ciągu ostatnich trzech lat czy to oznacza, że Komisja będzie posługiwała się projekcją przyszłych rynkowych sukcesów na trzy lata naprzód? Kto będzie taki proces prowadził? Co więcej, wszystkie założenia mogą okazać się mylne, a teoretycznie osiągnięta pozycja *gatekeepera* na tyle nietrwała, że może to w sposób znaczący utrudnić przedsiębiorstwu normalne działanie.

member of **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS





LEWIATAN

Propozycja: wykreślić zapis „*or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future*”. W szczególności ze względu art. 3 ust. 2 punkt (c), a także art. 4 ust. 1, który wymaga bazowania na faktach, a nie przypuszczeniach.

Uwaga 5.– Klasyfikacja, jako „gatekeeper” – kryteria ilościowe - Art. 3

Analiza przedstawiona w pkt 5 ma charakter wstępny. Konfederacja Lewiatan zastrzega sobie prawo do modyfikacji i uzupełnienia tego punktu.

Uważamy, że wyznaczanie platform gatekeeper powinno być określane indywidualnie w odniesieniu do określonych działań na określonych rynkach. Kryteria przedstawione w DMA dotyczące identyfikacji gatekeeper według liczby użytkowników i przychodów są bardzo arbitralne. Porzucenie uznanych i dobrze funkcjonujących praktyk prawa konkurencji i zastąpienie ich arbitralnie ustalonymi progami doprowadzi do zakłócenia innowacyjności - firmy sztucznie przestaną się rozwijać, aby nie przekraczać progów i podlegać regulacji. Doświadczenia konsumentów i MŚP korzystających z usług platform z pewnością ucierpią.

Musimy pamiętać, że niektóre wyzwania regulacyjne nie są związane z rozmiarem platform internetowych. Postrzegane obawy dotyczące usług cyfrowych, na przykład dotyczące prywatności, przejrzystości i decyzji rankingowych, mogą mieć zastosowanie niezależnie od wielkości dostawcy usług lub jego modelu biznesowego. Wydaje się, że kilka z możliwych reguł *ex ante* ma na celu zaradzenie szkodom dla konsumentów niezależnie od statusu platformy, jako gatekeeper / non-gatekeeper. W takim przypadku korzyści dla użytkowników platformy zostałyby zmaksymalizowane poprzez zapewnienie spójnego stosowania dla wszystkich graczy w sektorze.

Dodatkowo, uznajemy, że rozporządzenie powinno zapewniać większą jasność, co do rodzajów i treści argumentów (art. 3 ust. 4 Projektu) wymaganych do wykazania, że dany dostawca usług nie kwalifikuje się, jako strażnik dostępu.

Uwaga 6. Ograniczenie wymagań wobec „gatekeepers” tylko do tych określonych w DMA

DMA powinna jednoznacznie określać, że wymagania opisane w rozdziale III nie mogą być rozszerzane przez państwa członkowskie. Postulujemy taki zapis ze względu na ponad graniczny charakter wielu firm, które spełniają już dzisiaj kryteria „*gatekeepers*” w rozumieniu DMA, natomiast wypełnianie warunków zapisanych w DMA powinno pozwolić na jednoznaczne stwierdzenie prawdziwości działania w całej Unii Europejskiej.

Pragniemy podkreślić, że istnieje duże ryzyko, iż regulacje wymierzone w dominujące platformy mogą w sposób nieproporcjonalny dotknąć przedsiębiorców z sektora MŚP, a przez to negatywnie wpływać na potencjalny rozwój innowacji cyfrowych w Unii. Z podobną sytuacją mieliśmy już przecież do czynienia w przypadku rozporządzenia RODO, gdzie koszty związane z dostosowaniem się do regulacji

member of **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS





LEWIATAN

stanowiły większy ciężar dla mniejszych firm i efektywnie ograniczyły ich zasoby finansowe na inwestycje. W związku z tym jakiegokolwiek nowe regulacje nie powinny powodować nadmiernych kosztów i obciążeń dla europejskich przedsiębiorstw, a także nie ograniczać ich rozwoju oraz oferowanych usług zarówno na terenie UE jak również na całym świecie.

Art. 5 i art. 6 aktu o rynkach cyfrowych 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”. Biorąc pod uwagę różnorodność modeli biznesowych w sektorze cyfrowym tak szczegółowe ograniczenie i regulacja usług może mieć nieprzewidziane konsekwencje dla innowacji i kreatywności tego sektora.

W odniesieniu do art. 5 i 6 uważamy, że:

- Różnica między stosowaniem zobowiązań samo wykonawczych (art. 5 Projektu) a zobowiązaniami, które mogą podlegać dalszej specyfikacji (art. 6 Projektu), powinna być dokładnie i wyczerpująco wyjaśniona, bowiem obecne podejście skutkuje przeregulowaniem, jako że wszystkie obowiązki wynikające z art. 6 Projektu mają zastosowanie do wszystkich strażników; powyższe stoi, zatem w jawnej sprzeczności 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;
- do analizy obowiązków potencjalnych strażników dostępu powinna zostać wprowadzona koncepcja „efektywności” (rozumianej w kategoriach ekonomicznych), umożliwiająca 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 nałożenie określonego zakazu lub zobowiązanie mogłoby spowodować utratę wydajności czy efektywności, która przeważałaby nad wszelkimi potencjalnymi korzyściami wynikającymi z wyższej konkurencyjności rynków cyfrowych.

Ponadto, potencjalny strażnik dostępu powinien mieć możliwość przedstawienia dowodów na to, że określony środek z art. 5 lub art. 6 Projektu nie jest odpowiedni dla jego modelu biznesowego.

Z jednej strony Komisja Europejska słusznie 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). Z drugiej jednak strony warto mieć na uwadze, że 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 zróżnicowanie modeli biznesowych oraz rozwój rynków, na których działają firmy cyfrowe.

member of **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS



Uwaga 7. Zwolnienia z obowiązków – art. 9

Proponujemy zmianę zakresu zwolnień wymagań w art. 9 ust. 2 poprzez:

- a. Wykreślenie „*public morality*” – gdyż nie jest to jednoznaczne pojęcie w poszczególnych krajach członkowskich UE, w tym przypadku zaś należy liczyć na harmonizację wymagań nakładanych przez DMA
- b. Dodanie „*national safety*”, co przedstawiamy bez uzasadnienia

Uwaga 8. Elastyczność i nastawienie na przyszłość

Rozporządzenie DMA powinno być przyszłościowe. Platformy cyfrowe często działają przy użyciu różnych modeli biznesowych i strategii monetyzacji na różnych rynkach, w różnych obszarach geograficznych i sektorach. Cyfrowe ekosystemy szybko ewoluują. Największym wyzwaniem jest, więc przełożenie celów na praktyczne zasady dla platform internetowych zidentyfikowanych, jako „gatekeepers”, jeśli chodzi o projektowanie produktów. Dlatego nowe regulacje dla platform internetowych zidentyfikowanych, jako „gatekeepers” powinny opierać się na zestawie ogólnych zasad (nakazów i zakazów), które można by stosować do różnych rodzajów platform tego typu (np. działania mające na celu rozwiązanie rzeczywistych lub domniemanych konfliktów interesów, w przypadku, gdy właściciel platformy konkuruje na platformie), uzupełnione wytycznymi dotyczącymi konkretnej takiej platformy, które zależą od danych technologii (np., co to oznacza w kontekście usług reklamowych w porównaniu z tym, co to oznacza w kontekście sklepu z aplikacjami lub rynku).

