

K

A

R

Kto posiada pozycję dominującą w Internecie? Uwagi o usługach internetowych i naturze reklamy na tle polskiego i europejskiego prawa konkurencji

Spis treści

- I. Uwagi wstępne
- II. Praktyka polskich i europejskich organów w zakresie analizy rynków usług online
 1. Komisja Europejska
 - 1.1. Portale internetowe i dostarczanie płatnej treści
 - 1.2. Wyszukiwarki i reklama internetowa
 2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 3. Sprawa Google w Europie oraz w Stanach Zjednoczonych
- III. Rynki reklamy internetowej
 1. Rynki reklamy jako rynki dwustronne
 2. Definicja rynku właściwego i siły rynkowej na rynkach reklamy internetowej
 3. Analiza praktyki UOKiK i Komisji Europejskiej
 - 3.1. Komisja Europejska
 - 3.2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 4. Kto jest dominantem na rynkach usług online?
 - 4.1. Substytucja popytowa pomiędzy reklamą offline a reklamą online
 - 4.2. Substytucja popytowa w obrębie reklamy online (reklama search i non-search)
- IV. Czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?
 1. Kogo chroni polskie prawo konkurencji?
 2. Czy naruszenie interesu reklamodawców może prowadzić do naruszenia interesów konsumentów?
 - 2.1. Bezpośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (passing-on of losses)
 - 2.2. Pośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (pytanie o „prokonkurencyjność” reklamy)
 3. Wnioski: czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?
- V. Nieantymonopolowe pokusy prawa antymonopolowego

Streszczenie

Autor analizuje praktykę polskich i europejskich organów konkurencji w zakresie definicji rynków właściwych i siły rynkowej w sektorze internetowym (z wyłączeniem sprzedaży internetowej). Autor

* Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Wydziale Prawa Uniwersytetu Nowojorskiego (LLM in antitrust law), e-mail: ppsemeniuk@gmail.com; www.powiesczatrzygrosze.com; www.korporacyjnie.pl.

konkluduje, że organy konkurencji powinny być bardziej wstrzemięźliwe w ingerowaniu w działalność przedsiębiorców świadczących usługi *online* ze względu na wysoką substytucję popytową w ramach reklamy internetowej oraz naturę reklamy jako takiej.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji; rynki internetowe; rynki reklamy; substytucja popytowa; antykonkurencyjność reklamy; usługi online; siła rynkowa; pozycja dominująca; reklama kontekstowa; targetowanie; reklama search; portale.

I. Uwagi wstępne

Internet stał się częścią naszego codziennego życia, przez Internet kupujemy bowiem książki, ubrania oraz zamawiamy walentynkowe kwiaty, poszukujemy w nim informacji i rozrywki, a nasze życie towarzyskie coraz bardziej przenosi się do sfery online. Korzystamy z usług sklepów internetowych, wyszukiwarek, portali informacyjno-rozrywkowych oraz z serwisów społecznościowych. Do „sieci” przenieśli się też przedsiębiorcy, a za nimi czujne oko organów ochrony konkurencji.

Na świecie toczy się obecnie sprawa związana z domniemanymi antykonkurencyjnymi praktykami Google¹. Niedawne przejęcie przez Ringier Axel Springer Media kontroli nad spółką Onet.pl², zakup spółki Agito przez MIH Allegro³, na które zgodę wyraził Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) oraz przejęcie serwisu Gruper.pl przez Grupę Polskapresse⁴ pokazują, że sektor internetowy w Polsce jest bardzo żywotny i w przyszłości czekają nas zapewne kolejne interesujące akwizycje. Tradycyjne pytania prawa antymonopolowego, czyli: w jaki sposób mierzyć siłę rynkową w Internecie oraz jacy przedsiębiorcy taką siłę posiadają, zyskały nowy (choćby nowy jedynie do pewnego stopnia) wymiar w rzeczywistości online. Rynki usług online są bowiem najczęściej także rynkami reklamy, na których użytkownicy nie płacą za otrzymaną usługę, ponieważ są niejako „subsydiowani” przez reklamodawców.

Poniższy artykuł stanowić będzie próbę przyjrzenia się dotychczasowej praktyce UOKiK oraz Komisji Europejskiej w zakresie definicji produktowych rynków właściwych na rynkach usług internetowych. W artykule poddam krytyce tok analizy zawarty w niektórych decyzjach Komisji Europejskiej, a w szczególności w decyzjach UOKiK. Moje trzy główne obserwacje będą następujące. Po pierwsze uważam, że podczas analizy rynku właściwego oraz analizy siły rynkowej w ramach usług online, gdzie użytkownicy nie płacą za otrzymaną usługę (tzw. bezpłatne usługi online), kluczowa dla tej analizy powinna być substytucja popytowa po stronie reklamodawców, a ta może się znacząco różnić od substytucji popytowej po stronie użytkowników. Po drugie, wątpliwe jest według mnie, że siła rynkowa, jeżeli takową dysponują przedsiębiorcy oferujących usługi online w stosunku do reklamodawców, jest automatycznie tożsama z pozycją dominującą w rozumieniu polskiego i europejskiego prawa konkurencji. Po trzecie wreszcie, uważam, że

¹ Zob. postanowienie Komisji Europejskiej o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko Google, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, Bruksela, 30 października 2010 r., pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm. W Stanach Zjednoczonych postępowanie Federalnej Komisji Handlu (ang. Federal Trade Commission) przeciwko Google dotyczące rzekomego wykluczania konkurentów Google z wyników wyszukiwania zakończyło się umorzeniem. Zob. *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 stycznia 2013 r., pobrano z: <http://www.ftc.gov/os/2013/01/130103googlesearchstmtofcomm.pdf>.

² Decyzja Prezesa UOKiK z 17.10.2012 r., DKK-95/2012, pobrano z: www.uokik.gov.pl.

³ Decyzja Prezesa UOKiK z 15.02.2012 r., DKK-20/2012, pobrano z: www.uokik.gov.pl.

⁴ D. Jedlina, Fuzje i przejęcia w polskim internecie, *Raport Internet Standard, Internet 2K12*, czerwiec 2012, s. 18. Autorka określa ostatni rok [tj. rok 2012], jako „obfity czas fuzji i przejęć w polskim Internecie”.

organy konkurencji przy analizie rynków reklamy online (a również szerzej – wszystkich rynków reklamy) mają tendencję i pokusę do wykorzystywania reguł konkurencji w celu ochrony wartości, które nie mają nic wspólnego z prawem antymonopolowym, takich jak wolność słowa czy ochrona prywatności.

Artykuł ten będzie dotyczyć jedynie rynków usług online, czyli rynków, gdzie usługi zyskują nowy wymiar właśnie przez fakt oferowania ich przez Internet. Artykuł ten nie będzie dotyczył tzw. rynków sprzedaży internetowej, czyli sytuacji, w której sprzedaż tradycyjnych produktów dokonywana jest za pomocą Internetu⁵. Sprzedażą internetową zajmują się sklepy internetowe i portale aukcyjne i to właśnie tego typu sprzedaży dotyczyła głośna decyzja UOKiK zakazująca w sprawie *Empik/Merlin*⁶. Na rynkach usług internetowych, które będą przedmiotem analizy poniższego artykułu, działają z kolei np. wyszukiwarki, portale informacyjno-rozrywkowe oraz portale społecznościowe.

II. Praktyka polskich i europejskich organów w zakresie analizy rynków usług online

1. Komisja Europejska

1.1. Portale internetowe i dostarczanie płatnej treści

Po raz pierwszy znacząca uwaga Komisji Europejskiej została zwrócona na rynki usług internetowych w 2000 r. W tymże roku Komisji przyszło przeanalizować koncentrację polegającą na utworzeniu przez Vodafone, Vivendi i Canal Plus wspólnego internetowego portalu informacyjno-rozrywkowego o nazwie Vizzavi⁷. Wydając ostatecznie zgodę na koncentrację, Komisja po raz pierwszy pochyliła się nad specyfiką tzw. portali internetowych⁸. Portal internetowy to według Komisji „brama, przez którą konsumenci i przedsiębiorcy mają dostęp do wielu serwisów online”⁹. Komisja wyodrębniła portale wertykalne oraz horyzontalne. Portale wertykalne zapewniają dostęp do „poszczególnych kategorii treści (...) przeznaczonych dla konkretnych potrzeb konsumenta, takich jak sport, gry video i podróże”¹⁰. Z kolei portale horyzontalne oferują „kompleksowe usługi” będące „agregatem” portali wertykalnych oraz usługi, takie jak poczta elektroniczna czy też możliwość zakupów przez Internet¹¹. Przykładem portalu horyzontalnego podanym przez Komisję był portal Yahoo! Ponadto Komisja, powołując się na wcześniejszą decyzję w sprawie *Bertelsmann/Burda/HOS Lifeline*¹², uznała, że rynek dostarczania przez Internet płatnych treści (np. gry i „specjalne serwisy informacyjne”) jest odrębny od rynku reklamy internetowej, na którym użytkownicy nie płacą za dostarczane im treści¹³. Oczywiście Komisja nie wykluczyła, że zarówno „rynek reklamy internetowej” (ang. *internet advertising*), jak i rynek dostarczania płatnej treści (ang. *provision of*

⁵ Część pracy w powyższym zakresie wykonał już Konrad Kohutek. Zob. K. Kohutek, Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych), PPH 2011, nr 11, s. 36–43.

⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 03.02.2011 r., DKK-12/11, pobrano z: www.uokik.gov.pl.

⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 20.07.2000 r. w sprawie *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*, COMP/JV.48, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/jv48_en.pdf.

⁸ Ibidem, par. 47–53.

⁹ Ibidem, par. 49.

¹⁰ Ibidem, par. 50.

¹¹ Ibidem, par. 51–53.

¹² Decyzja Komisji Europejskiej z 15.09.1998 r. w sprawie *Bertelsmann/Burda/HOS Lifeline*, IV/M.973, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m973_de.pdf.

¹³ *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*..., par. 45.

paid-for-content) mogą być dzielone na inne mniejsze rynki. Analiza Komisji Europejskiej polegająca na wyodrębnieniu portali horyzontalnych, wertykalnych oraz podziale rynków internetowych na rynek reklamy internetowej i rynek płatnej treści została potwierdzona przez Komisję w zapadłej w tym samym roku decyzji w sprawie *Vivendi/Canal+/Seagram*¹⁴.

Co istotne, w przywołanych wyżej decyzjach Komisja nie stwierdziła jednoznacznie, w przeciwieństwie do podziału na rynki reklamy internetowej i rynki dostarczania płatnej treści, że portale wertykalne stanowią odrębny od portali horyzontalnych rynek właściwy, aczkolwiek taką sugestią można niewątpliwie wyczytać z treści uzasadnienia tych decyzji.

1.2. Wyszukiwarki i reklama internetowa

Drugi kamień milowy w zakresie analizy rynków usług online został przez Komisję Europejską położony w 2008 roku. Świat wkroczył z ery portali internetowych do ery internetowych wyszukiwarek. Komisji przyszło przeanalizować, pod kątem potencjalnych antykonkurencyjnych skutków, nabycie przez Google spółki DoubleClick zajmującej się reklamą internetową. Komisja, wyrażając ostatecznie zgodę na wspomnianą akwizycję, jednoznacznie wyodrębniła osobny rynek reklamy offline (ang. *offline advertising*) oraz rynek reklamy online (ang. *online advertising*)¹⁵. Komisja spędziła też wiele czasu na analizie różnic pomiędzy reklamą w wyszukiwarkach internetowych (ang. *search advertising*) oraz innymi rodzajami reklamy internetowej (ang. *non-search advertising*)¹⁶, stwierdzając jednak, że „nie ma potrzeby jednoznacznego wyodrębniania”¹⁷ osobnych rynków reklamy w wyszukiwarkach internetowych i innej reklamy internetowej, ponieważ przedmiotowa akwizycja, bez względu na przyjętą definicję rynku właściwego, nie budzi wątpliwości z punktu widzenia konkurencji.

W kolejnej sprawie dotyczącej połączenia wyszukiwarek internetowych należących do Microsoft oraz Yahoo! z lutego 2010 r.¹⁸ Komisja w zasadzie powtórzyła swoje wcześniejsze stanowisko ze sprawy *Google/DoubleClick* i ponownie zaznaczyła, że w zakresie analizowanej sprawy nie ma potrzeby decydowania czy rynek usług reklamy w wyszukiwarkach internetowych (ang. *search advertising*) oraz rynek innych usług reklamy internetowej (ang. *non-search advertising*) stanowią odrębne rynki. Wydaje się jednak, że Komisja w bardziej zdecydowany sposób opowiedziała się za wydzieleniem takich dwóch rynków, szykując sobie zapewne grunt do rozpoczętego osiem miesięcy później postępowania antymonopolowego przeciwko Google. Jak zaznaczyła Komisja, podczas gdy większość respondentów uważa, że „wszystkie typy reklamy online konkurują ze sobą, ponieważ reklamodawcy mieszają i dopasowują do siebie różne formaty reklamowe i technologie tzw. *targetowania*”¹⁹, to „znacząca ilość respondentów stoi na stanowisku, że reklama w wyszukiwarkach stanowi rynek sam w sobie, który nie może być zestawiony z żadną inną internetową działalnością reklamową”²⁰.

¹⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z 13.10.2000 r. w sprawie *Vivendi/Canal+/Seagram*, COMP/M.2050, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2050_en.pdf.

¹⁵ Ibidem, par. 56.

¹⁶ Ibidem, par. 48–56.

¹⁷ Ibidem, par. 56. W oryginale: *there is no need to define two separate markets for the provision of search and non-search advertising space*.

¹⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z 18.02.2010 r. w sprawie *Microsoft/Yahoo! Search Business*, COMP/M.5727, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf.

¹⁹ Ibidem, par. 71. W oryginale: *all types of online advertising compete because advertisers mix and match different ad formats and targeting technologies*.

²⁰ Ibidem, par. 71. W oryginale: *a significant number of respondents believe that search advertising is a market in its own right and cannot be grouped together with any other online advertising activity*.

Tabela 1 ilustruje, w jaki sposób do tej pory Komisja Europejska podchodziła do analizy rynków usług internetowych i reklamy internetowej.

Tabela 1. Podział rynków usług internetowych i reklamy internetowej według Komisji Europejskiej

Podział rynków usług internetowych	rynki dostarczania płatnych treści (ang. <i>provision of paid-for-content</i>): decyzja <i>Vodafone/Vivendi/Canal Plus</i>	
	rynki reklamy internetowej, czyli rynki bezpłatnej treści (ang. <i>internet advertising</i>): decyzja <i>Vodafone/Vivendi/Canal Plus</i>	
Podział rynków reklamy internetowej (czyli rynków bezpłatnej treści)	podział ze względu na typ reklamy	podział ze względu na treść dostarczanej usługi
	potencjalny rynek reklamy <i>search</i> : decyzje <i>Google/DoubleClick, Microsoft/Yahoo!</i>	potencjalny rynek portali horyzontalnych: decyzja <i>Vodafone/Vivendi/Canal Plus</i>
	potencjalny rynek reklamy <i>non-search</i> : decyzje <i>Google/DoubleClick, Microsoft/Yahoo!</i>	rynki portali wertykalnych, np. rynek portali sportowych, rynek portali biznesowych: <i>Vodafone/Vivendi/Canal Plus</i>

Źródło: opracowanie własne.

2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W praktyce Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów brakuje na razie decyzji, która kompleksowo podchodziłaby do analizy rynków online, a w szczególności rynków reklamy internetowej. W niektórych decyzjach UOKiK pochylił się jednakże nad specyfiką usług internetowych. Poza kilkoma, w których UOKiK niejako mimochodem wspominał o różnych rodzajach rynków i „podrynków” reklamy internetowej²¹, dwoma najbardziej kompleksowymi próbami zmierzenia się z zagadnieniem usług online są decyzje UOKiK w sprawie *EDSA/Dite*²² oraz w sprawie *Allegro/Agito*²³.

W pierwszej z powyższych decyzji UOKiK wyraził zgodę na koncentrację pomiędzy dwoma przedsiębiorcami zajmującymi się wydawaniem katalogów teleadresowych. Przedsiębiorcy ci, poza publikacją wspomnianych katalogów w wersji papierowej, byli również operatorami tzw. internetowych baz firm (serwisy *Pkt.pl*, *Ditel.pl*). UOKiK uznał, że przedsiębiorcy działali na odrębnym „krajowym rynku internetowych katalogów teleadresowych typu *business to consumer*” oraz „rynku sprzedaży powierzchni reklamowej w tych katalogach”²⁴. UOKiK ostatecznie uznał, że koncentracja nie narusza ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: *uokik*) głównie ze względu na niedawne pojawienie się na rynkach internetowych dwóch nowych podmiotów: serwisu *Zumi.pl* należącego do grupy *Onet* oraz grupy *Google*, która była właśnie na etapie dodawania do swojego serwisu *Google Maps* dodatkowych opcji teleadresowych.

²¹ Przykładowo w decyzji dotyczącej przejęcia *Mecom* przez *Orkla Media*, UOKiK zasugerował jakoby „gazety internetowe”, takie jak witryna *Gazeta.pl*, należały do innego rynku produktowego niż „portale” („Wiodącymi polskimi stronami internetowymi są portale, lecz gazety (...) mogą zająć wiodące miejsca wraz z rozwojem rynku internetowego. Aktualnie największy udział w rynku wśród gazet internetowych należy do *Gazeta.pl*”). Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 10.10.2006 r., DOK-119/2006, s. 7. W innej decyzji UOKiK uznał, że tematyczny portal farmaceutyczny stanowi element ogólnego „rynku usług związanych z portalami internetowymi”. Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 22.04.2005 r., RWA-10/2005, s. 7. Pobrano z: www.uokik.gov.pl.

²² Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 22.04.2008 r., DKK-37/08 (*EDSA/Ditel*), pobrano z: www.uokik.gov.pl.

²³ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 15.03.2012 r., DKK-20/2012 (*Allegro/Agito*), pobrano z: www.uokik.gov.pl.

²⁴ *Allegro/Agito*..., s. 17.

W sprawie *Allegro/Agito* grupa Allegro, właściciel całej gamy polskich portali internetowych (zgodnie z terminologią Komisji Europejskiej portale te należałoby zapewne określić mianem portali wertykalnych) nabywała, należący do holenderskiego inwestora, serwis Agito.pl. Podstawowym rodzajem działalności prowadzonej przez Agito była sprzedaż internetowa i, w tym zakresie, obszar działalności Agito.pl pokrywał się w wymiarze horyzontalnym z, należącym do grupy Allegro, serwisem aukcyjnym Allegro.pl (aspekt horyzontalny dotyczący rynków sprzedaży internetowej nie jest jednak objęty zakresem tego artykułu). Grupa Allegro była jednak również właścicielem serwisu Ceneo.pl, tzw. porównywarki cenowej, która stanowi rodzaj usługi internetowej (a nie „sprzedaży internetowej”). Na potrzeby zbadania relacji wertykalnych pomiędzy Ceneo.pl (porównywarką cenową) a Agito.pl (sklepem internetowym), UOKiK wyodrębnił więc „krajowy rynek usług świadczony przez internetowe porównywarki cen”, na którym działało Ceneo.pl oraz inne „porównywarki”.

Tabela 2 ilustruje, w jaki sposób UOKiK pochodził do tej pory do analizy rynków usług internetowych.

Tabela 2. Podział rynków usług internetowych ze względu na treść dostarczanej usługi według UOKiK

Podział rynków usług internetowych ze względu na treść dostarczanej usługi
Rynek katalogów teleadresowych (np. serwis teleadresowy Google Maps, Zumi.pl, Ditel.pl, Pkt.pl): decyzja <i>EDSA/Ditel</i>
Rynek porównywarek cenowych (np. serwis Ceneo.pl): decyzja <i>Allegro/Agito</i>
Inne potencjalne rynki (?), np. rynek portali wertykalnych, rynek portali horyzontalnych rynek wyszukiwarek, rynek serwisów społecznościowych

Źródło: opracowanie własne.

3. Sprawa Google w Europie oraz w Stanach Zjednoczonych

Wskazane na początku tego artykułu sugestie Komisji Europejskiej na temat możliwości istnienia odrębnego rynku usług reklamy w wyszukiwarkach internetowych (ang. *search advertising*) zostały niejako potwierdzone w październiku 2010 r., kiedy Komisja wszczęła postępowanie antymonopolowe przeciwko Google²⁵. W komunikacie o wszczęciu postępowania Komisja zobowiązała się do zbadania rzekomego naruszenia pozycji dominującej przez Google „w ramach usług wyszukiwarek internetowych”²⁶. Podejrzenia Komisji wzbudziły przede wszystkim, zarzucane Google, zaniżanie w wynikach wyszukiwania konkurencyjnych wobec siebie wertykalnych wyszukiwarek (ang. *vertical search services*), takich jak np. porównywarki cenowe (ang. *price comparisons*)²⁷. Postępowanie przeciwko Google skończy się jednak zapewne ugodowo. Europejski Komisarz ds. Konkurencji, Joaquín Almunia, 18 grudnia 2012 r. po spotkaniu z prezesem Google, Erikiem Schmidtem, ogłosił, że zdecydował się „kontynuować proces w kierunku osiągnięcia porozumienia

²⁵ Postanowienie Komisji Europejskiej o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko Google...

²⁶ Ibidem, w oryginale: *The European Commission has decided to open an antitrust investigation into allegations that Google Inc. has abused a dominant position in online search.*

²⁷ Ibidem, w oryginale: *Google has abused a dominant market position in online search by allegedly lowering the ranking of unpaid search results of competing services with specific online content such as price comparisons (so-called vertical search services).*

na podstawie artykułu 9²⁸ Rozporządzenia 1/2003²⁹. 25 kwietnia 2013 r. Google złożyło w Komisji Europejskiej propozycję ugody – projekt Google jest obecnie konsultowany przez Komisję z zainteresowanymi stronami³⁰. W komunikatach Komisji dotyczących postępowania przeciwko Google nie sposób odnaleźć rozważań Komisji na temat definicji rynku właściwego. Ze względu na dużą szansę ugody, sprawa Google nie dostarczy zapewne konkluzywnej definicji rynku właściwego, na którym działa Google.

Również w Stanach Zjednoczonych, Amerykańska Federalna Komisja Handlu (ang. *Federal Trade Commission*) po początkowych, pełnych werwy, zapowiedziach zdecydowała się umorzyć większą część postępowania antymonopolowego dotyczącego zaniżania przez Google „rankin-gów” swoich konkurentów w wynikach wyszukiwania, zobowiązując Google jedynie do mało istotnych zmian w swojej wyszukiwarce³¹. Podczas ogłoszenia tej decyzji przewodniczący Federalnej Komisji Handlu powiedział, że celem Komisji jest ochrona konsumentów, a nie konkurencji oraz, że „fakty po prostu nie były po naszej stronie”³².

III. Rynki reklamy internetowej

1. Rynki reklamy jako rynki dwustronne

W tej części pochylę się nad specyfiką usług internetowych i reklamy internetowej. Pokażę też, jak według mnie powinna przebiegać analiza produktowego rynku właściwego w ramach bezpłatnych usług online. Poddam też analizie i krytyce opisane w poprzedniej części tego artykułu decyzje Komisji Europejskiej, a w szczególności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Ekonomiści od dawna wskazują na istnienie specyficznych rodzajów rynków, na których „przedsiębiorcy świadczą swoje usługi odrębnym grupom **klientów**, którzy się nawzajem potrzebują”³³. Kluczowe dla działalności takich przedsiębiorców jest „zapewnienie wspólnej (rzeczywistej lub wirtualnej) przestrzeni spotkań oraz ułatwienie interakcji”³⁴ pomiędzy dwoma grupami klientów. Wyżej wspomniani przedsiębiorcy działają na tzw. dwustronnych rynkach (ang. *two-sided markets*) albo tzw. dwustronnych platformach (ang. *two-sided platforms*).

Podtypem takich dwustronnych rynków są rynki, na których działają usługodawcy, świadczący swoje pośrednictwo dla reklamodawców w dotarciu do użytkowników („dwustronne rynki reklamy”)³⁵. Do takich rynków reklamy należą zarówno tradycyjne media (np. gazety oraz telewizja), jak i usługodawcy internetowi (portale internetowe, wyszukiwarki, sieci społecznościowe itp.). Przedsiębiorcy działający na dwustronnych rynkach reklamy dostarczają użytkownikom

²⁸ Chodzi o Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1–25), pobrano z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:08:02:32003R0001:PL:PDF>.

²⁹ Zob. Oświadczenie komisarza Joaquina Almunii w sprawie postępowania antymonopolowego przeciwko Google, Bruksela 18 grudnia 2012 r., pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-967_en.htm. W oryginale: *After meeting Eric Schmidt, executive chairman of Google, today in Brussels, I have decided to continue with the process towards reaching an agreement based on Article 9 of the EU Antitrust regulation.*

³⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm.

³¹ Zob. *Statement of the Federal Trade Commission...*

³² W oryginale: *facts just weren't there*. Zob. E. Black, *FTC's Google Settlement a "Third Way" Approach for Antitrust Enforcement*, strona internetowa magazynu Forbes, pobrano z: <http://www.forbes.com/sites/edblack/2013/01/09/ftcs-google-settlement-a-third-way-approach-for-antitrust-enforcement/>.

³³ Zob. D.S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, „Competition Policy International” 2007, Spring, nr 3/1, s. 152. W oryginale: *These businesses serve distinct group of customers who need each other*. Więcej o dwu- i wielostronnych modelach e-biznesu, chociaż akurat nie w kontekście rynków reklamy, zob. W. Szpringer, *Dwu-(wielo-)stronne modele e-biznesu a prawo konkurencji*, iKAR 2013, nr 1(2).

³⁴ D.S. Evans and R. Schmalensee, *The Industrial Organization...*, w oryginale: *[to provide] a common (real or virtual) meeting place and to facilitate interactions*.

³⁵ Chodzi o tzw. *advertising-supported media*, przy czym określenie „media” rozumiane jest szeroko i mieści w sobie zarówno tradycyjne media, takie jak gazety i bezpłatna telewizja, jak i portale internetowe (ang. *web portals*), takie jak np. wyszukiwarki internetowe (ibidem, s. 155–156).

różne usługi (najczęściej treść) i „używają [zdobytych użytkowników] do przyciągnięcia reklamodawców”. Pomiędzy użytkownikami a reklamodawcami dochodzi do „pośredniego efektu sieci”: reklamodawcy cenią daną platformę pośrednictwa reklamy tym bardziej, im więcej taka platforma przyciągnie użytkowników³⁶. Charakterystyczną cechą rynków reklamy, odróżniającą je od innych dwustronnych platform jest to, że użytkownicy platformy udostępnianej reklamodawcom albo w ogóle nie płacą za otrzymaną usługę (wyszukiwarki, większość portali internetowych i sieci społecznościowych, bezpłatna telewizja), albo płacą cenę poniżej kosztu marginalnego (większość gazet, płatna telewizja). Pomiędzy operatorami dwustronnych platform reklamy a reklamodawcami działają też niekiedy pośrednicy, tacy jak agencje reklamowe czy specjalistyczni pośrednicy internetowi, np. przejęta przez Google w 2008 roku spółka DoubleClick.

Większość z analizowanych w tym artykule bezpłatnych usług internetowych należy właśnie do dwustronnych rynków reklamy. Nawet usługodawcy internetowi oferujący użytkownikom płatne treści cały czas „subsypiają” te treści przychodami pochodzącymi od reklamodawców, a cena oferowana użytkownikom jest najczęściej ceną poniżej kosztu krańcowego. Chociaż w Internecie, szczególnie w obrębie gazet internetowych, zauważa się ostatnio trend do pobierania od użytkowników opłat za dostarczaną treść³⁷, kolejne części tego artykułu będą dotyczyć jedynie takich przedsiębiorców internetowych, którzy nie pobierają od użytkowników żadnej ceny za oferowaną usługę³⁸. Większość przedsiębiorców oferujących usługi internetowe należy właśnie do takiej kategorii przedsiębiorców (przeważająca większość wyszukiwarek internetowych, sieci społecznościowych oraz portali informacyjno-rozrywkowych). Jeżeli nawet przedsiębiorcy ci oferują czasami płatne usługi, są to usługi zdecydowanie incydentalne do głównego, bezpłatnego dla użytkowników przedmiotu ich działalności (np. opłaty za powiększenie „pamięci” oferowanych w tzw. chmurze skrzynek e-mail).

2. Definicja rynku właściwego i siły rynkowej na rynkach reklamy internetowej

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez rynek właściwy w sensie produktowym rozumie się „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty”³⁹. Poprawna definicja produktowego rynku właściwego jest kluczowa dla oceny siły rynkowej przedsiębiorców. Siła rynkowa, zwana również pozycją dominującą, jest zaś pojęciem kluczowym w polskim prawie antymonopolowym. Zgodnie z art. 9 uokik, „zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców”, a art. 18 uokik zakazuje co do zasady koncentracji przedsiębiorców, które powodują „powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”.

³⁶ Ibidem, s. 155. Sporne jest to, czy zachodzi relacja odwrotna, tj. czy użytkownicy bardziej cenią platformy, które zdołały przyciągnąć większą ilość reklamodawców.

³⁷ Np. od niedawna duża część polskich wydawców (np. Gazeta Wyborcza, Forbes, Super Express) udostępnia w Internecie pełne treści publikowanych przez siebie artykułów w ramach systemu Piano. Po wykupieniu miesięcznej prenumeraty w ramach tego systemu użytkownicy otrzymują dostęp do „sekcji portali internetowych oraz artykułów należących do partnerskich serwisów internetowych.” Zob. *O systemie Piano*, pobrano z: <http://www.pianomedia.pl/about>.

³⁸ Powyższe stwierdzenie o „braku opłaty za oferowaną usługę” może być kwestionowane, szczególnie w środowisku naukowców zajmujących się prawem ochrony danych osobowych (ang. *information privacy law*). Niektórzy z tych naukowców często posługują się stwierdzeniem, że użytkownicy „bezpłatnych” usług internetowych płacą w rzeczywistości za otrzymaną usługę „godząc się” na naruszenia swojej prywatności. Klasycznym artykułem na temat kwantyfikowalności prawa do prywatności z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa jest artykuł Richarda Posnera, zob. R. Posner, *The right of privacy*, 12 *Georgia Law Review* 393 (1978). O ile jednak powyższe podejście wydaje się mieć sens z teoretycznej perspektywy, nie ma ono większej przydatności dla prawa konkurencji, które zajmuje się jedynie rzeczywistą ceną danej usługi i jej jakością.

³⁹ Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.); dalej jako uokik. A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2012, *Komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, pkt. 9.1.2.

Kluczowe dla poprawnej definicji rynku właściwego jest zbadanie tak zwanej substytucji podażowej i substytucji popytowej. Przez dwa powyższe pojęcia rozumie się „reakcje konsumentów (odbiorców) określonego towaru na zmiany cen ofert dotychczasowych dostawców” (tzw. produktowy rynek właściwy) lub reakcje „dostawców na zmiany cen zaopatrywania danego geograficznie rynku w określone dobra lub usługi”⁴⁰ (tzw. geograficzny rynek właściwy). Najbardziej tradycyjną, ale też najpopularniejszą metodą, służącą badaniu powyższych substytucji jest tzw. test hipotetycznego monopolisty (ang. *hypothetical monopolist test*) polegający na badaniu „reakcji klientów (...) na nieznaczny, jednak odczuwalny i trwały wzrost cen ponad poziom, jaki one mają w warunkach konkurencji”⁴¹.

Jak jednak powyższą teorię zastosować do rynków reklamy, na których użytkownicy nie płacą za otrzymaną usługę i są niejako subsydiowani przez reklamodawców? Skoro użytkownicy otrzymują bezpłatną usługę, nie da się zbadać po ich stronie substytucji popytowej, czyli reakcji na hipotetyczny wzrost ceny. Substytucję popytową powinno się więc badać z punktu widzenia reklamodawców. Co więcej, nawet w wypadku powstania siły rynkowej (wysokiego udziału w rynku właściwym) na rynkach reklamy, przedsiębiorca posiadający taką siłę będzie mógł podnieść cenę powyżej poziomu konkurencyjnego nie tyle wobec użytkowników, ile wobec reklamodawców. Z powyższej obserwacji płyną dwie kluczowe konkluzje dla analizy rynku właściwego i siły rynkowej na dwustronnych rynkach reklamy. Chociaż owe konkluzje dotyczą reklamy zarówno offline, jak i online nacisk mojej analizy, z racji tematyki tego artykułu, będzie położony przede wszystkim na ten drugi typ reklamy.

Po pierwsze, jeżeli chodzi o definicję rynku właściwego, analiza substytucji podażowej, a tym samym definicja rynku właściwego, powinna skupiać się na popycie po stronie reklamodawców. Skoro użytkownicy usług internetowych nie płacą za te usługi, ich preferencje są bezpośrednio nieistotne z punktu widzenia testu hipotetycznego monopolisty⁴². Oczywiście preferencje użytkowników mogą być niekiedy istotne dla analizy produktowego rynku właściwego niejako pośrednio, jako czynnik wpływający na substytucję popytową po stronie reklamodawców. Przykładowo, dla reklamodawców sprzętu sportowego istotne może być to, że użytkownicy odwiedzający internetowe portale sportowe niekoniecznie odwiedzają portale dotyczące mody. Dlatego też, w razie nieznacznego, ale odczuwalnego i trwałego, wzrostu ceny za reklamę w portalach sportowych, reklama w portalach dotyczący mody może nie być substytucyjna dla reklamodawców. Stąd preferencje użytkowników Internetu mogą być istotne dla określenia, czy rynek reklamy w portalach

⁴⁰ Ibidem, pkt 9.1.3.

⁴¹ Ibidem. Przykładowo i w dużym uproszczeniu, jeżeli badaniu pod kątem produktowego rynku właściwego podlega detaliczny rynek sprzedaży jabłek i gruszek, w celu zbadania substytucji podażowej, należy zapytać się czy jeżeli hipotetyczny monopolista w zakresie sprzedaży gruszek podwyższy nieznacznie, jednak odczuwalnie i trwale, cenę swoich gruszek, konsumenci zaczną zamiast gruszek kupować jabłka. Jeżeli tak się w istocie stanie, oznaczać to będzie, że gruszki wraz z jabłkami nie stanowią odrębnych, ale jeden rynek właściwy (który może być dalej testowany pod kątem substytucji z innymi owocami).

Kolejnym krokiem, następującym po określeniu analizy rynku właściwego, będzie określenie udziałów poszczególnych przedsiębiorców w tym rynku. Wysokie udziały w rynku właściwym pozwalają, co do zasady, domniemywać istnienie siły rynkowej („pozycji dominującej”). Zgodnie z art. 4 pkt 10 uokik, „domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%”. Jeżeli przykładowo okaże się, że gruszki stanowią jeden rynek właściwy odrębny od wszystkich innych owoców, organ konkurencji nie powinien zezwolić, co do zasady, na koncentrację dwóch przedsiębiorców posiadających po 40% udziałów w detalicznym rynku sprzedaży gruszek. W takim bowiem wypadku nowo powstały przedsiębiorca, z 80% udziałem w rynku właściwym, byłby zapewne w stanie podnieść cenę z ceny konkurencyjnej do ceny monopolistycznej i „spowodować powstanie zbędnej straty społecznej” (ang. *deadweight loss*). Więcej o pojęciu zbędnej straty społecznej, zob. np. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford University Press (4th Ed.), Oxford 2011, s. 10.

⁴² Wydaje mi się, że podobną tezę można też postawić w sytuacji, kiedy użytkownicy płacą cenę poniżej kosztu marginalnego przedsiębiorcy, jednakże rozwinięcie powyższej obserwacji przekracza ramy tego artykułu.

sportowych i portalach dotyczących mody nie stanowi jednego rynku właściwego. Punktem wyjścia powinna być jednak zawsze analiza substytucji popytowej po stronie reklamodawców.

Po drugie, skoro w przypadku powstania pozycji dominującej, cenę powyżej poziomu konkurencyjnego zmuszeni będą płacić reklamodawcy, zbadanie siły rynkowej przedsiębiorców świadczących bezpłatne usługi internetowe (a więc ich udziału w rynku właściwym) powinno następować z punktu widzenia reklamodawców, a nie użytkowników. W praktyce powyższa uwaga oznaczać będzie, że dla organów konkurencji najbardziej wiarygodną informację o udziałach przedsiębiorców świadczących usługi internetowe w rynku właściwym powinny dostarczać dane o przychodach przedsiębiorców internetowych z reklamy, a nie dane o liczbie użytkowników serwisów internetowych należących do tych przedsiębiorców. Oczywiście w razie braku danych o przychodach z reklamy (np. w sytuacji, kiedy dany serwis jest w fazie startowej i nie zaczął jeszcze sprzedawać swoich usług reklamodawcom), liczba użytkowników serwisu może stanowić dobry pośredni wyznacznik siły rynkowej wobec reklamodawców, ponieważ, jak już wspomniałem, reklamodawcy cenią daną platformę tym bardziej, im więcej taka platforma przyciągnie użytkowników. Punktem wyjścia powinna być jednak zawsze analiza przychodów osiągniętych z reklamy.

Przykład tzw. wyszukiwarek internetowych dobrze, według mnie, ilustruje powyższe dwie obserwacje. Definicja rynku właściwego, na którym działają wyszukiwarki powinna następować z punktu widzenia reklamodawców, a nie użytkowników. Użytkownicy wyszukiwarek nie płacą przecież za usługę i nawet jeżeli wyszukiwarki są dla użytkowników Internetu niezastępowalną usługą, to przecież może okazać się, że dla reklamodawców, m.in. ze względu na rosnącą popularność tzw. targetowania behawioralnego⁴³, inne usługi internetowe (np., portale informacyjne, sieci społecznościowe, czy skrzynki e-mail) mogą oferować substytucyjną przestrzeń reklamową (oczywiście nie przesądzam w tym miejscu o takiej substytucyjności, sugeruję jednak jej możliwość). Podobnie, kierowane wobec dominującej wyszukiwarki, czyli Google, zarzuty o wykluczanie z wyników wyszukiwania swoich „konkurentów” oferujących użytkownikom Internetu konkurencyjne względem Google usługi internetowe (np. tzw. serwisy geolokacyjne) są nietrafione, ponieważ jak długo użytkownicy internetu nie płacą za otrzymaną usługę (np. za wspomniany serwis geolokacyjny), tak długo nie są oni „konsumentami”, którym przysługuje ochrona wynikająca z prawa konkurencji. Jeżeli użytkownicy Internetu nie płacą za usługę „A” oferowaną przez przedsiębiorcę „A”, na przedsiębiorcy „A” (nawet jeżeli jest on zdecydowanym liderem w świadczeniu pewnego typu usługi) nie ciąży obowiązek udostępnienia swojej niezbędnej infrastruktury (ang. *essential facilities*) przedsiębiorcy „B” oferującemu, podobną do usługi „A”, usługę „B” (tak długo oczywiście, jak przedsiębiorca „A” nie posiada siły rynkowej na rynku reklamy internetowej, a na takim rynku nie jest wykluczone, że może on konkurować z dostawcami zupełnie odrębnych usług internetowych). Mało spektakularny koniec spraw przeciwko Google wytoczonych w Unii Europejskiej oraz w Stanach Zjednoczonych wynikał, moim zdaniem, właśnie z wyżej poczynionych rozważań.

Na koniec, należy jeszcze wspomnieć, że niektóre usługi internetowe charakteryzują się silnymi efektami sieci (ang. *network effects*) polegającymi na „pozytywnej zależności, jaka zachodzi pomiędzy popytem na dany produkt a liczbą użytkowników korzystających z danego produktu⁴⁴”.

⁴³ Więcej o targetowaniu behawioralnym w kolejnych rozdziałach tego artykułu.

⁴⁴ Zob. D.L. Rubinfeld, *Antitrust Policy*, „International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences” 2001, Vol. 1, s. 553–560, Elsevier Science Ltd., s. 558.

Im więcej takich użytkowników, tym mniej elastyczny jest popyt⁴⁵. Silnymi efektami sieci charakteryzują się w szczególności tzw. sieci komunikacji użytkowników. Wśród usług internetowych do takich sieci zaliczać się będą w szczególności tzw. platformy społecznościowe (np. Facebook). Silne efekty sieci mogą sprzyjać sile rynkowej. Jednakże tak długo, jak użytkownicy Internetu nie płacą za daną usługę, efekty sieci mogą wpływać na siłę rynkową jedynie w zakresie, w jakim wzmacniają tę siłę w stosunku do reklamodawców. Przykładowo, jeżeli nawet efekt sieci w danej platformie społecznościowej będzie silny w odniesieniu do użytkowników tej platformy (tak że „popyt” tych użytkowników będzie znacząco nieelastyczny), nie musi to wcale przesądzać o sile rynkowej takiej platformy w rozumieniu prawa konkurencji. Jak długo reklamodawcy będą mogli dotrzeć do użytkowników wspomnianej platformy społecznościowej poprzez inny rodzaj usługi internetowej (np. wyszukiwarkę czy tradycyjny portal informacyjno-rozrywkowy), tak długo platforma ta nie będzie posiadać siły rynkowej, nawet jeżeli, wskutek efektu sieci, jej użytkownicy będą niedostępni dla alternatywnych platform społecznościowych.

3. Analiza praktyki UOKiK i Komisji Europejskiej

3.1. Komisja Europejska

Jak wspomniałem wyżej, ze względu na specyfikę rynków reklamy internetowej, po pierwsze definicja produktowego rynku właściwego powinna następować z punktu widzenia substytucji po stronie reklamodawców, po drugie zaś, udziały w rynku właściwym, a tym samym siła rynkowa, powinny być określone na podstawie przychodów serwisów internetowych z reklamy, a nie liczby użytkowników. Poniżej przedstawiłem, jak w świetle powyższych obserwacji wygląda praktyka Komisji Europejskiej i UOKiK.

Jeżeli chodzi o Komisję Europejską, to odbyła ona w ostatnim czasie długą drogę w stronę zrozumienia specyfiki rynków usług internetowych. O ile jeszcze w latach dziewięćdziesiątych, w decyzjach *Vodafone/Vivendi/Canal Plus* i *Vodafone/Vivendi/Canal Plus* Komisja, rozróżniając portale horyzontalne od wertykalnych, skupiała się jedynie na doznaniach użytkowników Internetu, to w późniejszych decyzjach z końca pierwszego dziesięciolecia obecnego wieku zaczęła ona badać internetowe rynki właściwe, skupiając się na substytucji podażowej po stronie reklamodawców (choć konkluzje Komisji na temat definicji rynków właściwych w ramach reklamy internetowej mogą budzić wątpliwości – zob. punkt 3 tego artykułu). W kluczowej decyzji *Google/DoubleClick* Komisja wyodrębniła dwa odrębne rynki reklamy offline i online, a powyższe wyodrębnienie oparła na fakcie, że „w przeciwieństwie do reklamy offline, reklama online może być w bardziej efektywny sposób kierowana do konkretnych odbiorców”⁴⁶. Komisja skupiła się więc właśnie na potrzebach reklamodawców, dla których reklama online oferuje możliwość „targetowania” potencjalnych użytkowników za pomocą informacji o ich „geograficznej lokalizacji” i „zainteresowaniach”, a nie na potrzebach użytkowników. Również, w decyzji *Google/DoubleClick* Komisja, przy obliczaniu udziałów w różnych potencjalnych rynkach właściwych, skupiła się na analizie przychodów z reklamy, a nie na liczbie użytkowników⁴⁷.

⁴⁵ Chodzi o tzw. bezpośrednie efekty sieci, czyli efekty sieci „realizujące się wśród tej samej grupy klientów.” Wedle terminologii używanej przez niektórych ekonomistów, w ramach dwustronnych platform zachodzą również „pośrednie efekty” sieci polegające na tym, że reklamodawcy są wzajemnie zależni od użytkowników danej usługi internetowej. Zob. W. Szpringer, *Dwu-(wielo-)stronne modele...*, s. 83.

⁴⁶ W oryginale: *As opposed to offline advertising, online advertising is considered to be capable of reaching a more targeted audience in a more effective way, Google/Double Click...*, par. 45.

⁴⁷ *Google/DoubleClick...*, tab. 1 (s. 28), tab. 3 (s. 30), tab. 4 (s. 32) i tab. 5 (s. 33).

3.2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Praktyka UOKiK wydaje się mniej koherentna niż praktyka Komisji Europejskiej. Co prawda w decyzji *EDSA/Ditel* UOKiK zdawał się analizować substytucję podażową z punktu widzenia reklamodawców, a nie użytkowników, była to jednak analiza bardzo pobieżna, nie poparta żadnym badaniem rynkowym, i pomijająca całe segmenty reklamy internetowej. UOKiK uznał, że reklama w „internetowych katalogach teleadresowych” polega na „przyciągnięciu konsumentów, którzy już zdecydowali się na zakup pewnych towarów”, podczas gdy inne typy reklamy (telewizyjna, radiowa, w części prasy, na billboardach i w całej pozostałej części Internetu) mają na celu „budowanie świadomości marki i jej promowanie”⁴⁸. „Przyciągnięciu konsumentów” służy, według UOKiK, co prawda również reklama w wyszukiwarkach internetowych, jednakże wyszukiwarki tym różnią się od internetowych katalogów teleadresowych, że korzystanie z nich „może prowadzić do uzyskiwania szeregu błędnych rezultatów” oraz, że wyszukiwarki nie będą „odnajdywać” małych i średnich przedsiębiorców „nieposiadających własnej strony internetowej”. Powyższa analiza substytucji podażowej po stronie reklamodawców wydaje się więc bardzo pobieżna, arbitralna, a czasami kontryfakcyjna (np. tam gdzie UOKiK sugeruje, że posiadanie przez przedsiębiorcę własnej strony internetowej warunkuje obecność tego przedsiębiorcy w wynikach wyszukiwania internetowego katalogu teleadresowego czy wyszukiwarki internetowej). Powyższe pozwala intuicyjnie przypuszczać, że w decyzji *EDSA/Ditel* motywacją UOKiK dla wyodrębnienia odrębnego rynku „internetowych katalogów teleadresowych” była nie tyle substytucja po stronie reklamodawców, ile odmienny rodzaj usługi z punktu widzenia „doznań” użytkowników („katalogi teleadresowe” nie są dla użytkowników zapewne substytucyjne w odniesieniu do np. serwisów społecznościowych czy gazet). Wydaje się więc, że pobieżna analiza substytucji po stronie reklamodawców służyła jedynie „uprawomocnieniu” wcześniejszej konkluzji, osiągniętej przez UOKiK wskutek obserwacji doznań użytkowników.

W decyzji *EDSA/Ditel* UOKiK usiłował nawet, wprawdzie bardzo pobieżnie, badać substytucję po stronie reklamodawców, jednak w decyzji *Allegro/Agito* nacisk położony został już na brak substytucji po stronie użytkowników. UOKiK wprost odrzucił argumentację zgłaszających przedsiębiorców, zgodnie z którą internetowe porównywarki cenowe były częścią jednego „rynku reklamy internetowej” i konkurowały na tym rynku z innymi przedsiębiorcami świadczącymi usługi internetowe, np. z wyszukiwarkami internetowymi. Koronnym argumentem użytym przez UOKiK przeciwko powyższej, zaproponowanej przez grupę Allegro, szerokiej definicji rynku właściwego był fakt, że „porównywarki cenowe oferują (...) możliwość zapoznania się z opinią zarówno na temat danego produktu, jak i sklepu internetowego”. UOKiK zauważył, że „w przeciwieństwie do porównywarek cen, typowe wyszukiwarki internetowe nie dają natomiast takiej możliwości”. Powyższy cytat dobitnie świadczy o analizie produktowego rynku właściwego przez UOKiK z punktu widzenia użytkowników, a nie reklamodawców.

Jeżeli chodzi o zbadanie siły rynkowej przedsiębiorców (obliczenie udziałów w rynku właściwym), UOKiK co najmniej za tak samo relewantne uznaje dane o liczbie użytkowników oraz dane o przychodach z reklamy. W decyzji *EDSA/Ditel*, UOKiK posłużył się średnią miesięczną

⁴⁸ Zob. *EDSA/Ditel*..., s. 6.

liczbą użytkowników witryn Ditel.pl, Pkt.pl i konkurencyjnych stron internetowych⁴⁹, a także przeanalizował strukturę rynku na podstawie przychodów osiągniętych przez przedsiębiorców ze sprzedaży powierzchni reklamowych w katalogach teleadresowych⁵⁰. Podobnie w decyzji *Allegro/Agito*, UOKiK zbadał strukturę „rynku internetowych porównywarek cenowych” za pomocą liczby użytkowników, jak również przychodów w reklamy⁵¹. Z obu decyzji nie wynika jednak, żeby UOKiK, co byłoby pożądane, za bardziej wiarygodne traktował dane o przychodach ze sprzedaży powierzchni reklamowych.

Analizowane wyżej sprawy (*Allegro/Agito*, *EDSA/Ditel*) świadczą, że UOKiK przy analizie internetowej reklamy przynajmniej taką samą, jeżeli nawet nie większą, uwagę przykładła błędnie do punktu widzenia i rzekomej substytucji po stronie użytkowników, a nie reklamodawców. Powyższe może prowadzić do niepoprawnego wyodrębnienia produktowych rynków właściwych i w konsekwencji do ewentualnej niepoprawnej konkluzji, że przedsiębiorca (lub przedsiębiorcy w wypadku koncentracji) posiada (lub będą posiadać) pozycję dominującą.

4. Kto jest dominantem na rynkach usług online?

4.1. Substytucja popytowa pomiędzy reklamą offline a reklamą online

W poprzednich częściach tego artykułu starałem się pokazać, dlaczego przy analizie rynków właściwych w obrębie bezpłatnych usług online i obliczania udziałów w tych rynkach, organy konkurencji powinny skupiać się na substytucji po stronie reklamodawców. Skrytykowałem też podejście UOKiK, który co najmniej taką samą, jeśli nie większą, uwagę przykładła do rzekomej substytucji po stronie użytkowników.

Jednakże nawet jeżeli organy konkurencji poprawnie podejną do analizy produktowego rynku właściwego oraz siły rynkowej, jest to jedynie początek skomplikowanej analizy substytucji po stronie reklamodawców. Jakie zatem typy reklamy są substytucyjne dla reklamodawców korzystających z usług przedsiębiorców internetowych? Czy reklama **offline** jest substytucyjna wobec reklamy online? Czy poszczególne typy reklamy online (przede wszystkim reklama typu *search* i *non-search*) rzeczywiście konkurują ze sobą, tak jak sugeruje to Komisja Europejska (i jak stwierdziła niedawno amerykańska Federalna Komisja Handlu⁵²)? Wstępne odpowiedzi na powyższe pytania postaram się przedstawić w niniejszej części artykułu.

W analizowanych decyzjach UOKiK i Komisji Europejskiej oba organy skłaniały się do uznania, że usługi reklamy online i offline nie są wobec siebie substytucyjne. Czy jednak rzeczywiście inny rodzaj medium przesądza bezwzględnie o braku substytucji popytowej po stronie reklamodawców? Chociaż w każdej konkretnej sprawie powinno zostać oczywiście przeprowadzone odrębne badanie rynku właściwego, wydaje mi się, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że przynajmniej część rodzajów reklamy offline konkuruje w rzeczywistości z niektórymi typami reklamy online. Jak

⁴⁹ Ibidem, s. 18–20. Dane na temat średniej miesięcznej liczby użytkowników polskich stron internetowych dostarczają raporty Megapanel/PBI przeprowadzane przez firmę Gemius. Wyniki tych badań dostępne są pod adresem: <http://www.panel.pbi.org.pl/megapanel.php>.

⁵⁰ *EDSA/Ditel...*, s. 21.

⁵¹ *Allegro/Agito...*, s. 14.

⁵² Zob. Oświadczenie Federalnej Komisji Handlu Stanów Zjednoczonych w sprawie przejęcia DoubleClick przez Google, *Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, 20 grudnia 2007 r., pobrano z: <http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf>.

twierdzą amerykańscy ekonomiści, Daniel Rubinfeld i James Ratliff, nie można takiej możliwości przynajmniej na wstępie wykluczać.⁵³

Jak zauważają przykładowo Rubinfeld i Ratliff, charakter reklamy w gazetach wydaje się być uderzająco podobny do „reklamy tekstowej” i „reklamy typu *display*” *wyświetlanej na stronach internetowych*⁵⁴. Ponadto, również niektóre dane empiryczne świadczą o potencjalnej substytucyjności reklamy offline i online. Wspomniani autorzy wskazują, że w ostatnich latach (2007–2012) występuje silna korelacja pomiędzy wzrostem wydatków przedsiębiorców na reklamę typu online a spadkiem wydatków na reklamę w gazetach papierowych (choć już nie reklamę telewizyjną)⁵⁵. Powyższa obserwacja wydaje się świadczyć, że reklama internetowa konkuruje z reklamą w gazetach (choć, co warto podkreślić, niekoniecznie musi świadczyć, że reklama w gazetach konkuruje z reklamą typu online).

Ciekawe badanie na temat substytucyjności pewnych typów reklamy offline oraz online w kontekście reklamy usług prawniczych przeprowadzili inni amerykańscy ekonomiści – Avi Godfarb i Catherine Tucker⁵⁶. Autorzy ci zauważyli, że w tych stanach USA, w których reguły etyki prawniczej zabraniały prawnikom pewnych typów reklamy (w szczególności reklamy polegającej na wysyłaniu materiałów promocyjnych), cena reklamy usług prawnych w wyszukiwarkach internetowych była znacząco wyższa niż w innych stanach. Przeanalizowane dane pozwoliły autorom na stwierdzenie, że „reklama w wyszukiwarkach jest substytutem „targetowanej” reklamy typu offline”⁵⁷. Za „targetowaną reklamę typu offline” można zaś uznać zarówno wysyłanie materiałów promocyjnych, jak i reklamę w katalogach typu *business-to-consumer*.

Podsumowując, jak wskazał UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel* oraz Komisja Europejska w decyzji *Google/DoubleClick*, duża część reklamy typu online posiada bardzo specyficzne cechy, niewystępujące w reklamie typu offline⁵⁸. Powyższą odrębność należy mieć niewątpliwie na uwadze. Niemniej jednak, opisane powyżej obserwacje ekonomistów, o ile oczywiście nie przesądzą, że wszystkie typy reklamy offline konkurują z reklamą online, nie pozwalają jednak wykluczyć, że pewne rodzaje reklam offline i online są wobec siebie substytucyjne (np. reklama w gazetach i internetowa reklama typu *display* oraz np. „targetowana” reklama typu offline i reklama w wyszukiwarkach internetowych).

⁵³ J.D. Ratliff, D.L. Rubinfeld, *Online Advertising: Defining Relevant Markets*, „Journal of Competition Law and Economics” 2010, s. 1–23.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 15.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 12–13.

⁵⁶ A. Goldfarb, C. Tucker, *Search Engine Advertising: Channel Substitution when Pricing Ads to Context*, NET Institute Working Paper No. 07-23, 1 October, 2010. Pobrano z: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1021451> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1021451>.

⁵⁷ W oryginale: *This shows that search engine advertising is a substitute for targeted offline marketing communications*, A. Goldfarb, C. Tucker, *Search Engine Advertising...*, s. 25. Jak jednak słusznie zauważają Rubinfeld i Ratliff, powyższą konkluzję osłabia nieco fakt, że całkowity zakaz pewnych typów reklamy offline (jak miało to miejsce w wypadku stanów posiadających bardziej surowe regulacje dotyczące „etyki” prawniczej) nie jest odpowiednikiem „nieznacznego, jednak odczuwalnego i trwałego wzrost cen”, ale bardziej odpowiednikiem „nieskończonego” (ang. *infinite*) wzrostu cen. Zob. J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising...*, s. 15.

⁵⁸ Przykładowo, jak twierdzi UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel*, reklama offline może mieć na celu „budowanie świadomości marki i jej promowanie” (*EDSA/Ditel...*, s. 6). Jak zaś zauważa Komisja Europejska w decyzji *Google/DoubleClick*, reklama online oferuje możliwość „targetowania” potencjalnych użytkowników za pomocą informacji o ich „geograficznej lokalizacji” i „zainteresowaniach” (*Google/DoubleClick...*, par. 45). Powyższe obserwacje nie biorą jednak pod uwagę tego, że **niektóre** rodzaje reklamy offline również umożliwiają „targetowanie” oraz, że niektóre typy reklamy typu online służą również do budowania świadomości marki. Kampanie reklamowe w Internecie mogą mieć na celu budowanie świadomości marki (zob. K. Budek, Synergia między internetem, a telewizją. Raport Internet Standard adStandard 2012, marzec 2012, s. 15–16). Jednakże część działalności reklamowej typu offline można uznać za działalność „targetowaną”. Przykładem takiego „targetowania” offline mogą być właśnie katalogi teledoresowe oraz „fizyczne” wysyłanie materiałów promocyjnych pocztą. Obecnie, coraz częściej eksperymentuje się również z „targetowaną” reklamą w telewizji. Przykładowo, w 2011 roku Wall Street Journal opublikował artykuł pokazujący, że amerykańskie sieci kablowe testują technologie umożliwiające „targetowanie” reklam telewizyjnych do widzów na podstawie analizy oglądanych przez nich programów (zob. J.E. Vascellaro, *TV's Next Wave: Tuning into You*, „Wall Street Journal”, 7 March 2011). Wreszcie, nawet jeżeli uznać, że reklama typu offline służy do „budowania” świadomości marki, a reklama typu online do „targetowania”, powyższa obserwacja niekoniecznie przesądza od razu braku substytucji popytowej. W końcu reklamodawcom zależy ostatecznie na wzroście sprzedaży, a wzrost sprzedaży w teorii może być osiągnięty za pomocą jakiegokolwiek formy reklamy.

4.2. Substytucja popytowa w obrębie reklamy online (reklama *search* i *non-search*)

Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Google/DoubleClick* pokazuje, że Komisja skłania się ku wyodrębnieniu rynków reklamy *search* i *non-search*. UOKiK idzie jeszcze dalej w segmentacji rynków reklamy online, wyodrębniając „rynek internetowych katalogów teleadresowych typu *business to consumer*” oraz „rynek usług świadczony przez internetowe porównywarki cen”. Tak daleko idąca segmentacja rynków reklamy internetowej przez UOKiK (nieograniczająca się do typu reklamy, ale opierająca się na rodzaju serwisu internetowego) pozwala przypuszczać, że UOKiK nie zawahałby się zapewne w przyszłości wyodrębnić kolejnych produktowych rynków właściwych opartych na rodzaju serwisu internetowego (np. rynku internetowych portali sportowych, rynku portali informacyjnych czy też rynku serwisów społecznościowych). Przed taką ekspansywną segmentacją rynków właściwych w obrębie reklamy internetowej chciałem przestrzec w niniejszej części tego artykułu.

Choć dokładna analiza produktowego rynku właściwego w obrębie reklamy online powinna oczywiście zostać dokonana odrębnie dla okoliczności konkretnej sprawy, w poniższych rozważaniach przedstawię wstępne i niekonkluzywne obserwacje na temat możliwych rynków właściwych w ramach reklamy online.

Reklamę internetową można dzielić za pomocą różnych kryteriów. Stosunkowo mało istotny jest podział ze względu na format graficzny. Zgodnie z powyższą typologią wyodrębnia się reklamy tekstowe, reklamy typu *display* (czyli reklamy graficzne) oraz tak zwane wzbogacone reklamy (ang. *rich media ads*), w skład których wchodzi również reklamy video⁵⁹. Ze względu na metodę płatności uiszczanej przez reklamodawców, reklamy internetowe mogą dzielić się na reklamy, których cena zależna jest od liczby kliknięć (ang. *cost-per-click*) oraz reklamy, których cena zależy od liczby odsłon (ang. *cost-per-impression*).⁶⁰ Najbardziej tradycyjną i najważniejszą klasyfikacją reklam *online* jest jednak podział ze względu na możliwość tzw. targetowania, czyli podział ze względu na, jak określił to UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel*, możliwość „przyciągnięcia konsumentów, którzy już zdecydowali się na zakup pewnych towarów”. Według typologii zawartej w raportach Adex publikowanych przez organizację IAB Europe⁶¹, którą stosuje również polska branża reklamy internetowej (raporty adStandard publikowane przez organizację Internet Standard⁶²), reklamę w Internecie dzieli się z kolei na reklamę typu *search*⁶³, reklamę typu *display*⁶⁴ oraz tzw. reklamę w katalogach branżowych (ang. *classifieds and directories*). Wydaje się więc, że najważniejszy podział w branży reklamy internetowej przebiega pomiędzy reklamą typu *search* i innymi typami reklamy internetowej (reklamą typu *display*, reklamą w katalogach internetowych). Powyższy podział nie przesądza oczywiście o substytucji z punktu widzenia prawa konkurencji.

Tradycyjnie przyjęto uważać, że reklamy typu *search* są, w przeciwieństwie do innych reklam, tzw. reklamami kontekstowymi, czyli umożliwiającymi „targetowanie” użytkowników na podstawie ich zainteresowań. Przyjęto też uważać, że tego typu reklamy *search* są sprzedawane na

⁵⁹ J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising...*, s. 9.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 11.

⁶¹ Zob. Raport Adex 2011 *Online advertising in Europe* (6th edition); pobrano z: http://www.iabeurope.eu/media/99265/2012_interact_presentation_final_delivered.pdf.

⁶² Zob. Raport Internet Standard adStandard 2012....

⁶³ Raport adStandard 2012 używa określeń takich jak „reklama typu SEM” (ang. *search engine marketing*). Zob. *ibidem*, s. 13.

⁶⁴ Raport adStandard 2012 używa zamiennie określeń „reklama *display*” i „reklama graficzna”. Zob. *ibidem*, s. 11.

podstawie liczby kliknięć, natomiast tradycyjne reklamy umieszczane na portalach internetowych – na podstawie *cost-per-impression*⁶⁵.

Powyższy podział na reklamy typu *search*, rozumiane jako reklamy umożliwiające lepsze dotarcie do użytkowników oraz inne reklamy zaciera się jednak coraz bardziej. Po pierwsze zarówno reklamy *search*, jak i inne reklamy (*non-search*) umożliwiają tzw. targetowanie geograficzne polegające na wyświetlaniu reklam ze względu na geograficzną lokalizację komputera, z którego korzysta użytkownik. Po drugie, już dzisiaj reklamodawcy korzystający z reklam typu *display* wyświetlanych na stronach internetowych posiadają informacje o hasłach wpisanych przez użytkownika do wyszukiwarki, która przekierowała następnie użytkownika do danej witryny internetowej⁶⁶. Czyni to reklamy *display* rodzajem reklam kontekstowych, a więc „targetowanych”. Po trzecie i najważniejsze, współcześnie coraz większa liczba reklam polega nie tylko na tzw. targetowaniu kontekstowym (czyli „targetowaniu” użytkowników na podstawie ich zainteresowań w danym momencie), co na „targetowaniu” behawioralnym (czyli „targetowaniu” na podstawie analizy wcześniejszych zachowań użytkowników w Internecie). Behawioralne „targetowanie” polega na budowaniu personalnych profili użytkowników Internetu na podstawie historii ich zachowań i kierowaniu do tych użytkowników dopasowanych, właśnie „targetowanych” behawioralnie, reklam. Takie śledzenie zachowań użytkowników następuje za pomocą specjalnego oprogramowania, najczęściej polegającego na umieszczeniu przez „śledzącego” przedsiębiorcę na komputerach użytkowników tzw. internetowych ciasteczek (ang. *web cookies*) lub tzw. internetowych pluskiew (ang. *web bugs*)⁶⁷. „Targetowane” behawioralnie reklamy mogą być oferowane zarówno przez wyszukiwarki internetowe (reklamy w wynikach wyszukiwania), jak i inne serwisy internetowe, np. portale i serwisy społecznościowe. Często strategii reklamowej polegającej na „targetowaniu” behawioralnym towarzyszy też „targetowanie” kontekstowe.

Tabela 3. Pokazuje, jak dzięki różnym rodzajom „targetowania”, przede wszystkim „targetowania” behawioralnego, zamazuje się podział pomiędzy reklamą typu *search* i *non-search*.

Tabela 3. Rodzaje „targetowania” a reklama *search* i *non-search*

Rodzaj „targetowania”	Możliwe w reklamie typu <i>search</i>	Możliwe w pozostałych reklamach typu <i>non search</i>
Geograficzne	X	X
Kontekstowe	X	X
Behawioralne	X	X

Źródło: opracowanie własne.

Biorąc pod uwagę, że współcześnie zdecydowana większość reklam w Internecie jest reklamami „targetowanymi” (geograficznie, kontekstowo czy behawioralnie), a rozwój reklamy internetowej zmierza ku coraz większemu i dokładniejszemu „targetowaniu”, granica pomiędzy

⁶⁵ J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising...*, s. 11.

⁶⁶ Ibidem, s. 18.

⁶⁷ D.J. Solove, P.M. Schwartz, *Information Privacy Law*, Wolters Kluwer, 4th Ed., 2011, s. 856 i 876. Zob. też B.V.D. Sloat, F.J. Zuiderveen Borgesius, *Google and Personal Data Protection*, [w:] A. Lopez-Tarruella (ed.), *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge Economy Business Models. Series: Information Technology and Law Series*, Vol. 22 VIII, T.M.C. Asser Press (Springer) 2012, s. 100–103.

reklamą typu *search* i *non-search* (jeżeli kiedykolwiek istniała) coraz bardziej się zaciera. Dzisiaj o wiele trudniej powiedzieć, że „reklamy typu *search* są bardziej „targetowane” niż reklamy typu *non-search*”⁶⁸. Co prawda w Internecie, jak zauważa raport adStandard 2012, cały czas jest miejsce na typową reklamę, mającą na celu promocję marki, jednakże przedsiębiorcy internetowi tego typu reklamę oferują dzisiaj i będą oferować ją w przyszłości, lecz **w dodatku**, a nie **zamiast** reklamy „targetowanej”. Należy też zauważyć, że taka reklama internetowa mająca na celu typową promocję marki będzie zapewne (jak zasugerowałem w punkcie 2.4.1. tego artykułu) konkurowała z innymi reklamami typu offline⁶⁹, szczególnie z reklamą telewizyjną, co podkreśla sam raport adStandard 2012⁷⁰.

Wątpliwe jest więc, że dla reklamodawców poszczególne typy reklamy w Internecie nie są substytucyjne. Im bardziej onnipotencyjne stają się internetowe „targetowanie”, a szczególnie „targetowanie” behawioralne, tym bardziej przedsiębiorcy oferujący usługi reklamy w Internecie (portale horyzontalne, portale wertykalne, wyszukiwarki, portale społecznościowe itp.) konkurują ze sobą na jednym produktowym rynku właściwym. Odwołując się do użytego wcześniej przykładu dotyczącego reklamy w portalach sportowych, o ile w wypadku zwykłej reklamy typu *display* argumenty o braku substytucyjności reklamy pomiędzy portalami sportowymi a innymi serwisami internetowymi mogły brzmieć przekonująco, o tyle w warunkach „targetowanej” behawioralnie reklamy argumenty te tracą swoją moc. Zwykła reklama typu *display* w portalach sportowych i portalach o modzie niekoniecznie musi stanowić alternatywę dla reklamodawców sprzętu sportowego, ponieważ ta druga reklamowanie zdoła najpewniej dotrzeć do użytkowników zainteresowanych kupnem sprzętu sportowego. W świecie reklamy *display* portale o modzie nie są zatem odpowiednim miejscem na reklamę sprzętu sportowego. Jednakże w świecie reklamy „targetowanej” behawioralnie, reklamodawcy mają wiedzę o preferencjach użytkowników **bez względu** na to, jaką witrynę internetową użytkownicy odwiedzają **w danym momencie**. Jeżeli fan boksu zawędruje przypadkowo (lub nieprzypadkowo) do portalu o modzie, reklamodawca rękawic bokserskich będzie w stanie wyświetlić swoją reklamę pomiędzy kolumnami dotyczącymi jesiennej kolekcji znanego projektanta.

Tym samym, z racji prawdopodobnej substytucji poszczególnych typów reklamy online, organy konkurencji powinny unikać mylnej intuicji każących utożsamiać brak „substytucyjności” darmowej usługi dla użytkowników Internetu z brakiem substytucyjności popytowej dla reklamodawców na rynku reklamy internetowej.

IV. Czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?

1. Kogo chroni polskie prawo konkurencji?

Jak sugerowałem powyżej, wątpliwe jest, by przedsiębiorcy działający na rynku bezpłatnych usług internetowych finansowanych z reklamy posiadali siłę rynkową, ponieważ usługi reklamowe oferowane przez różnych przedsiębiorców online są najpewniej w dużej mierze substytucyjne. Jednak nawet jeżeli któryś z przedsiębiorców online skupiłby w swoich rękach na tyle dużą

⁶⁸ J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising...*, s. 18.

⁶⁹ Jak zauważył sam UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel* reklama typu offline ma na celu „budowanie świadomości marki i jej promowanie.” Zob. *EDSA/Ditel*, op. cit., s. 6.

⁷⁰ Zob. K. Budek, *Synergia...*, s. 15–16.

część internetowego rynku reklamy, że mógłby posiadać siłę rynkową (pozycję dominującą) umożliwiającą dyktowanie ceny niezależnie od swoich konkurentów, wątpliwe jest czy powstanie takiej pozycji dominującej (w wypadku koncentracji przedsiębiorców) lub jej nadużycie powinny stanowić zainteresowanie polskiego prawa konkurencji. **Ostatecznym** celem polskiego prawa konkurencji jest bowiem ochrona konsumentów, a powstanie lub nadużycie pozycji dominującej przez przedsiębiorców działających na rynkach usług internetowych może powodować szkodę jedynie po stronie reklamodawców, która to szkoda nie przekłada się automatycznie na naruszenie interesów konsumentów.

Dyskusja o celach polityki konkurencji toczy się na świecie od kilkudziesięciu lat, a jej opis przekracza niewątpliwie ramy tego artykułu. Poniższe rozważania będą więc jedynie bardzo skrótowym i pobieżnym przedstawieniem różnych stanowisk na temat celów polskiego prawa konkurencji.

W doktrynie polskiej można spotkać się z poglądami, zgodnie z którymi ostatecznym celem polityki konkurencji jest „ochrona długofalowych interesów konsumentów (ang. *consumer welfare*) zgodnie z chicagowską, neoklasyczną szkołą ekonomii, która zdominowała współczesny sposób myślenia o celach polityki antymonopolowej”⁷¹. Według autorów powyższego poglądu, cel ten znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁷². Pojawiają się też jednak głosy, że w Polsce jest za wcześnie na przyjęcie „amerykańskiego podejścia” do polityki konkurencji kojarzonego z celem „ochrony dobrobytu konsumentów”⁷³.

Niektórzy z polskich autorów sugerują też, że nieco odmienne cele przyświecają polityce konkurencji w Stanach Zjednoczonych i w Europie. W Europie bowiem, w przeciwieństwie do Stanów Zjednoczonych, do celów polityki konkurencji należą również „elementy polityki przemysłowej, takie jak wspomaganie i ochrona sektora małych przedsiębiorstw, przy czym ochrona małych przedsiębiorstw traktowana jest jako kreowanie konkurencyjnego środowiska w przemyśle”⁷⁴. Wedle tych autorów, cele polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów są szersze od neoklasycznego pojęcia dobrobytu konsumenta i bliższe amerykańskiemu, nie zaś europejskiemu podejściu⁷⁵.

Jeśli jednak nawet uznać, że cele polskiego prawa antymonopolowego są szersze od ochrony neoklasycznego „dobrobytu konsumenta” (ang. *consumer welfare*), to rozróżnienie na podejście europejskie, które poza konsumentami chroni również konkurentów, i neoklasyczne podejście amerykańskie jest według mnie sporym uproszczeniem. W rzeczywistości chodzi nie o **cel**, ale o **metodę** osiągnięcia tego celu. Uproszczenie to zauważa również amerykańska profesor Eleanor Fox. Według niej w rzeczywistości zarówno tzw. podejście europejskie, jak i amerykańskie (a dokładniej „chicagowskie”) skupione jest na ochronie konsumentów. Różnica polega jedynie na tym, że podejście „chicagowskie” skupia się na krótkofalowym wzroście ceny płaconej przez konsumentów i dającym się przewidzieć ograniczeniu podaży⁷⁶, podczas gdy podejście europejskie,

⁷¹ A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2012, *Komentarz do art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, pkt. 1.1.1. Zob. też D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 52 i 53.

⁷² Tak: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, nt. wyr. SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06.

⁷³ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 16.

⁷⁴ Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007, s. 34.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 36–38.

⁷⁶ E.M. Fox, *We protect competition, you protect competitors*, „26 World Competition” 2003, Vol. 2, s. 151–155.

troszcząc się o „otwartość i dostęp do rynków”, chroni interesy konsumentów w sposób długofalowy⁷⁷. Ochrona „konkurencyjnego procesu i integralności rynków (...) służy [w Europie] zarówno konsumentom, jak i efektywnym oraz progresywnym (...) graczom na rynku”⁷⁸. Ostatecznym jednak celem dla podejścia europejskiego, jak również amerykańskiego jest konsument⁷⁹.

Podsumowując, bez względu na to czy uzna się, że polskie prawo konkurencji oparte jest na założeniach szkoły chicagowskiej, czy też, że cele polskiego prawa antymonopolowego obejmują również, zgodnie z rozumieniem „europejskim”, ochronę „otwartości i dostępu do rynków”, ostatecznie polityka konkurencji będzie miała na uwadze zawsze interesy konsumentów.

2. Czy naruszenie interesu reklamodawców może prowadzić do naruszenia interesów konsumentów?

2.1. Bezpośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (*passing-on of losses*)

Zgodnie z rozważaniami zawartymi w poprzedniej części artykułu, nawet jeżeli uznać, że polskie prawo konkurencji jest bliższe „podejściu europejskiemu” i jego celem jest przeciwdziałaniem sytuacjom, w których krótkofalowo naruszony zostaje interes jedynie konkurentów, a nie konsumentów, ostatecznym powodem interwencji reguł antymonopolowych będzie zawsze obawa przed długofalowym pogorszeniem interesu konsumentów. Oznacza to jednak, że polski organ konkurencji w celu zaklasyfikowania danej praktyki jako antykonkurencyjnej powinien zakładać przynajmniej potencjalne naruszenie interesów konsumentów polegające na potencjalnym i długofalowym zwiększeniu ceny powyżej konkurencyjnego poziomu lub spadku jakości towarów lub usług. Przykładowo, wykluczenie z rynku mniej efektywnych (sprzedających swoje towary i usługi po wyższej cenie) przedsiębiorców (takie wykluczenia, z punktu widzenia szkoły chicagowskiej nie budziłyby pewne większych wątpliwości) może w dłuższej perspektywie poprawić los konsumentów, jeżeli wykluczeni przedsiębiorcy mogliby się w przyszłości stać równie efektywni lub bardziej innowacyjni (podejście „europejskie”)⁸⁰. Oznacza to jednak, że gdzieś na końcu łańcucha przyczynowo-skutkowego organy konkurencji, nawet z punktu widzenia podejścia „europejskiego”, powinny mieć na uwadze potencjalną i hipotetyczną szkodę po stronie konsumentów, powstałą np. poprzez wykluczenie potencjalnie równie efektywnych lub bardziej innowacyjnych przedsiębiorców.

W świetle powyższej obserwacji problem z reklamodawcami polega na tym, że w ich wypadku zwiększenie kosztów reklamy (a tym samym zmniejszenie podaży reklamy) nie przekłada się, nawet hipotetycznie, na zwiększenie kosztów dla konsumentów. Reklamodawcy nie sprzedają

⁷⁷ Ibidem, s. 155.

⁷⁸ Ibidem, s. 155–160.

⁷⁹ Z tą być może różnicą, że w przeciwieństwie do szkoły chicagowskiej, jak słusznie zauważa Zbigniew Jurczyk, „w europejskiej polityce konkurencji jedno euro nadwyżki konsumenta (ang. *consumer surplus*) nie jest bowiem ekwiwalentem jednego euro nadwyżki producenta (ang. *producer surplus*). Zob. Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej...*, s. 33.

⁸⁰ Dobrym przykładem jest tutaj wyrok amerykańskiego federalnego Sądu Apelacyjnego dla 10 okręgu (ang. *10th Circuit*) w sprawie *American Airlines*. Zob. *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003). Linie lotnicze American Airlines, mając na celu wykluczenie z rynku tzw. tanich linii, zaczęły wybiórczo obniżać ceny na trasach lotniczych, na których spotykały się z konkurencją. Po skutecznym wyeliminowaniu konkurentów, American podniosły ceny do poprzednich poziomów. Sąd oddalił jednak skargę amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości (ang. *Department of Justice*) przeciwko American twierdząc, że American, nawet obniżając ceny, nie obniżyły ich poniżej średniego kosztu zmiennego (jedynie w takim wypadku wykluczenie byłoby nielegalne, ponieważ oznaczałoby, że American wyeliminowały konkurentów, którzy byli w stanie dostarczyć te same usługi po równych lub niższych kosztach). Jak stwierdził sąd, „tanie linie” musiały wycofać się z rynku, nie będąc w stanie sprostać konkurencji cenowej ze strony American, ponieważ ich koszty były wyższe od kosztów American. Tanie linie nie były więc równie efektywnym konkurentem, a tym samym ukaranie American za obniżkę cen wymierzone byłoby w konsumentów (pasażerów). Powyższy wyrok jest niekiedy krytykowany dlatego, że gdyby wchodzące na rynek „tanie linie” nie spotkały się z błyskawiczną odpowiedzią American, mogłyby w dłuższej perspektywie stać się bardziej efektywne, a tym samym oferować konsumentom niższe niż American ceny. W Europie powyższy stan faktyczny mógłby zostać zaklasyfikowany w zupełnie odmienny sposób.

konsumentom towaru w postaci reklamy – oni jedynie **reklamują** inne towary lub usługi (z nadzieją na wzrost popytu na te towary lub usługi). Nie może być też mowy o automatycznym związku pomiędzy wzrostem ceny za reklamę a wzrostem ceny reklamowanych produktów. Podniesienie ceny przez producenta posiadającego siłę rynkową niesie za sobą ryzyko, że bezpośrednio zwiększy się też cena płacona przez konsumentów za towary sprzedawane przez detalistę zaopatrującego się u tego producenta (tzw. *passing-on of losses*)⁸¹. Analogicznego bezpośredniego⁸² ryzyka nie będzie za sobą niosło podwyższenie ceny płaconej przez reklamodawcę. Zakładając, że reklamodawcy nie mają siły rynkowej (w hipotezie będącej przedmiotem tego artykułu taką siłą będzie miał jedynie usługodawca internetowy sprzedający powierzchnię reklamową) przedsiębiorcy (reklamodawcy) nie będą mogli podnieść ceny w odpowiedzi na wzrost ceny przestrzeni reklamowej (zakładając elastyczny popyt wśród nabywców produktów sprzedawanych przez tych przedsiębiorców). „Zwykły” dystrybutor towarów kupujący te towary od producenta-monopolisty „przekaze” zbędną stratę społeczną konsumentom (spadnie finalny popyt i wzrośnie finalna cena na dany produkt). Z kolei reklamodawca, zamiast przekazywania „zbędnej straty społecznej”, może po prostu ograniczyć wydatki na reklamę i nie musi automatycznie podnosić finalnej ceny.

Bez względu zatem na to czy polskie prawo konkurencji wyznaje „chicagowską”, czy „europejską” filozofię szkoda reklamodawców w postaci wzrostu płaconej przez nich ceny nie powinna sama w sobie budzić wątpliwości w świetle art. 6 (antykonkurencyjne porozumienia), art. 9 (nadużycie pozycji dominującej) lub art. 19 (antykonkurencyjne koncentracje) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2.2. Pośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (pytanie o „prokonkurencyjność” reklamy)

Niektórzy mogą jednak twierdzić, że spadek podaży przestrzeni reklamowej, powodujący w dłuższej perspektywie spadek liczby reklam jako takich, spowodowany ewentualnym wzrostem ceny za reklamę w Internecie powyżej poziomu konkurencyjnego, może przełożyć się na szkodę po stronie konsumentów w sposób pośredni, a nie bezpośredni. Powracając do przedsiębiorców oferujących usługi reklamy internetowej (wyszukiwarki, portale, serwisy społecznościowe lub pośrednicy reklamy internetowej, tacy jak DoubleClick), należy zapytać czy, nawet jeżeli jeden z tych przedsiębiorców będzie w stanie podwyższyć cenę internetowych usług reklamowych powyżej poziomu konkurencyjnego, a tym samym ograniczyć podaż reklamy w Internecie, to rzeczywiście takie ograniczenie podaży zaszkodzi konsumentom, do których reklama jest adresowana? Innymi słowy należy zapytać czy ograniczenie podaży reklamy może być dla konsumentów szkodliwe w inny sposób niż poprzez bezpośrednio przekazanie strat (tzw. *passing-on of losses*) przez reklamodawców?

Wydaje mi się, że tzw. prokonkurencyjność reklamy jest co najmniej wątpliwa. W ekonomii toczy się, co prawda, debata dotycząca na tzw. prokonkurencyjności reklamy, jednak o wiele bardziej przekonujące argumenty podawane są za tzw. antykonkurencyjnością reklamy niż za jej „prokonkurencyjnością”.

⁸¹ Zob. np. E. De Smijter, D. O’Sullivan, *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions*, „Competition Policy Newsletter” 2006, No. 3, Autumn. W doktrynie europejskiego prawa konkurencji sporne jest, czy w procesach odszkodowawczych sądy powinny przyjmować domniemanie takiego „przekazania strat”.

⁸² Jeżeli zaś chodzi o pośrednie skutki spadku podaży reklamy, zob. punkt 4.2.2 tego artykułu.

Jedną z teorii nt. wpływu reklamy na ceny płacone przez konsumentów ma związek z tzw. teorią konkurencji monopolistycznej (ang. *monopolistic competition*). Teoria ta mówi, że reklama umożliwia sprzedawcom sztuczne różnicowanie swoich produktów, co tym samym zwiększa bariery wejścia na rynek i umożliwia tym sprzedawcom pobieranie wyższej ceny⁸³. Jednakże zwolennicy pozytywnego wpływu reklamy na konsumentów, kojarzeni przede wszystkim z neoklasyczną szkołą w ekonomii, twierdzą, że reklama zmniejsza koszty poszukiwania konsumenta (ang. *search costs*) poprzez dostarczanie konsumentom informacji na temat ceny i jakości towarów⁸⁴. Jest to jednak słaby argument za „prokonkurencyjnością” reklamy, zważywszy na to jak wyglądają reklamy w rzeczywistości, co podkreślają krytycy powyższego poglądu⁸⁵. Wydaje się, że chociażby informacje zawarte na opakowaniach produktów, będące realizacją publicznoprawnych obowiązków przedsiębiorców, pełnią funkcję informacyjną skuteczniej niż reklamy, w których znany skoczek narciarski promuje okna dachowe.

Niektórzy z mniej radykalnych proponentów prokonkurencyjności reklamy uważają jednak, że bez względu na to czy reklama przekazuje pożyteczne treści informacyjne, sam fakt, że przedsiębiorca zainwestował w reklamę komunikuje pośrednio konsumentom informację o pozytywnej jakości towarów lub usług. Wysuwany argument mówi, że przedsiębiorca inwestujący w reklamę najpewniej ma na celu zwiększenie lub trwałe utrzymanie swojego udziału w rynku, a tym samym powinien on również troszczyć się o długofalowe utrzymanie dobrej reputacji i jakości swoich produktów⁸⁶. Powyższa teoria ponownie jednak nie ma przełożenia na rzeczywistość. Empiryczne badania zdają się, mówiąc ogólnie, „nie popierać hipotezy o pozytywnej relacji pomiędzy reklamą a jakością produktów”⁸⁷, a intuicja podpowiada, że relacja ta jest zupełnie odwrotna. Środki pieniężne inwestowane przez przedsiębiorców w reklamę mogłyby być zamiast tego być zainwestowane właśnie w polepszenie jakości produktów (np. w tzw. *research and development*).

3. Wnioski: czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?

Skoro polskie prawo konkurencji (bez względu na przyjęcie podejścia „chicagowskiego” lub „europejskiego”) ma ostatecznie na celu ochronę interesów konsumentów, samo podwyższenie ceny płaconej przez reklamodawców spowodowane powstaniem siły rynkowej (pozycji dominującej) po stronie przedsiębiorców oferujących usługi internetowe finansowane z reklamy nie powinno stanowić przedmiotu zainteresowania polskiego prawa antymonopolowego. Jest tak ponieważ, po pierwsze, reklamodawcy nie sprzedają konsumentom towarów w postaci reklamy (a jedynie reklamowane towary), zatem wzrost ceny reklamy nie może być bezpośrednio przekazany (ang. *passing-on of losses*) konsumentom. Tzw. łańcuch strat urywa się na reklamodawcach. Po drugie, nie wydaje się żeby ograniczenie podaży reklamy (spowodowane potencjalnym wzrostem cen usług reklamowych) pogarszało w żaden inny sposób interes konsumentów. Więcej argumentów przemawia za tym, że taka korelacja nie zachodzi, a być może nawet za tym, że zachodzi korelacja zupełnie odwrotna. Uprawnione wydaje się być nawet twierdzenie, że zmniejszona podaż

⁸³ Teoria ta sięga pierwszej połowy początków XX w., zob. np. R. Sharp Brown Jr., *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, „Yale Law Journal” 1948, Vol. 57, No. 1165, artykuł opublikowany został również w „Yale Law Journal” 1999, Vol. 108, No. 1619.

⁸⁴ Zob. np. P. Nelson, *Information and Consumer Behavior*, „Journal of Political Economy” 1970, Vol. 78, No. 311.

⁸⁵ Zob. np. J. Boyle, *A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading*, „California Law Review” 1992, Vol. 80, No. 1413, s. 1456.

⁸⁶ Zob. np. P. Nelson, *Advertising as Information*, „Journal of Political Economy” 1974, Vol. 82, No. 729.

⁸⁷ K. Bagwell, *The Economic Analysis of Advertising*, [w:] M. Armstrong, R. Porter (eds.), „Handbook of Industrial Organization” 2007, Vol. 3, 170., s. 1748.

reklamy może powodować w dłuższej perspektywie spadek cen dla konsumentów i zwiększenie jakości sprzedawanych im produktów. W takim wypadku, paradoksalnie, interes przedsiębiorców świadczących usługi internetowe finansowane z reklamy, polegający na pobieraniu od reklamodawców ceny powyżej poziomu konkurencyjnego, może być sprzężony z interesem finalnych konsumentów, oczywiście tak długo, jak długo przedsiębiorcy internetowi nie zaczną pobierać od użytkowników Internetu opłat za świadczone usługi⁸⁸.

Podsumowując, wydaje się, że więcej argumentów wydaje się przemawiać przeciwko niż za prokonkurencyjnością reklamy. Oczywiście sam analizowany powyżej brak prokonkurencyjności reklamy, a nawet możliwa „antykonkurencyjność” w żaden sposób nie jest argumentem za jakimkolwiek publicznoprawnym zakazaniem lub ograniczeniem działalności reklamowej⁸⁹. Przedsiębiorcy działający w branży reklamy tak samo, jak przedsiębiorcy z innych branż przyczyniają się do wzrostu ekonomii i produktu krajowego brutto. W samym Internecie zaś, istnienie reklamy umożliwia oparcie działalności biznesowej na wspomnianych „dwustronnych platformach”, co pozwala użytkownikom na uzyskanie wielu cennych usług i treści. Zawarte w tym artykule rozważania miały jedynie na celu pokazanie, że potencjalny wzrost cen płaconych przez reklamodawców niekoniecznie musi stanowić przedmiot zainteresowania prawa konkurencji.

V. Nieantymonopolowe pokusy prawa antymonopolowego

Jak starałem się pokazać, organy konkurencji powinny analizować rynki usług internetowych oraz rynki reklamy w Internecie z wyjątkową ostrożnością i zachowawczością. Działalność większości przedsiębiorców świadczących usługi w Internecie odbywa się bowiem w obrębie tzw. dwustronnych platform, które pośredniczą pomiędzy użytkownikami serwisów internetowych i reklamodawcami. Bardzo często użytkownicy tych platform otrzymują darmowe usługi, których koszty pokrywają reklamodawcy. Właśnie takich rynków bezpłatnych usług internetowych dotyczyła większość rozważań zawartych w artykule. Pomimo trendu polegającego na wprowadzeniu płatności za niektóre internetowe usługi, szczególnie przez tzw. gazety internetowe, dotyczy to cały czas jedynie niewielkiego segmentu działalności internetowej. Rynki, zdefiniowane przez Komisję Europejską w decyzji *Vodafone/Vivendi/Canal Plus* jako tzw. rynki płatnej treści (ang. *paid-for-content*) nadal stanowią mniejszość internetowych usług. W dalszym ciągu większość gigantów światowego i polskiego Internetu, takich jak wyszukiwarki internetowe, katalogi teledoresowe, portale informacyjne czy serwisy społecznościowe oferują swoje główne usługi przede wszystkim za darmo i nic nie zapowiada, że ten model biznesowy ulegnie zmianie (zresztą zmiana taka byłaby zapewne niemożliwa ze względu na zastane preferencje użytkowników Internetu). Jak starałem się pokazać w tym artykule, rynki bezpłatnych usług online powinny być traktowane przez organy konkurencji z dużą ostrożnością. Organy te, w tym UOKiK, powinny być wyjątkowo wstrzemięźliwe w dopatrywaniu się na powyższych rynkach naruszeń prawa konkurencji.

⁸⁸ Takie paradoksy występują czasami w ekonomii. Przykładowo, w prywatnych systemach opieki zdrowotnej, interes prywatnych ubezpieczycieli może być sprzężony z interesem pacjentów. Obu grupom zależy na obniżeniu ceny pobieranej przez szpitale. W takim wypadku organy konkurencji mogą bardziej pobłażliwym okiem spoglądać na, w normalnych warunkach antykonkurencyjne, koncentracje pomiędzy ubezpieczycielami w zakresie, w jakim te koncentracje zwiększają siłę negocjacyjną ubezpieczycieli względem szpitali. Zob. np. cały numer tygodnika „Time”, 20 lutego 2013 r. poświęcony kosztom opieki zdrowotnej w USA: S. Brill, *Why Medical Bills Are Killing Us*, „Time Special Edition”, 20 February 2013, pobrano z: <http://healthland.time.com/2013/02/20/bitter-pill-why-medical-bills-are-killing-us/>.

⁸⁹ Brak prokonkurencyjności reklamy może jednak uzasadniać bardziej restrykcyjne podejście do różnych rodzajów „nieuczciwej” reklamy, przede wszystkim reklamy zakazanej w Polsce przez art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (chodzi m.in. od tzw. reklamę wprowadzającą w błąd). Zob. ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Powyższa ostrożność i wstrzeźliwość powinna być motywowana, po pierwsze, poczynioną w tym artykule obserwacją, że większość serwisów internetowych, które wydają się być substytucyjne dla użytkowników, nie są najpewniej, z punktu widzenia rynku produktowego, substytucyjne dla reklamodawców. Jak starałem się pokazać, substytucja podażowa po stronie reklamodawców zachodzi najpewniej pomiędzy większością reklamy online, nie można również wykluczać substytucji pomiędzy pewnymi rodzajami reklamy online i offline. Definicja rynku właściwego w ramach reklamy internetowej będzie zatem zapewne o wiele szersza niż mogłoby się to na pierwszy rzut oka wydawać, a tym samym udziały poszczególnych przedsiębiorców w tym rynku będą odpowiednio mniejsze, co w konsekwencji oznaczać będzie, że rzadziej będziemy mieli do czynienia na rynkach internetowych z siłą rynkową (pozycją dominującą).

Po drugie, nawet jeżeli uznać, że przedsiębiorcy internetowi działający na rynku reklamy w Internecie posiadają siłę rynkową (pozycję dominującą) i są w stanie w monopolistyczny sposób kontrolować cenę świadczonych usług reklamy, wątpliwe jest, że, spowodowany przez taką siłę rynkową, wzrost kosztów po stronie reklamodawców powinien stanowić przedmiot zainteresowania polskiego prawa konkurencji. Potencjalny wzrost ceny płaconej przez reklamodawców nie wydaje się być antykonkurencyjny. Jak starałem się pokazać, polskie prawo konkurencji ma na celu ochronę konsumentów, a nie przedsiębiorców (bez względu na to czy chodzi o cel krótkofalowy zgodnie z „chicagowskim” podejściem, czy też o cel długofalowy zgodnie z perspektywą „europejską”). Konstrukcyjnie zaś transfer bogactwa pomiędzy reklamodawcami a przedsiębiorcami internetowymi nie przekłada się bezpośrednio, w przeciwieństwie do innych pośredników sprzedaży towarów lub usług, na wyższe ceny płacone przez konsumentów (tzw. *passing-on of losses*). Już sam powyższy argument przemawia za większą wyrozumiałością organów konkurencji dla ewentualnej siły rynkowej (pozycji dominującej) w Internecie. Jeżeli ktoś pozostaje nieprzekonany, to nawet „pośrednia prokonkurencyjność” reklamy jest kwestią wysoce wątpliwą.

Organy konkurencji mogą jednak bardzo łatwo zapomnieć o postulowanej przeze mnie wstrzeźliwości w ocenie rynków bezpłatnych usług internetowych. Świadczą o tym przywoływane w tym artykule decyzje UOKiK, w których polski organ konkurencji zdawał się w dużym stopniu motywować swoją analizę perspektywą użytkowników Internetu, a nie reklamodawców.

Dlaczego więc organy konkurencji zdają się być mało tolerancyjne wobec siły rynkowej na rynkach „bezpłatnych” internetowych usług? Moim zdaniem wynika to z intuicyjnego i mylnego utożsamiania substytucyjności usługi dla użytkowników z substytucyjnością dla reklamodawców. Intuicyjnie mówi się przecież o „monopolu” Google na rynku wyszukiwarek⁹⁰, „dominacji” serwisu Facebook wśród serwisów społecznościowych⁹¹ czy o „zdominowaniu” polskiego rynku portali informacyjno-rozrywkowych przez cztery serwisy⁹². Powyższa intuicja może wynikać z pomieszania perspektywy użytkowników i perspektywy reklamodawców.

⁹⁰ Zgodnie z Raportem Internet 2K12... (s. 27) miesięcznie w Polsce Google posiada 17 449 781 użytkowników (ang. *real users*). Drugi co do popularności serwis Ask.com posiada ponad pięć razy mniej użytkowników (3 362 518), a z trzeciego w kolejności serwisu Panorama Firm korzysta 2 698 248 polskich internautów.

⁹¹ W Polsce Facebook posiada miesięcznie 13 621 913 użytkowników (ang. *real users*). Z drugiego w kolejności serwisu Nk.pl korzysta 11 001 393 osób. Zob. Raport Internet 2K12..., s. 47.

⁹² Zgodnie z Raportem Internet 2K12 największe polskie witryny „informacyjno-publicystyczne”, biorąc pod uwagę liczbę użytkowników (tzw. *real users*), to kolejno: Grupa Onet.pl (czwarta jeżeli chodzi o popularność witryna w „całym” polskim Internecie), Grupa Wirtualna Polska – Orange (miejsce piąte), Grupa Gazeta.pl (miejsce szóste) oraz Grupa Interia.pl (miejsce ósme). Zob. Raport Internet 2K12..., s. 39. Należy jednak zauważyć, że liczba użytkowników wszystkich witryn „informacyjno-publicystycznych” należących do Grupy Polskrapresse przewyższa liczbę wszystkich witryn należących do grupy Interia.pl (zob. *ibidem*, s. 41).

Nieuwzględnianie specyfiki internetowych rynków pośrednictwa reklamy przez organy konkurencji ma jednak według mnie, poza wyżej wspomnianą błędną intuicją, również głębszą i, moim zdaniem, bardziej niebezpieczną przyczynę. „Monopol” osiągnięty przez wyszukiwarkę internetową czy przez internetowy serwis informacyjny może budzić obawy zupełnie niezwiązane z antymonopolowym interesem konsumentów (polegającym na wzroście ceny czy spadku jakości produktów). Obawy te mogą mieć związek z ochroną prywatności/danych osobowych użytkowników Internetu lub z pluralizmem informacji (a tym samym z wolnością słowa). Działalność Google, czyli największej wyszukiwarki internetowej na świecie, budzi wśród opinii publicznej obawy związane z ilością informacji, którą przedsiębiorca ten gromadzi na temat haseł wpisywanych przez użytkowników i następnie sprzedaje reklamodawcom. Podobnie, skupienie większości ważniejszych portali informacyjnych „w rękach” tego samego kapitału, zważywszy na fakt, że portale mogą kształtować opinie, mogłoby budzić słuszne obawy z punktu widzenia wolności słowa w Internecie. Żeby zrozumieć powyższą obawę, wystarczy przypomnieć sobie niedawne protesty, kojarzonych z polską prawicą, dziennikarzy przeciwko kupnie od Skarbu Państwa większościowego pakietu w spółce Presspublica przez, kojarzonego z innym środowiskiem politycznym, przedsiębiorcę i wydarzenia poprzedzające tą zmianę właściciela (abstrahując oczywiście od słuszności tych zarzutów).

Organy antymonopolowe mogą odczuwać pokusę interwencji w działalność przedsiębiorców internetowych właśnie w imię wyżej wspomnianych wartości. Takie starania nazywam właśnie „nieantymonopolowymi” pokusami prawa antymonopolowego. Nie są to zresztą pokusy nowe czy ograniczone wyłącznie do internetowych rynków reklamy. Mogą one równie dobrze dotyczyć, zwłaszcza w zakresie wolności słowa, mediów offline. Już w 1945 roku, w precedensowym wyroku amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Associated Press v. United Press Tribune*⁹³, sędzia Fraknfurter w zdaniu odrębnym do uzasadnienia (ang. *concurring opinion*) stwierdził, że „wolność przedsiębiorców chroniona przez ustawę Shermana [amerykańską regulację antymonopolową] w inny sposób dotyczy prasy niż zwyczajnych komercyjnych przedsięwzięć”⁹⁴, a w związku z tym, „interes publiczny [w postaci pluralizmu poglądów] tak niezbędny dla vitalności naszego demokratycznego rządu może zostać zniweczony nie mniej przez prywatne porozumienia (ang. *restraints*) niż przez publiczną cenzurę”⁹⁵. Powyższe stanowisko krytykowane jest, moim zdaniem słusznie, właśnie za wplątanie ochrony wartości, takich jak wolności słowa do polityki konkurencji, również na gruncie europejskiego prawa konkurencji⁹⁶. Pokazuje ono jednak pokusę „zawłaszczania” przez porządek antymonopolowy jurysdykcji nad ochroną wartości, które do tej jurysdykcji nie należą.

Podsumowując, organy konkurencji mogą być podatne na pokusy związane z ochroną wolności słowa oraz ochroną danych osobowych. Jednak mandat tych organów w większości krajów świata, jak również i w Polsce, ograniczony jest do ochrony konkurencji i konsumentów, a nie do stania na straży innych wartości. Ochroną danych osobowych zajmuje się w Polsce Generalny Dyrektor Danych Osobowych, na szczeblu europejskim zaś odrębny od Dyrektoriatu

⁹³ Zob. wyr. SN Stanów Zjednoczonych z sprawie *Associated Press v. United States*, 65 S.Ct. 1416 (1945). W poniższej sprawie Sąd Najwyższy USA uznał, że organizacja wydawców prasy (*Associated Press*) naruszyła antymonopolową ustawę Shermana (ang. *Sherman Act*) poprzez zabranianie należącym do niej wydawcom sprzedawania wiadomości innym wydawcom niebędącym członkami *Associated Press*.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 1428. W oryginale: *But the freedom of enterprise protected by the Sherman Law necessarily has different aspects in relation to the press than in the case of ordinary commercial pursuits.*

⁹⁵ *Ibidem*, s. 1428. W oryginale: *A public interest so essential to the vitality of our democratic government may be defeated by private restraints no less than by public censorship.*

⁹⁶ W Europie, przed wplątaniem wartości takiej jak ochrona pluralizmu mediów przy ocenie skutków koncentracji wśród nadawców telewizyjnych przestrzega Konstantina Bania. Zob. *European merger control in the broadcasting sector: Does media pluralism fit?*, Submitted in the context of the call for papers for the 1st International Research Forum on Law and ICT/IP, *University of Groningen*, 7-8 listopada 2012 r., pobrano z: <http://www.uni-goettingen.de>.

Generalnego ds. Konkurencji szczebel administracji unijnej⁹⁷. Podobnie, jeżeli chodzi o wolność słowa, art. 54 ust. 1 Polskiej Konstytucji zapewnia każdemu „wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”, jednakże w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów próżno szukać kompetencji UOKiK do opierania swoich decyzji na tym właśnie przepisie. Ekspansywne rozumienie swoich kompetencji przez organy administracji (jakimi są organy konkurencji), nawet jeżeli jest to ekspansywność nieświadoma i wynika z błędnej, motywowanej perspektywą użytkowników, definicji rynków właściwych w Internecie, a nie ekspansywność wprost motywowana „antymonopolowymi” pokusami, nie sprzyja idei państwa prawa, w którym organy administracji działają w ramach określonych kompetencji.

Według ekspertów, ostatni rok, tj. 2012, był „obfitym czasem fuzji i przejęć w polskim Internecie”⁹⁸. Niewykluczone, że czekają nas w Polsce kolejne duże akwizycje w obrębie przedsiębiorców świadczących usługi online. Niewykluczone również, że UOKiK zacznie wkrótce bardziej intensywnie monitorować rynki online pod kątem potencjalnych antykonkurencyjnych porozumień (art. 6 uokik), czy też nadużywania pozycji dominującej (art. 9 uokik). Mam nadzieję, że niniejszy artykuł pomoże dostarczyć tak organom konkurencji, jak i przedsiębiorcom wskazówek na przyszłość w zakresie definicji produktowego rynku właściwego oraz siły rynkowej w polskim Internecie. Szczególnie istotne jest, żeby zarówno UOKiK, jak i sądy były w stanie w porę zidentyfikować „nieantymonopolowe” pokusy prawa antymonopolowego i się tym pokusom skutecznie oprzeć. Co prawda w analizowanych w tym artykule decyzjach UOKiK w sprawach *Allegro/Agito* i *EDSA/Ditel* zbytnia, moim zdaniem, fragmentacja rynków właściwych nie miała większego znaczenia dla przedsiębiorców – UOKiK wyraził ostatecznie zgodę na koncentrację. Nie mniej jednak w zakresie, w jakim ta zbytnia fragmentacja wynikła z przyjęcia przez UOKiK perspektywy użytkowników, a nie reklamodawców (która to perspektywa może wynikać ze świadomych bądź nieświadomych „nieantymonopolowych pokus”), w przyszłości, biorąc pod uwagę trend koncentracyjny w polskim Internecie, istnieje ryzyko, że UOKiK może zablokować bardziej „spektakularną” internetową koncentrację, błędnie zakładając jej „antykonkurencyjność” (np. koncentrację w ramach czterech największych portali informacyjno-rozrywkowych lub hipotetyczne nabycie przez Facebook lub grupę Google któregoś z wyróżniających się „polskich” przedsiębiorców internetowych).

⁹⁷ Chodzi o Dyрекcję Generalną ds. Sprawiedliwości (ang. *DG Justice*).

⁹⁸ D. Jedlina, *Fuzje i przejęcia w polskim internecie...*, s. 18.