

## Seminarium naukowe pn. „Monopol i jego wykorzystywanie w sferze gospodarki cyfrowej – jaka rola prawa antymonopolowego?”, Warszawa, 2 października 2018 r.

W dniu 2 października 2018 r. w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk odbyło się seminarium naukowe pn. „Monopol i jego wykorzystywanie w sferze gospodarki cyfrowej – jaka rola prawa antymonopolowego?”. Było to kolejne już, zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji INP PAN, spotkanie naukowe dotyczące wyzwań prawa konkurencji w sektorze cyfrowym.

Po krótkim wprowadzeniu dr. hab. Grzegorza Materny, prof. INP PAN, referat wygłosił **Artur Szmigielski (INP PAN)**. Tematem prelekcji był rynek właściwy i siła rynkowa przedsiębiorców na rynkach cyfrowych w kontekście darmowych usług platform internetowych. Zdaniem prelegenta, rynki cyfrowe charakteryzują się wysoką innowacyjnością, tendencją do tworzenia naturalnych monopolii (na zasadzie *winner takes all*), wielostronną naturą oraz występowaniem silnych efektów sieciowych (bezpośrednich i pośrednich). Nie istnieje jednolita koncepcja „rynku cyfrowego”, ponieważ rynki te mogą obejmować niezliczone przykłady różnych innowacyjnych modeli biznesowych. Zaproponował on ogólną definicję, zgodnie z którą rynek cyfrowy obejmuje branżę, w których przedsiębiorcy dostarczają swoim klientom cyfrowe produkty lub usługi, a rozwój i zarządzanie platformą internetową jest kluczowym aspektem ich działalności. W dalszej części referatu A. Szmigielski rozwinął wątek wielostronności rynków cyfrowych oraz wskazał dwa przeciwstawne stanowiska. Pierwsze z nich podkreśla, że użytkownicy „płacą” za korzystanie z serwisów internetowych za pomocą „nowej waluty”, którą są, w zależności od przyjętej koncepcji, albo udostępniane dane, albo uwaga poświęcana na korzystanie z serwisów. Zgodnie natomiast z drugim podejściem, należy skupić się na stronie, gdzie dochodzi do przepływów pieniężnych (np. rynek reklamy internetowej), a następnie uchwycić pośredni efekt sieciowy. Z tej perspektywy różne usługi oferowane przez platformy (np. YouTube i Facebook) konkurują ze sobą o uwagę użytkowników oraz reklamodawców. Jednakże, jak podkreślił, w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej (dec. *Google/DoubleClick*; *Microsoft/LinkedIn*; *Google Search*) – przy określaniu rynku właściwego – widać wyraźną tendencję uwzględniania cech funkcjonalnych poszczególnych platform internetowych (oferowanych „bezpłatnie”). Na zakończenie prelegent odniósł się do potencjalnych problemów związanych z określeniem dominacji na rynkach cyfrowych, które wiążą się z ograniczoną możliwością podnoszenia cen za dostęp do serwisów internetowych, a także brakiem ograniczenia w korzystaniu z wielu bezpłatnych usług internetowych jednocześnie, a także ich łatwą zmianą przez użytkowników.

Drugi referat wygłosił **dr hab. Konrad Kohutek, prof. Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego**. Dotyczył on nadużywania pozycji dominującej na rynku wyszukiwarek internetowych w praktyce Komisji Europejskiej na przykładzie sprawy Google. Prelegent, po krótkim przedstawieniu stanu faktycznego, który legł u podstaw decyzji Komisji Europejskiej

w sprawie *Google Search (Shopping)*<sup>1</sup>, wskazał na jej bezprecedensowy, a zarazem kontrowersyjny charakter. Jest to pierwsza sprawa, w której Komisja ukarała przedsiębiorcę za naruszenie art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej polegające na promowaniu własnego produktu kosztem produktów konkurencji. Zdaniem prof. Kohutka, choć teoretycznie spełnione zostały przesłanki pozwalające na stwierdzenie posiadania przez Google pozycji dominującej, to w praktyce przedsiębiorca ten nie miał możliwości działania w oderwaniu od konsumentów, gdyż stosunkowo łatwo mogli oni zmienić Google na innych dostawców porównywalnych usług. Prelegent zauważył również, że praktykę, za którą ukarano Google, trudno przypisać do katalogu typowych przejawów nadużywania pozycji dominującej – tj. odmowy kontraktowania, dyskryminacji, czy też wiązania (*tying*). K. Kohutek skrytykował również pojawiające się w doktrynie głosy, jakoby praktyka Google miała polegać na lewarowaniu, czyli przenoszeniu siły rynkowej z rynku wyszukiwarek horyzontalnych na rynek porównywarek cenowych. Jego zdaniem, nawet jeśli do takiego przenoszenia siły rynkowej doszło, to nie może to samo w sobie zostać zakwalifikowane jako niedozwolona praktyka. Kończąc referat, prelegent wskazał na problem z ustaleniem skutecznego środka zaradczego, który pozwoliłby na zapewnienie swoistej „neutralności wyszukiwania”, którą miałyby gwarantować Google na rynku porównywarek cenowych.

Ostatni referat wygłosiła **Iga Małobęcka-Szwast, doktorantka w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego**. Prelegentka przybliżyła koncepcję nadużywania pozycji dominującej poprzez naruszenie reguł ochrony danych osobowych na przykładzie postępowania *Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi*. Rozpoczynając referat, I. Małobęcka-Szwast wskazała na wątpliwości, które może budzić zaangażowanie organu antymonopolowego w sprawę dotyczącą naruszenia danych osobowych. Co do zasady, tego typu sprawy powinny podlegać kognicji organów wyspecjalizowanych w ochronie danych osobowych. Jednakże ze względu na specyficzny model biznesowy podmiotów działających na rynku cyfrowym – tj. oferowanie usług bezpłatnie, ale w zamian za dzielenie się przez użytkowników danymi (zainteresowaniami, narodowością, wiekiem itp.), dla przedsiębiorców opłacalne może być naruszanie przepisów dotyczących ochrony danych osobowych w celu gromadzenia ich w jeszcze większej ilości. Prelegentka wskazała na dotychczasową praktykę Komisji Europejskiej i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które z rezerwą podchodziły do postępowań antymonopolowych przeciwko podmiotom naruszającym reguły ochrony danych osobowych. Mimo to, niemiecki organ zdecydował się wszcząć postępowanie antymonopolowe przeciwko Facebookowi, przyjmując, że niewłaściwe wykorzystanie danych osobowych może stanowić nadużycie pozycji dominującej na rynku sieci społecznościowych, na którym dostęp do tego rodzaju danych jest kluczowy. Kończąc referat, prelegentka podała w wątpliwość możliwość prowadzenia podobnego postępowania przez Prezesa UOKiK, ponieważ zgodnie z kodeksem postępowania administracyjnego, polskie organy administracji działają „na podstawie i w granicach prawa”. Zdaniem I. Małobęckiej-Szwast, przesądza to o braku jurysdykcji Prezesa UOKiK w podobnych sprawach, ze względu na właściwość takich organów, jak chociażby Prezes UODO.

Seminarium zamknęła dyskusja, w której jako pierwszy głos zabrał mgr Artur Szmigielski. Odnosząc się do referatu prof. Konrada Kohutka, prelegent wskazał, że w sprawie *Google Shopping* kluczowy był nie tyle sam wątek faworyzowania własnej usługi, ile jednocześnie, znaczne obniżenie

<sup>1</sup> Dec. Komisji Europejskiej z 27.06.2017 r., AT.39740.

pozycjonowania wyników wyszukiwania usług oferowanych przez konkurentów Google (*demonstrating*). Jako kolejna głos zabrała prof. dr hab. Małgorzata Król-Bogomilska, która odniosła się do wątku traktowania udostępniania przez użytkowników serwisów internetowych danych osobowych jako formy zapłaty. Wskazała, że udostępnianie tych danych może stanowić faktyczną zapłatę za oferowane usługi w sytuacji, gdy ich cena jest niższa w związku z wyrażeniem zgody na przesyłanie informacji marketingowych o innych produktach. Następnie, dr Bartosz Targański podał w wątpliwość możliwość dokonania skutecznej analizy działań podmiotów aktywnych w sektorze gospodarki cyfrowej przez organy antymonopolowe, ze względu na ich niezwykle dynamiczny charakter. Zaznaczył, że być może bardziej zasadne byłoby skoncentrowanie się organów na analizie *ex post*. Jako kolejny głos zabrał Jan Polański, który sceptycznie odniósł się do tezy referatu dotyczącego decyzji w sprawie *Google Shopping*. W jego ocenie, Komisja prawidłowo uznała, że Google posiada pozycję dominującą, która została nadużyta poprzez faworyzowanie własnych produktów Google. Na koniec dyskusji dr Jarosław Łukawski podniósł wątek zasadności wyznaczania odrębnych rynków właściwych dla każdej ze stron dwustronnych platform cyfrowych. W odpowiedzi głos zabrał Artur Szmigielski, według którego odrębne rynki właściwe dla każdej ze stron platformy powinny być wyznaczone w przypadku platform o charakterze nietransakcyjnych, czerpiących swój zysk z reklam internetowych (np. Facebook).

### **Szymon Murek**

LL.M. (Queen Mary University of London),

aplikant adwokacki,

associate w dziale prawa konkurencji kancelarii Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak;

e-mail: [szymon.murek@skslegal.pl](mailto:szymon.murek@skslegal.pl)