

## Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej

### Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Zakres podmiotowy „regulacji” platform internetowych
  1. Pojęcie platform internetowych i ich rola w gospodarce cyfrowej
  2. Model biznesowy integracji pionowej
- III. Unijne ramy dotyczące zakazu nadużywania pozycji dominującej
  1. Dyskryminacja oraz niekorzystne warunki konkurencji
  2. Faworyzowanie własnych usług
  3. Antykonkurencyjny skutek praktyki
- IV. Koncepcja nadużycia na przykładzie sprawy *Google Search*
  1. Klasyfikacja prawna
  2. Dyskryminacja pomiędzy platformą a jej konkurentami
  3. Dyskryminacja w przypadku braku stosunków kontraktowych
- V. Neutralność wyszukiwania
- VI. Zakończenie

### Streszczenie

Praktykę w postaci faworyzowania własnych zintegrowanych pionowo usług przez dominującą platformę internetową można oceniać jako samoistną praktykę dyskryminacji zakazaną na mocy art. 102 akapit drugi lit. c). Nie oznacza to jednak, że przedsiębiorstwo dominujące ma bezwzględny obowiązek równego traktowania produktów lub usług swoich partnerów handlowych. Tego typu praktyki powinny być uznawane za nadużycie, jeżeli stwarzają niekorzystne warunki konkurencji i mają istotne antykonkurencyjne skutki. To, czego zakazuje praktyka dyskryminacyjna, nie odnosi się do samego faktu faworyzowania własnych usług, lecz do sytuacji, w której rywale stawiani są w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej, a przez co osłabieniu ulegają istotne parametry konkurencji, np. innowacyjność i możliwość wyboru konsumentów.

**Słowa kluczowe:** platforma internetowa; rynki dwustronne; wyszukiwarki internetowe; nadużycie pozycji dominującej; dyskryminacja pozacenowa; faworyzowanie własnych usług; integracja pionowa; neutralność wyszukiwania.

**JEL:** K20, K21, K24, K42

\* Asystent naukowy w Zakładzie Prawa Konkurencji w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk; e-mail: a.szmigielski@inp.pan.pl. Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2017/27/N/HS5/00059 pt. „Nadużycie pozycji dominującej na rynkach cyfrowych na przykładzie darmowych usług oferowanych przez platformy internetowe” finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki”.

## I. Uwagi wprowadzające

Problem w ocenie zachowań rynkowych platform internetowych posiadających pozycję dominującą<sup>1</sup> nie leży wyłącznie w kwestii wyznaczenia rynku właściwego oraz określania siły rynkowej, lecz przede wszystkim w znalezieniu właściwej teorii szkody. Zachowania antykonkurencyjne nie mogą być wywiedzione z samej mocy rynkowej, ale muszą być badane indywidualnie dla każdego przypadku. Kluczowym wyzwaniem dla egzekwujących prawo antymonopolowe organów pozostaje odróżnienie szkodliwych antykonkurencyjnych praktyk od zachowań agresywnych, lecz prokonkurencyjnych. Wskazane dylematy można zaobserwować w przypadku faworyzowania własnych zintegrowanych produktów lub usług<sup>2</sup> (*self-preferencing*) przez dominujące platformy internetowe względem pozostałych produktów lub usług oferowanych przez innych partnerów handlowych<sup>3</sup> korzystających z tej platformy.

Pojawiają się następujące wątpliwości: (i) w jakiej sytuacji takie zachowanie, jak faworyzowanie własnych zintegrowanych usług może stanowić przejaw nadużycia pozycji dominującej; (ii) w jakim zakresie dominująca platforma powinna traktować produkty lub usługi swoich konkurentów (działających względem niej na rynku niższego szczebla) tak samo, jak własne; (iii) jaką koncepcję nadużycia pozycji dominującej należy przyjąć, aby ocenić tego typu zachowanie dominanta; (iv) czy (i ewentualnie w jakim zakresie) z zakazu nadużywania pozycji dominującej można wywieść zasadę „neutralności wyszukiwania”.

Motywacją do przeprowadzenia niniejszych badań są zaobserwowane wątpliwości antymonopolowe dotyczące oceny podwójnej roli, jaką odgrywają platformy w przypadku gdy jednocześnie ułatwiają dostęp do rynku i konkurują z własnymi dostawcami (kontrahentami). Jest to niezwykle trudne, zwłaszcza gdy badana praktyka może wywierać zarówno pro- i antykonkurencyjne skutki na różnych rynkach<sup>4</sup>, jak również nie do końca wpisuje się ona w dotychczas zidentyfikowane koncepcje nadużycia (np. sprzedaż wiązana, odmowa dostaw, dyskryminacja). Publiczna ingerencja w działalność gospodarczą platform internetowych, w imię uczciwej i niezakłóconej konkurencji, wymaga starannego równoważenia ze swobodą działalności gospodarczej (w tym swobodą wyboru partnerów handlowych) oraz prawem własności (i swobodnym jego dysponowaniem)<sup>5</sup>.

Problem dotyczący preferowania własnych zintegrowanych usług przez platformę internetową względem usług pozostałych sprzedawców zostanie umieszczony w szerszym kontekście toczącej się debaty na temat neutralności, uczciwości i transparentności działania platform internetowych. Obecnie dyskusja nie skupia się wyłącznie wokół kwestii zasadności interwencji

<sup>1</sup> Dalej zamiennie będą używane pojęcia „dominującej platformy internetowej”, „przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą”, „dominanta” oraz „operatora platformy internetowej”. To ostatnie pojęcie odnosić się będzie do przedsiębiorcy kontrolującego zarówno działalność platformy internetowej, jak i zintegrowanego z tą platformą produktu lub usługi i będzie używane, aby pokazać relacje zachodzące między daną platformą internetową, a jej użytkownikami (dostawcami).

<sup>2</sup> Pojęcia „produkty” i „usługi” będą używane na cele niniejszego artykułu zamiennie.

<sup>3</sup> Pojęcie „partnerów handlowych” (dalej również: „sprzedawca”, „dostawca”), na cele niniejszego artykułu, odnosi się do terminu wskazanego w art. 102 akapit drugi lit c) TFUE. Dotyczy to każdego użytkownika platformy, korzystającego z jej usług pośrednictwa internetowego, aby zaoferować klientom (drugiej stronie platformy) określone produkty lub usługi.

<sup>4</sup> Tj. na rynku, gdzie platforma posiada pozycję dominującą, której rzekomo nadużywa, a także na powiązanim rynku, gdzie mogły wystąpić skutki tej praktyki.

<sup>5</sup> Wolność gospodarcza, a co za tym idzie wypływająca z niej swoboda kontraktowania, to jedno z naczelných wartości rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, co potwierdza art. 16 KPP. Zgodnie z art. 51 ust. 1 KPP, w zakresie, w jakim krajowe organy regulacyjne oraz organy ochrony konkurencji stosują prawo unijne, związane są one jej postanowieniami. Podstawą do ograniczenia wolności gospodarczej w prawie UE jest art. 52 ust. 1 KPP. Podobnie art. 22 Konstytucji RP (Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483) stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

regulacyjnej lub antymonopolowej<sup>6</sup>, lecz rozpatrywane jest również, w jaki sposób należy tego dokonać. Przykładowo, KE zobowiązała Google do swego rodzaju neutralności wyszukiwania, jak również przyjęła projekt rozporządzenia dotyczący uczciwości w relacji pomiędzy platformą a dostawcami<sup>7</sup>.

Odpowiedź na powyższe pytania i problemy zostanie udzielona w oparciu o wykładnię prawa ochrony konkurencji (w szczególności art. 102 TFUE<sup>8</sup>), orzecznictwo sądów unijnych, doświadczenie decyzyjne organów ochrony konkurencji, a także relewantną literaturę prawną i ekonomiczną.

## II. Zakres podmiotowy „regulacji” platform internetowych

### 1. Pojęcie platform internetowych i ich rola w gospodarce cyfrowej

Wiele definicji platform internetowych kładzie nacisk na ich dwustronny (wielostronny) charakter (Evans i Schmalensee 2007, s. 152). Przykładowo, w publicznych konsultacjach Komisji Europejskiej (2015, s. 5) zostały one zdefiniowane jako przedsiębiorstwa działające na dwustronnych rynkach, które korzystają z Internetu w celu umożliwienia interakcji między dwiema lub większą liczbą odrębnych, ale współzależnych grup użytkowników, w celu wygenerowania wartości dla co najmniej jednej grupy. Podobnie, *Bundeskartellamt* (2016, s. 2) wskazał, że przedsiębiorstwa internetowe są uznawane za platformę, jeśli świadczą usługi pośrednictwa umożliwiające bezpośrednią interakcję<sup>9</sup> między dwiema lub większą liczbą odrębnych grup użytkowników, które łączy pośredni efekt sieciowy (tj. gdy liczba użytkowników po jednej stronie platformy wpływa na użyteczność użytkowników po jej drugiej stronie). Platformy – w porównaniu z innymi pośrednikami – zmniejszają koszty transakcyjne oraz dokonują internalizacji efektów zewnętrznych, pozwalając dwóm grupom użytkowników czerpać korzyści z efektów sieciowych<sup>10</sup>.

Poszczególne platformy internetowe mogą działać jako „brama” między konsumentami i wieloma różnorodnymi przedsiębiorcami, a tym samym ich rola wykracza poza konkretny produkt lub usługę oferowane na tej platformie. Służą one zwiększaniu dostępu konsumentów do zagregowanych produktów lub usług. Ponadto działają jako „pośrednicy” innowacji poprzez zapewnienie interfejsów, dzięki którym przedsiębiorcy mogą łączyć swoje uzupełniające się produkty z krytyczną masą konsumentów. Platformy mają kluczowe znaczenie dla innowacji, ponieważ znacznie obniżają dostęp do rynku dla dużej liczby podmiotów, znacząco zmniejszając tym samym koszty wejścia na rynek (Wu, 2012, s. 321). W celu ułatwienia bezpośrednich transakcji usługi pośrednictwa internetowego świadczone przez platformy umożliwiają bowiem w swej istocie zaistnienie

<sup>6</sup> Stanowi to przejaw interwencjonizmu państwa w gospodarkę w celu zapewnienia jej efektywności oraz korygowania niedoskonałości mechanizmów rynkowych. Zarazem zdaje się to być jeden z podstawowych przykładów ograniczenia wolności gospodarczej.

<sup>7</sup> Wniosek z dnia 26 kwietnia 2018 r. dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego, COM/2018/238 final.

<sup>8</sup> Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 1–388.

<sup>9</sup> Bezpośrednia interakcja w tym kontekście oznacza, że platforma nie jest zaangażowana (pod względem ekonomicznym lub prawnym) w interakcję lub transakcję, która ma miejsce między użytkownikami różnych grup. Znamienną cechą korzystania z omawianych platform jest zatem występowanie bezpośrednich interakcji pomiędzy stronami, co w wyraźny sposób odróżnia je od dystrybutorów, którzy najpierw nabywają dobra od producentów, a następnie sprzedają je detalistom.

<sup>10</sup> Rynki dwustronne nie występują wyłącznie w wirtualnym świecie, można je zaobserwować także w przypadku tradycyjnego sektora gospodarki, czego przykładem są centra handlowe, domy aukcyjne, czy też systemy kart płatniczych. W przypadku usług internetowych zyskały one jednak nową jakość. Platformy internetowe umożliwiają bowiem działalność na szerszą skalę, redukują bariery geograficzne oraz jeszcze bardziej zmniejszają koszty transakcyjne.

w Internecie użytkownikom biznesowym oferującym towary lub usługi konsumentom, zasadniczo bez konieczności zakładania przez nich i obsługi własnej strony internetowej<sup>11</sup>.

Podstawowa funkcja platform internetowych polega zatem na oferowaniu cyfrowej infrastruktury do różnego rodzaju działalności, od handlu i reklamy, po umożliwianie interakcji społecznych, a coraz większa liczba transakcji zawieranych przy wykorzystaniu usług pośrednictwa internetowego wynika z silnych efektów sieciowych.

Wyróżnia się dwa podstawowe rodzaje platform: (i) platformy o charakterze transakcyjnym zapewniające „dopasowania” (*matching platform*); (ii) platformy o charakterze nietransakcyjnym zapewniające publiczność (*audience providing platforms*) (Bundeskartellamt, 2016, s. 3). Jako przykład platformy transakcyjnej można podać platformy agregujące ogłoszenia sprzedaży nieruchomości czy też porównywarki cenowe, natomiast przykładem platformy nietransakcyjnej są media społecznościowe typu Facebook lub wyszukiwarki internetowe. Platformy zapewniające publiczność są finansowane głównie poprzez zapewnienie przestrzeni dla reklam, na które mogą zwrócić uwagę ich użytkownicy<sup>12</sup>. Ocena działalności platformy z perspektywy prawa konkurencji często wymaga uwzględnienia obu stron platformy, również strony, która nie płaci (w formie pieniężnej) za korzystanie z oferowanych przez platformę usług (Newman 2015, s. 151; Zingales 2013, s. 29).

## 2. Model biznesowy integracji pionowej

Model biznesowy platform internetowych może niekiedy budzić wiele konfliktów interesów<sup>13</sup>, ponieważ rozwijając się, często wchodzi one na nowe, sąsiadujące rynki, które są połączone z platformą i wzmacniają swoją siłę rynkową (Kadar, 2015, s. 9–10). Wzajemna relacja między platformą a nowym, zintegrowanym z nią produktem kształtuje się zwykle tak, iż platforma znajduje się na rynku wyższego szczebla (*upstream market*), natomiast powiązany z platformą, nowy produkt funkcjonuje na rynku niższego szczebla (*dawnstream market*)<sup>14</sup>. Powoduje to sytuację, w której operator platformy konkuruje z użytkownikami na swojej platformie. Może prowadzić to do „nieuczciwego” promowania przez platformy własnych usług ze szkodą dla ofert innych dostawców (KE, 2016a, s. 14).

Przykładowo, Apple zaczął oferować Apple Music, aplikację do strumieniowego przesyłania muzyki, za pośrednictwem własnego sklepu App Store, konkurując m.in. ze Spotify. Wyszukiwarka

<sup>11</sup> Modele biznesowe wielu małych i średnich przedsiębiorców są uzależnione od dostępu do niewielkiej liczby platform internetowych. Jak wskazały badania Eurobarometru (2016, s. 4), prawie dziewięć na dziesięć przedsiębiorców sprzedających w Internecie wykorzystuje swoją komercyjną stronę internetową do sprzedaży produktów lub usług w Internecie (88%), a 82% polega przy tym na wyszukiwarkach. Mniej niż połowa wszystkich przedsiębiorców w UE korzysta z rynków internetowych (*online marketplace*) do sprzedaży swoich produktów i usług (42%), jednak w Polsce i w Niemczech stanowi oni połowę.

<sup>12</sup> W tym przypadku pośredni efekt sieciowy obejmuje jedną stronę, tzn. większa liczba użytkowników platformy pozytywnie wpływa na drugą stronę, tj. reklamodawców, którzy mogą dotrzeć do szerszego grona konsumentów. Natomiast wartość platformy, w ocenie użytkowników, nie wzrasta w związku ze wzrostem liczby reklam.

<sup>13</sup> Istnieją jednak spory czy i ewentualnie w jakim zakresie interwencja regulacyjna i antymonopolowa jest zasadna w stosunku do działalności platform internetowych, takich jak Google, Facebook czy Amazon. Część doktryny twierdzi, że publicznoprawna interwencja na rynkach cyfrowych powinna być ograniczona do minimum. Na rynkach cyfrowych istnieje bowiem małe prawdopodobieństwo pojawienia się problemów z ograniczeniem konkurencji (Rato i Petit, 2014, s. 8), a nawet jeśli to nastąpi, dynamiczny charakter tych rynków szybko skoryguje mogące pojawić się zakłócenia konkurencji na danym rynku cyfrowym (Evans, 2017, s. 21–25). Autorzy opowiadający się za aktywnym działaniem organów regulacyjnych i ochrony konkurencji na rynkach cyfrowych, wskazują na istnienie wymagających rozwiązania problemów antymonopolowych (Costa-Cabral i Lynskey 2017, s. 14; Ezrachi i Stucke 2016, s. 242). Podczas gdy niektórzy z nich twierdzą, że wszelkie z tych problemów może być z powodzeniem rozwiązanych zgodnie z obowiązującymi zasadami konkurencji, niektórzy argumentują, że prawo antymonopolowe powinno być dostosowane do rynków cyfrowych, aby w pełni rozwiązać pojawiające się problemy (Bostoen 2018, s. 4).

<sup>14</sup> Niemniej jednak należy rozumieć to w szerokim znaczeniu, ponieważ w środowisku cyfrowym, różne usługi lub produkty – w przeciwieństwie do tradycyjnego modelu dystrybucyjnego – niekoniecznie muszą występować wyłącznie w takiej relacji, wystarczy że rynki będą ze sobą powiązane. W związku z tym zintegrowane z platformą usługi nie muszą koniecznie być wyłącznie oferowane na tej platformie internetowej.



Google, używana do wyszukiwania bardziej konkretnych usług, powiązała z wynikami wyszukiwania własne wyspecjalizowane usługi (np. Google Shopping), rywalizując z innymi dostawcami tych usług. Z kolei Amazon Marketplace łączy nie tylko sprzedawców z kupującymi, ale także działa jako detalista, stając się konkurentem wobec własnych kontrahentów (tj. sprzedawców wystawiających swoje produkty na platformie). Jak podaje raport Komisji Europejskiej z badania sektora e-commerce, spośród 37 zbadanych platform w Europie, 68% funkcjonuje wyłącznie jako *marketplace*, a 32% prowadzi jednocześnie działalność detaliczną (KE, 2016b, s. 36–37). Wzrastający stopień pośredniczenia przez platformy internetowe w transakcjach, w połączeniu z silnymi pośrednimi efektami sieciowymi, których siłą napędową mogą być oparte na danych korzyści, jakie przynoszą platformy internetowe, prowadzi do zwiększenia zależności przedsiębiorstw od platform internetowych, odgrywających niemal rolę „portierów” (*gatekeepers*) decydujących o dostępie do rynków i konsumentów (KE, 2018, s. 13).

Relacje między platformami a dostawcami określane są w piśmiennictwie jako *frenemy relationship*<sup>15</sup> (Ezrachi i Stucke, 2016, s. 147–158). W pierwszym okresie platforma handlowa potrzebuje dostawców – jako platforma dwustronna pośrednicząca w sprzedaży, bez wystarczającej ilości ofert sprzedawców nie jest bowiem atrakcyjna dla użytkowników. W późniejszym okresie, kiedy platforma staje się popularna (zdobędzie znaczną siłę rynkową), dostawcy stają się bardziej zależni od funkcjonowania platformy handlowej. W takiej sytuacji platforma może dążyć do zwiększania swoich wpływów, np. angażując się w wertykalną integrację oraz zwiększając koszty prowizji (Bostoen, 2018, s. 4).

Nieuczciwa konkurencja między platformą a dostawcami może zmniejszać innowacyjność oraz powodować podnoszenie cen (Wen i Zhu, 2017), a także ograniczać wybór konsumenta (Zhu i Liu, 2016, s. 2) czy też obniżać jakość platformy (Luca, Couvidat, Seltzer, Wu i Frank 2016, s. 16, 19). Szczególny niepokój organów ochrony konkurencji budzą praktyki wykluczające. Ezrachi i Stucke (2016, s. 155) wskazali na przykładowy scenariusz dotyczący możliwości wykluczenia Ubera z popularnego sklepu z aplikacjami, w sytuacji gdy ten sklep zacznie oferować konkurencyjną usługę kojarzenia kierowców z pasażerami. Wykluczenie to może bezpośrednio nastąpić poprzez wycofanie z platformy niektórych dostawców. Częściej jednak wykluczenie to odbywa się poprzez subtelne połączenie stawek prowizji nałożonych na dostawcę i ranking wyników wyszukiwania przedstawianych konsumentom. W obu przypadkach operator platformy wykorzystuje kontrolę nad ekosystemem w celu faworyzowania własnych towarów i usług (Bostoen, 2018, s. 4).

Podwójna rola platform internetowych sprawia także, że potencjalnie istnieje dyskryminacyjny dostęp do kluczowych danych, np. informacji dotyczących popytu na określone towary czy też zachowań konsumentów. Jako operator platformy handlowej, przedsiębiorca ten może śledzić wiele kluczowych danych biznesowych, aby w praktyce wykorzystywać je do lepszej optymalizacji własnej sprzedaży, uzyskując przewagę konkurencyjną nad innymi sprzedawcami na platformie (Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt, 2016, s. 19)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Od połączenia dwóch angielskich słów przyjaciel (*friend*) i wróg (*enemy*).

<sup>16</sup> Jak zauważyła Europejska Komisja ds. Konkurencji, Margrethe Vestager (2018), uzyskiwanie danych przez Amazona od małych sprzedawców, korzystających z platformy, może być całkowicie uzasadnione, ponieważ pozwala to ulepszyć usługi oferowane sprzedawcom. Ponieważ użytkownicy tej platformy są również konkurentami Amazona, potencjalna praktyka może tworzyć nierówne szanse w postaci uprzywilejowanego dostępu do danych. Odnosi się to do sytuacji, gdy Amazon skorzystałby z informacji pochodzących z platformy do maksymalizacji własnych zysków (Colomo, 2018). Jak wskazały z kolei badania Eurobarometru (2016, s. 4), co najmniej sześć na dziesięć firm korzystających z rynków internetowych zgadza się, że informacje o zachowaniu i preferencjach ich klientów, które otrzymują za pośrednictwem platform internetowych, są przydatne do rozwoju lub ulepszenia ich produktów lub usług (64%).

### III. Unijne ramy dotyczące zakazu nadużywania pozycji dominującej

#### 1. Dyskryminacja oraz niekorzystne warunki konkurencji

Zgodnie z art. 102 TFUE, niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między państwami członkowskimi. Wśród przykładowych praktyk, wymienionych w akapicie drugim tego przepisu, wskazano na stosowanie wobec partnerów handlowych (*other trading parties*) nierównych warunków do świadczeń równoważnych (*dissimilar conditions to equivalent transactions*) i stwarzanie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji (lit. c). Wymagane jest zatem spełnienie trzech przesłanek: (i) konieczne jest zidentyfikowanie podobnych transakcji (świadczeń równoważnych), jakich przedsiębiorca, któremu zarzucana jest praktyka dyskryminacji, dokonuje z innymi podmiotami; (ii) niezbędne jest ustalenie, że przedsiębiorca dominujący stosuje wobec różnych podmiotów różne warunki kontraktowe; (iii) należy zbadać czy stwierdzone zróżnicowanie kontrahentów wpływa na pozycję konkurencyjną tych podmiotów na rynku właściwym (Jurkowska i Skoczny, 2008, s. 14). Jeżeli zatem różne sytuacje są traktowane inaczej lub też zróżnicowane traktowanie opiera się na obiektywnym uzasadnieniu<sup>17</sup>, nie mamy do czynienia z dyskryminacją.

Przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą na mocy art. 102 TFUE nie mają ogólnego, bezwzględnego obowiązku, aby nie dyskryminować swoich konkurentów. Litera c), tego przepisu wskazuje, że stosowanie w podobnych sytuacjach niejednorodnych warunków, musi stwarzać niekorzystne warunki konkurencji. Badanie oparte na skutkach ekonomicznych (*more economic approach*) wymaga weryfikacji czy zróżnicowane traktowanie jest na tyle znaczące, aby wywierać wpływ na konkurencję. W celu spełnienia przesłanek zastosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE należy zatem ustalić, że zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku nie tylko jest dyskryminujące, lecz także ma na celu zakłócenie stosunku konkurencji, tzn. naruszenie pozycji konkurencyjnej pewnej części partnerów handlowych tego przedsiębiorstwa względem pozostałych<sup>18</sup>.

Ze względu na różnorodność skutków praktyka polegająca na dyskryminacji musi być oceniana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy (analiza *case-by-case*<sup>19</sup>). Chociaż art. 102 TFUE, w przeciwieństwie do art. 101 TFUE<sup>20</sup>, nie odwołuje się *explicite* do „skutku” praktyki, to jednak zgodnie z sformułowaną doktryną nadużycia pozycji dominującej w sprawie *Hoffman-La Roche*<sup>21</sup>: „koncept nadużycia ma charakter obiektywny, odnosząc się do zachowania przedsiębiorstwa dominującego, **które może wpływać na strukturę rynku (...)** i **które skutkuje utrudnieniem utrzymania istniejącej jeszcze na tym rynku konkurencji lub jej rozwoju** [podkreślenia własne]”.

<sup>17</sup> Nie będzie zakazaną dyskryminacją zróżnicowane traktowanie podmiotów oparte na kryteriach obiektywnych, takich jak np. ocena jakości pracy kontrahenta.

<sup>18</sup> Wyr. TS z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P, *British Airways przeciwko KE*, EU:C:2007:166, pkt 144 i przytoczone tam orzecznictwo.

<sup>19</sup> W przypadku tego typu zachowań dominanta, które nie mogą być bezwzględnie uznane jako nadużycie pozycji dominującej, należy wciąć pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy związane z danym zachowaniem; zob. np. wyr. Sądu z 30.09. 2003 r. w sprawie T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin przeciwko Komisji* (Michelin II), EU:T:2003:250, pkt 60, 62.

<sup>20</sup> Art. 101 TFUE odnosi się do porozumień: „których celem lub skutkiem [podkreślenie własne] jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”.

<sup>21</sup> Wyr. TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko KE*, EU:C:1979:36, pkt 91.

Dyskryminacja nie jest bezwzględnie zakazana, ponieważ ta sama praktyka może mieć różne skutki w zależności od okoliczności faktycznych oraz ekonomicznych. Podobnie, jak wskazują R. O'Donoghue i J. Padilla (2013, s. 250, 780–788), zachowanie polegające na transferowaniu siły rynkowej zawierają w sobie różnorodny zakres praktyk mogące wywierać zarówno pro-, jak i antykonkurencyjne skutki. Bezwzględny nakaz równości wywierałby z kolei antykonkurencyjne skutki na rynku.

Analiza aktualnych i potencjalnych skutków, jakie praktyka może wyrzucić na konkurencję wymaga porównania warunków konkurencji, jakie powstały w rezultacie tej praktyki z tymi, jakie istniały przy jego braku<sup>22</sup>. Dotyczy to nie tylko zmuszenia konkurentów do całkowitego opuszczenia rynku, lecz także doprowadzenia do ich niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej, a tym samym – zmniejszenia ich ekspansji na rynku (osłabienie konkurencji). Niekorzystna sytuacja konkurencyjna objawia się podniesieniem kosztów rywali lub zmniejszeniem popytu na ich produkty. Może się to odnosić również do konkurentów potencjalnych – wówczas wykluczenie będzie się objawiało tworzeniem barier wejścia na dany rynek.

Stwierdzenie niekorzystnych warunków konkurencji nie wymaga udowodnienia, że doszło do rzeczywistego i wymiernego pogorszenia sytuacji konkurencyjnej, ale powinno opierać się na analizie wszystkich istotnych okoliczności danego przypadku, które pozwalają uznać, że wskazane zachowanie wywiera wpływ na koszty, zyski lub inne istotne interesy jednego z owych partnerów lub większej ich liczby, wobec czego opisane zachowanie może wywierać wpływ na tę sytuację<sup>23</sup>. Skutek wykluczający musi szkodzić dobrobytowi konsumentów, jednakże art. 102 TFUE dotyczy praktyk, które mogą spowodować bezpośrednią szkodę dla konsumentów, lecz również tych praktyk, które wyrządzają im szkodę, naruszając strukturę skutecznej konkurencji<sup>24</sup>.

W orzecznictwie unijnym wskazuje się jednocześnie, że dyskryminacja może być sprzeczna z celem niezakłóconej konkurencji. Jak wyjaśnił Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *MOTOE*: „System niezakłóconej konkurencji taki, jaki został przewidziany w traktacie, może zostać zagwarantowany jedynie w sytuacji, w której zapewniono równość szans różnego rodzaju podmiotów gospodarczych”<sup>25</sup>. Podobnie w sprawie *Deutsche Telekom* Trybunał zauważył, że: „na rozpatrywanym rynku nie panowała równość szans, i że tym samym nie była na nim zapewniona niezakłócona konkurencja”<sup>26</sup>.

Natomiast w sprawie *British Airways* Trybunał podkreślił, że: „Szczególny zakaz dyskryminacji, o którym mowa w art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, ma na celu zapewnienie niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym. Zachowanie handlowe przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą nie może zakłócać konkurencji na rynku wyższego lub niższego szczebla, tzn. konkurencji między dostawcami lub klientami tego przedsiębiorstwa. Nie należy stawiać w lepszej ani w gorszej sytuacji kontrahentów wspomnianego przedsiębiorstwa, którzy konkurują między sobą”<sup>27</sup>.

Jak tłumaczy R. Nazzini (2011, s. 120), niedyskryminacja, równość szans i pluralizm opisują skuteczny proces konkurencyjny, w którym wszystkie firmy i konsumenci mają możliwość

<sup>22</sup> Wyr. Sądu z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko KE*, EU:T:2006:265, pkt 162.

<sup>23</sup> Wyr. TS z 19.04.2018 r. w sprawie C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA*, EU:C:2018:270, pkt 37.

<sup>24</sup> Wyr. TS z 21.02.1973 r. w sprawie 6/72, *Europemballage i Continental Can przeciwko KE*, EU:C:1973:22, pkt 26.

<sup>25</sup> Wyr. TS z 1.07.2008 r. w sprawie C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) przeciwko Elliniko Dimosio*, EU:C:2008:376, pkt 51.

<sup>26</sup> Wyr. Trybunału z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:C:2010:603, pkt 240.

<sup>27</sup> Wyr. TS z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P, *British Airways przeciwko KE*, EU:C:2007:166, pkt 143.

uczestniczenia bez przeszkód, tj. bez ograniczenia konkurencji, szkodzącej dobrobytowi społecznemu. Wolność konkurencji, jako jeden z celów unijnego prawa konkurencji, może być definiowana jako swoboda uczestniczenia na rynku bez wpływów i nacisków ze strony przedsiębiorców o znacznej sile rynkowej, a przez co obowiązek niedyskryminacji jest zgodny z tym celem.

## 2. Faworyzowanie własnych usług

Preferencyjne traktowanie własnych produktów lub usług, jako forma dyskryminacji pozytywnej, w wyniku wykorzystania siły rynkowej może stanowić nadużycie, jeżeli powoduje to wzmocnienie pozycji platformy na rynku powiązanych i nie jest to w żaden inny sposób obiektywnie uzasadnione. Strategia taka polega na transferowaniu (*lverage*) siły rynkowej z jednego rynku, aby przejąć udziały rynkowe na sąsiadującym rynku, np. rynku niższego szczebla w stosunku do rynku, na którym platforma posiada pozycję dominującą. Art. 102 TFUE zakazuje bowiem praktyk dominanta polegających na rozszerzaniu swojej pozycji na sąsiedni, ale odrębny rynek poprzez zakłócanie konkurencji<sup>28</sup>.

Dyskryminację w kontekście platform zintegrowanych pionowo można rozumieć jako każdą strategię (wdrożoną przez zintegrowaną pionowo platformę), powodującą podniesienie kosztów rywali konkurujących z nią na sąsiednim rynku (Colomo, 2014, s. 145). Wynika to z tego, że niektórzy kontrahenci są w sposób nieuzasadniony faworyzowani kosztem pozostałych. Tego typu zachowania na rynkach cyfrowych mogą mieć charakter pozacenowy, np. w postaci lepszego prezentowania własnych produktów lub usług względem produktów lub usług oferowanych przez innych sprzedawców. Na rynkach cyfrowych decydujące znaczenie ma bowiem rywalizacja o uwagę użytkowników korzystających z platformy oraz utrzymywanie wysokiego poziomu ich ruchu, co niewątpliwie może stanowić istotny parametr konkurencji (Evans, 2013, s. 313).

W przypadku, gdy dominująca platforma jest zintegrowana pionowo, stosowanie przez nią dyskryminujących warunków na rynku wyższego szczebla (np. na rynku świadczenia usług pośrednictwa w sprzedaży, rynku „hurtowym”) może stanowić dyskryminację pierwszej linii. Może ona prowadzić do osłabienia konkurentów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku niższego szczebla (np. rynku sprzedaży określonych produktów, rynku „detalicznym”)<sup>29</sup>.

Dyskryminacja polegająca na faworyzowaniu jednych podmiotów względem innych może być oparta na bezpośrednim manipulowaniu algorytmem wyszukiwania, tak aby wyświetlać (plasować<sup>30</sup>) własne oferty w wynikach wyszukiwania nad ofertami konkurentów (tzw. stronniczość wyników) lub też polegać na bardziej subtelnej praktyce w postaci wykorzystania wewnętrznych zasobów platformy.

Przykładowo, czynniki brane pod uwagę przez algorytm wyszukiwania, o ile formalnie mogą być tak samo stosowane wobec wszystkich dostawców, to jednak pośrednio mogą być łatwiejsze do spełnienia w przypadku własnych, zintegrowanych usług. Stałoby się tak ze względu na fakt asymetrycznego traktowania użytkowników na platformie. Z jednej strony, istniałby operator danej

<sup>28</sup> Wyr. TS z 3.10.1985 r. w sprawie 311/84, Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB), EU:C:1985:394, pkt 27.

<sup>29</sup> Podział pomiędzy naruszeniem pierwszej a naruszeniem drugiej linii został dokonany ze względu na kryterium podmiotu, wobec którego dana praktyka dyskryminacyjna ma zastosowanie, a ściślej – bazuje na ustaleniu relacji rynkowej między podmiotem dyskryminującym a dyskryminowanym (Brzezińska-Rawa, 2011, s. 84–85).

<sup>30</sup> Odnosi się to do przyznawania określonej pozycji względem innych towarów lub usług w wynikach wyszukiwania. Ma to istotny wpływ na wybory dokonywane przez konsumentów, a co za tym idzie na sukces komercyjny użytkowników biznesowych oferujących konsumentom te towary i usługi.



platformy, zarządzający daną platformą, tworzący dany algorytm wyszukiwania, z drugiej zaś – istnieliby pozostali dostawcy, niemający wpływu na kształt algorytmu, a nawet mogący nie mieć wiedzy na temat jego faktycznego działania. W takiej sytuacji operatorowi platformy internetowej łatwiej byłoby dopasować się do kryteriów algorytmu i lepiej mógłby on plasować własne usługi.

Dalszy potencjalny problem antymonopolowy może wynikać z faktu, że operator platformy może monitorować transakcje innych sprzedawców internetowych na swojej własnej platformie. Umożliwia to takim operatorom identyfikację konkurencyjnych produktów, dla których popyt jest szczególnie silny, aby następnie włączyć je do własnej sprzedaży. W sytuacji, gdy operatorzy platform są w stanie uzyskać lepsze warunki dostaw od producentów tych produktów (w porównaniu ze sprzedawcami dotychczas oferującymi te produkty na platformie), umożliwiałoby to im „przejęcie” popytu na platformie, wyparcie innych sprzedawców internetowych i odpowiednie poprawienie własnej pozycji na rynku (Monopolkommission, 2015, s. 91).

Praktyka dyskryminacyjna w zakresie dostępu do informacji może polegać na tym, że „przedsiębiorca dominujący w ogóle nie dostarcza informacji niezbędnych innym podmiotom do zaistnienia czy funkcjonowania na rynku” albo na tym, że „przedsiębiorca dominujący przekazuje wybranemu (wybranym) przedsiębiorcy (przedsiębiorcom) informacje, zwłaszcza o charakterze poufnym, dzięki którym przedsiębiorca ten może wzmocnić swoją pozycję na rynku” (Jurkowska i Skoczny 2008, s. 26–27). Aby przekazywane informacje mogły być instrumentem dyskryminacji, nie mogą one być powszechnie dostępne (nie mogą być bezpłatnie albo za niewielką opłatą udostępniane przez dominującą platformę) oraz muszą mieć charakter informacji o szczególnym znaczeniu biznesowym (tj. ich posiadanie stanowi istotną przewagę konkurencyjną na platformie i decyduje o możliwości dotarcia do konsumentów).

### 3. Antykonkurencyjny skutek praktyki

W sprawie *Post Danmark II*, Trybunał wskazał, że „antykonkurencyjny skutek danej praktyki nie może mieć czysto hipotetycznego charakteru”<sup>31</sup>. Musi zatem istnieć związek przyczynowy między nadużyciem a efektem antykonkurencyjnym. Stanowi to jeden z podstawowych aspektów dotyczący oceny faworyzowania własnych produktów lub usług w świetle reguł konkurencji. Na szybko rozwijających się rynkach wykluczenie konkurentów niekoniecznie jest konsekwencją niewłaściwej praktyki. Rywale mogą nie być w stanie dostosować się do zmian popytu konsumentów, a ich model biznesowy może być reliktem minionej epoki (Colomo, 2016a)<sup>32</sup>.

Orzecznictwo unijne nie opiera się jednak na jasno określonym (precyzyjnie zdefiniowanym) standardzie dowodowym odnoszącym się do wykazywania antykonkurencyjnych skutków praktyk wykluczających. Najniższy standard, dotyczący praktyk zakazanych *per se*, określany był jako „natura” lub „zdolność” zachowania<sup>33</sup>. W decyzji w sprawie *Google Search*, KE wskazała, że praktyka polegająca na dyskryminacji własnych usług jest zdolna do wywoływania

<sup>31</sup> Wyr. TS z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark A/S przeciwko Konkurrenserådet*, EU:C:2015:651, pkt 65.

<sup>32</sup> Ponieważ użytkownicy mają swobodny i bezpłatny dostęp do wielu usług online, wybór dostawcy jest dokonywany na podstawie aspektów innych niż cena – takich jak jakość i innowacyjność. Dla firm działających na tych rynkach – celem zapewnienia przewagi konkurencyjnej w technologii przyszłości – niezbędne są więc znaczne inwestycje w innowacje. Obecni liderzy rynkowi w dynamicznie rozwijających się branżach mogą być zastąpieni przez nowe przedsiębiorstwa, które wprowadziły nowe innowacyjne produkty i usługi.

<sup>33</sup> Jak wskazała rzeczniczka generalna, J. Kokott, różnice te opierają się na czysto semantycznej, subtelnej różnicy pomiędzy „naturą” a „zdolnością”, względnie – w odpowiedniej angielskiej wersji językowej zaskarżonego wyroku – pomiędzy wyrażeniami *capable of having a likely to have*. Opinia z 23.02.2006 r. w sprawie C-95/04 P, *British Airways przeciwko KE*, EU:C:2006:133, pkt 76.

antykonkurencyjnych skutków lub też jest to prawdopodobne (*is capable of having, or is likely to have, anti-competitive effects*).

Zdolność (*cabability*) wywoływania antykonkurencyjnych skutków cechuje się niższym standardem dowodowym i dotyczy praktyk zakazanych ze względu na „cel”. Nawet jeśli prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków nie jest bardzo wysokie, praktyka będzie nadal zabroniona. Natomiast prawdopodobieństwo (*likelihood*) cechuje się wyższym standardem dowodowym i dotyczy praktyk, które nie są bezwzględnie zakazane (a więc należy je ocenić w świetle całokształtu okoliczności). W opinii Pablo Ibáñez Colomo (2016b) poziom prawdopodobieństwa jest spełniony, gdy można wykazać, że jest bardziej prawdopodobne, iż dane zachowanie dominanta będzie miało antykonkurencyjne skutki. Innymi słowy, konieczne byłoby wykazanie, że prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnego efektu przekracza 50%.

Możliwe jest zatem, że samo tylko prominentne umieszczenie (w górnych wynikach wyszukiwania) lub zwykle faworyzowanie, bez jednoczesnej degradacji pozycji wyświetlanych usług konkurentów, nie byłoby samo w sobie nadużyciem, jak miało to miejsce w angielskiej sprawie *Streetmap przeciwko Google*<sup>34</sup>. Należy jednak podkreślić, że z samej istoty tego typu faworyzowanie polega na przyznawaniu wyższej pozycji własnym usługom względem konkurencyjnych towarów lub usług. Jednocześnie powoduje ono przesunięcie (obniżenie) pozycji wyświetlanych konkurencyjnych usług przedstawianych na pionowej liście wyników wyszukiwania. Należy zatem ocenić skutek takiego zachowania na rynku. Faworyzowanie może bowiem być na tyle nieistotne, iż może nie mieć wpływu na warunki konkurencji. W tym znaczeniu dominująca platforma, bez angażowania się antykonkurencyjną praktykę, ma możliwość reklamowania własnych produktów lub usług.

Zgodnie z orzecznictwem sądów unijnych, przy ustalaniu czy doszło do nadużycia pozycji dominującej, nie ma jednak sensu określanie progu odczuwalności (*de minimis*)<sup>35</sup>. Klienci i użytkownicy powinni mieć możliwość skorzystania z każdego możliwego poziomu konkurencji na rynku, a konkurenci powinni mieć możliwość konkurowania na całym rynku, a nie tylko jego części<sup>36</sup>. Nawet więc zachowanie, które wywołuje relatywnie niewielkie antykonkurencyjne skutki może być uznane za nadużycie. Można jednak argumentować, że brak konieczności uwzględniania progu *de minimis* dotyczy tylko przypadków praktyk wykluczających, których skutki ujawniają się na tym samym rynku, na którym przedsiębiorca posiada pozycję dominującą. Trybunał, orzekając brak konieczności uwzględniania odczuwalności, odniósł się do sytuacji, gdzie: „konkurencja jest już osłabiona, i skutkujących stworzeniem przeszkody w utrzymaniu istniejącego jeszcze na tym rynku poziomu konkurencji lub w jej rozwoju”<sup>37</sup>.

Jak wskazał Sąd w sprawie *Clearstream Banking AG*: „(...) nic nie sprzeciwia się temu, aby można było uznać dyskryminację partnerów handlowych znajdujących się względem siebie w stosunku konkurencji za nadużycie, jeśli w świetle wszystkich okoliczności przypadku zachowanie

<sup>34</sup> Wyr. High Court of England and Wales z 12.02.2016 r. w sprawie *Streetmap EU Ltd przeciwko Google Inc* [2016] EWHC 253 (Ch). Sprawa ta dotyczyła, analogicznie do sprawy *Google Shopping*, prominentnego wyświetlania usługi *Google Maps* w wynikach wyszukiwania, np. po wpisaniu hasła „kawiarnie Warszawa”, na samej górze wyników wyszukiwania wyświetla się mapa Google z zaznaczonymi kawiarniami w okolicy. Skarżący – *Streetmap EU Ltd* podnosił, że tego typu praktyka spowodowała jego antykonkurencyjne wykluczenie z rynku map internetowych. Niemniej jednak High Court of England and Wales uznał, że tego typu zachowanie Google stanowi przejaw konkurencji merytorycznej.

<sup>35</sup> Wyr. TS z 6.10.2015 r., *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 73.

<sup>36</sup> Wyr. TS z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P, *Tomra Systems and Others v Commission*, EU:C:2012:221, pkt 42; wyr. Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel v Commission*, EU:T:2014:547, pkt 117 i 132.

<sup>37</sup> Wyr. Trybunału z dnia 6 października 2015 r., *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 26.

przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą zmierza do zakłócenia konkurencji między tymi partnerami handlowymi. W takiej sytuacji **nie można wymagać, aby przedstawiono dodatkowo dowód na okoliczność rzeczywistego pogorszenia pozycji konkurencyjnej każdego partnera handlowego z osobna, które można określić pod względem ilościowym** [podkreślenie własnej]<sup>38</sup>. Przedsiębiorstwa mogą się kierować różnymi motywami faworyzowania własnych zintegrowanych produktów lub usług, by osiągnąć cele związane ze zwiększeniem efektywności gospodarczej. Działanie to może również być wymierzone przeciwko konkurentom dominanta, który chce ich osłabić lub wyeliminować. O ile wykazanie celowego charakteru zachowania nie jest konieczne do zidentyfikowania nadużycia pozycji dominującej<sup>39</sup>, jednak zamiar stanowi również istotny element, który w odpowiednich przypadkach może zostać uwzględniony przez organ antymonopolowy. Zamiar taki zawsze można wziąć pod uwagę w celu potwierdzenia wniosku, że dane przedsiębiorstwo dopuściło się nadużycia pozycji dominującej, aczkolwiek tego typu wniosek powinien w pierwszej kolejności opierać się na obiektywnym stwierdzeniu rzeczywistego zaistnienia zachowania noszącego znamiona nadużycia<sup>40</sup>.

## IV. Koncepcja nadużycia na przykładzie sprawy *Google Search*

### 1. Klasyfikacja prawna

Komisja, wydając decyzję w sprawie *Google Search*<sup>41</sup>, stwierdziła, że Google nadużyło swojej pozycji dominującej jako wyszukiwarka internetowa poprzez bezprawne faworyzowanie innego produktu Google, czyli własnej porównywarki cenowej. Zgodnie z tą decyzją, Google systematycznie umieszczało na czołowym miejscu własną porównywarkę cenową (która nie podlegała ogólnym regułom algorytmu wyszukiwania), jednocześnie znacznie obniżając pozycję wyświetlania konkurencyjnych usług porównywania w wynikach wyszukiwania. Innymi słowy, Google wykorzystало kontrolę nad platformą (wyszukiwarką) w celu faworyzowania własnej usługi. Usługi porównywarki cenowej Google były o wiele bardziej widoczne dla konsumentów w wynikach wyszukiwania, podczas gdy porównywarki cenowe konkurentów były o wiele mniej widoczne.

Sukces sprzedażowy *Google Shopping* został osiągnięty dzięki zmianie strategii biznesowej. Wynikał on z uzyskania znacznego źródła ruchu dla własnej porównywarki, kosztem konkurencyjnych usług. Google zmieniło swój pierwotny model biznesowy, opierający się na wyświetlaniu ofert własnego sklepu w ramach niebieskich linków, na promowanie *Google Shopping* w specjalnie przeznaczonych przestrzeni zakupowej (pobierając opłaty od kliknięć)<sup>42</sup>. Natomiast, w związku z jednoczesnym obniżaniem pozycji wyświetlanych usług konkurencyjnych porównywarek w wynikach naturalnych Google, liczba odwiedzin na tych porównywarce cenowych gwałtownie spadła<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Wyr. z dnia 9 września 2009 r. w sprawie T-301/04 *Clearstream Banking AG i Clearstream International SA przeciwko Komisji*, EU:T:2009:317, pkt 193.

<sup>39</sup> Inaczej niż w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, art. 102 TFUE nie odnosi się do znaczenia przyczyny (celu) działania przedsiębiorstwa przy kwalifikacji prawnej nadużycia pozycji dominującej. Nie oznacza to jednak, że określenie celów jest pozbawione mocy prawnej. Są one istotne przy uwzględnieniu skutków, które mogą wywoływać lub do których wywołania mają tendencję (Szydło, 2017, s. 90).

<sup>40</sup> Wyr. Sądu z 1.07.2010 r. w sprawie T-321/05, *AstraZeneca AB i AstraZeneca plc przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:T:2010:266, pkt 15.

<sup>41</sup> Dec. KE z 27.06.2017 r. w sprawie *Google Search (Shopping)*. Case AT.39740.

<sup>42</sup> Jak wskazała KE (2017), dzięki tej zmianie liczba odwiedzin na porównywarce cenowej Google znacznie wzrosła (np. 45-krotnie w Wielkiej Brytanii, 35-krotnie w Niemczech).

<sup>43</sup> Komisja ustaliła na przykład konkretne dowody nagłych spadków liczby odwiedzin na niektórych stronach internetowych konkurencji: o 85% w Zjednoczonym Królestwie, do 92% w Niemczech i 80% we Francji.

Metoda ta odbiegała od konkurencji merytorycznej, ponieważ nie była ona wynikiem konkurencji opierającej się np. na jakości usług.

KE, analizując zachowanie użytkowników przeglądarki<sup>44</sup>, wskazała związek przyczynowo-skutkowy między zachowaniem polegającym na faworyzowaniu *Google Shopping* (tj. własnej porównywarki cenowej Google) oraz znacznym obniżeniem pozycji wyświetlania konkurencyjnych usług w wynikach wyszukiwania naturalnego<sup>45</sup>, a spadkiem ruchu innych porównywarek cenowych. W swojej decyzji KE w dużym stopniu opierała się także na dowodach faktycznego wykluczenia, tj. nagłego spadku ruchu kierowanego do konkurencyjnych porównywarek na skutek zaniżania ich pozycji w wynikach wyszukiwania, szczególnie w Wielkiej Brytanii, Niemczech i Francji. Tego typu zachowanie mogło zatem doprowadzić do efektu wykluczenia konkurencyjnych usług, a przez co mogło prowadzić do wyższych opłat dla sprzedawców (korzystających z usług porównywarek cenowych) oraz zmniejszenia innowacyjności.

Decyzja w sprawie *Google Search* była żywo dyskutowana w literaturze w kontekście potrzeby znalezienia dopasowanej koncepcji nadużycia. Podnoszono, że w decyzji tej niewłaściwie zastosowano ramy prawne art. 102 TFUE. Przykładowo, B. Vesterdorf (2015, s. 4–9) argumentował, że tego typu faworyzowanie powinno być oceniane w kontekście odmowy kontraktowania (jako forma ograniczania rynku wskazana w art. 102 TFUE akapit drugi lit. b). W przypadku braku dysponowania „urządzeniem kluczowym” dominująca platforma nie ma prawnego obowiązku traktowania swoich rywali, znajdujących się względem niej na rynku niższego szczebla (lub rynku powiązanym), tak samo jak własny, konkurencyjny względem nich, biznes<sup>46</sup>. Nie istnieje bowiem obowiązek „datowania” konkurentów. Podczas gdy ogólne wyszukiwarki są najbardziej odpowiednim źródłem ruchu dla usług porównywania cen, nie są one jedynym źródłem. Użytkownicy mogą również wywoływać usługi porównywania zakupów bezpośrednio lub docierać do nich za pośrednictwem sieci społecznościowych, banerów reklamowych lub innych wyspecjalizowanych platform. W związku z tym wyszukiwarki Google nie można uznać za „niezbędną”<sup>47</sup>.

Wbrew tym twierdzeniom, przyjęta klasyfikacja praktyki przez KE (koncepcja nadużycia) nie była równoznaczna z obowiązkiem kontraktowania. Nie opierała się ona bowiem na doktrynie urządzenia kluczowego (*essential facilities*), zgodnie z rygorystyczną formułą wskazaną m.in. w sprawie *Bronner*<sup>48</sup> ani też nie wymagała od Google dzielenia się korzyściami wynikającymi z wprowadzonej przestrzeni usług zakupowych z konkurencją<sup>49</sup>. Gdy przedsiębiorca dominujący dobrowolnie zdecyduje się na dostawę, musi to uczynić na warunkach, na których konkurenci

<sup>44</sup> Jak wskazała Komisja, pierwszych dziesięć wyników ogólnego wyszukiwania na pierwszej stronie ekranu komputera otrzymuje zwykle około 95% wszystkich kliknięć w przypadku ogólnych wyników wyszukiwania (a pierwszy wynik otrzymuje około 35% wszystkich kliknięć).

<sup>45</sup> Dowody wskazały na to, że nawet najwyższe zaszeregowane usługi konkurentów znajdują się średnio dopiero na czwartej stronie wyników wyszukiwania Google, a pozostałe jeszcze dalej.

<sup>46</sup> W tym zakresie należałoby bowiem wykazać, że odmowa zawarcia transakcji prawdopodobnie wyeliminowałaby wszelką skuteczną konkurencję na rynku niższego szczebla (lub rynku powiązanym) oraz że spowodowałoby to rzeczywistą szkodę dla konsumentów, w postaci zahamowania nowego innowacyjnego produktu. Takie sytuacje jak faworyzowanie własnych usług mogą być bowiem traktowane jako konstruktywna odmowa zawarcia transakcji. Kluczową kwestią w tym względzie jest czy formuła urządzenia kluczowego musi zostać spełniona, aby forma dyskryminacji w odniesieniu do warunków dostawy była nadużyciem.

<sup>47</sup> Odmowa musi dotyczyć produktu lub usługi niezbędnej do prowadzenia działalności na rynku pochodnym, nie może również istnieć alternatywa dla nowego produktu lub usługi.

<sup>48</sup> Wyr. TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner* EU:C:1998:569. W wyroku tym wskazano, iż dostęp będący przedmiotem odmowy musi być obiektywnie konieczny do tego, aby podmioty gospodarcze mogły skutecznie konkurować na rynku.

<sup>49</sup> Czy innymi słowy „datowania konkurentów” w związku z wprowadzeniem nowego, innowacyjnego produktu, który potencjalnie mógł być nakierowany na sprostanie preferencji konsumentów. Dopiero bowiem Google stworzyło stałą przestrzeń dla konkurencyjnych usług w swoich propozycjach zobowiązaniowych.



mogą skutecznie konkurować, nawet jeśli nie można ustalić obowiązku prowadzenia transakcji zgodnie z doktryną urzędzeń kluczowych<sup>50</sup>.

Jako kontrargument można byłoby wskazać, że w takiej sytuacji przedsiębiorca dominujący wyszedłby na tym lepiej, gdyby w ogóle odmówił dostępu do swojej infrastruktury niebędącej „urządzeniem kluczowym”. Gdy to bowiem uczyni nie może zasłaniać się tym, iż jego przedmiot odmowy nie jest obiektywnie konieczny do tego, aby podmioty gospodarcze mogły skutecznie konkurować na rynku. Podlega wówczas bardziej rygorystycznym przesłankom dyskryminacji niewymagającej „niezbędności” dostępu (Colomo, 2014, s. 160).

Tego typu argument nie oddaje jednak natury konkurencji panującej na rynkach dwustronnych. Model gospodarczy platform internetowych stanowi wartość dodaną w porównaniu z rynkami jednostronnymi, gdyż opiera się nie tylko na konsumentach (jako pierwszej stronie platformy), lecz także na dostawcach (jako drugiej jej stronie). Istnieje w związku z tym potrzeba osiągnięcia przez platformę odpowiedniej masy krytycznej. Konkurencyjne usługi porównywania zakupów zawsze miały dostęp do strony wyników wyszukiwarki Google, ponieważ były one poszukiwane przez użytkowników przeglądarki. Google nie odmawiał ich indeksowania czy wyświetlania. Żadna z konkurencyjnych porównywarek cenowych nie mogła żądać jakiegokolwiek typu dostępu do stron wyników wyszukiwania Google ani tym bardziej jego ustalonego miejsca. W gospodarce cyfrowej panuje jednak reguła „zwycięzca bierze wszystko”. Z tego względu porównywarki cenowe nie miałyby możliwości zrekompensowania straty ruchu z wyszukiwarki Google, tworząc własną tego typu platformę.

Platforma odgrywa rolę stymulatora działalności gospodarczej, a jej sukces sprzedażowy, ze względu na dwustronną naturę, możliwy jest do osiągnięcia wyłącznie dzięki pozyskaniu odpowiednich partnerów handlowych (np. dostawców istotnych z punktu widzenia konsumentów). Przyznanie własnym (konkurencyjnym) usługom przewagi konkurencyjnej ze względu na zajmowaną pozycję dominującą może stanowić „nieuczciwe” zaburzenie konkurencji oraz wolności konkurowania<sup>51</sup>. Wolność gospodarcza sprzedawców na platformie wiąże się z kolei z wolnością klientów dominanta – chociażby w postaci większego wyboru produktów. W tym przypadku można zatem argumentować, iż wolność gospodarcza może zostać zagwarantowana dopiero za sprawą ingerencji antymonopolowej<sup>52</sup>.

W doktrynie podniesiono również niespełnienie w tym przypadku przesłanek dyskryminacji, jako praktyki nazwanej uregulowanej w lit. c) art. 102 TFUE (Akman 2017, s. 327–332). Praktyka ta wymaga bowiem, aby miała one miejsce pomiędzy „innymi stronami handlowymi”. Stwierdzenie

<sup>50</sup> TS w wyr. z 17.02.2011 r. w sprawie *TeliaSonera*, EU:C:2011:83, nie przychylił się do stanowiska, zgodnie z którym, w celu ochrony inicjatywy gospodarczej przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą powinny zachować swobodę ustalania swoich warunków handlowych, z wyjątkiem przypadków, kiedy warunki te są tak dalece niekorzystne dla ich konkurentów, że w oparciu o stosowne kryteria wskazane w wyroku z dnia 26 listopada 1994 r. w sprawie C-7/97 *Bronner*, EU:C:1998:569, mogą zostać uznane za równoznaczne z odmową świadczenia, jeżeli dane zachowanie wypełnia znamiona innej praktyki. Takie zachowania mogłyby bowiem same w sobie stanowić niezależną formę nadużycia, odmienną od odmowy świadczenia. (pkt 54, 56).

<sup>51</sup> Przyjęte stanowisko koresponduje z celem prawa konkurencji UE opartym na wolności i uczciwości konkurowania. Ordoliberalizm głosił potrzebę ochrony procesu konkurencji, który gwarantuje równość i swobody obywatelskie. Możliwość konkurowania traktowano jako prawo podstawowe i wartość samą w sobie, wykraczającą poza efektywność gospodarczą. Prawdziwymi motywami stojącymi za uchwaleniem prawa antymonopolowego były więc nie tyle ekonomiczna efektywność i skuteczna kontrola gospodarcza, ile sprawiedliwość społeczna i wolności obywatelskie, zagrożone przez monopole (Sauter, 2003, s. 47; Böhm, 1961, s. 28).

<sup>52</sup> Przedsiębiorcy stawiani w gorszej sytuacji konkurencyjnej są zmuszani do zaakceptowania zasad polityki prowadzonej przez przedsiębiorcę dopuszczającego się działań dyskryminacyjnych, gdyż tylko współpraca z dominantem jest gwarantem w miarę efektywnego funkcjonowania na rynku (Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 477). W rezultacie dochodzi do naruszenia „jednej z podstawowych zasad prowadzenia działalności gospodarczej, tj. swobody wyboru kontrahenta, stanowiącej fragment szeroko rozumianej swobody działalności gospodarczej” (pkt 213 dec. Prezesa UOKiK Nr DOK-98/2007), czy wręcz do naruszenia „konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej, stanowiącej jeden z filarów społecznej gospodarki rynkowej traktowanej jako podstawa ustroju gospodarczego” (pkt 405 dec. Prezesa UOKiK Nr DOK-98/2007).

to może wywoływać dwa rodzaje wątpliwości: (i) czy tego typu dyskryminacja może dotyczyć relacji pomiędzy samą dominującą platformą (jej usługami) a innymi dostawcami usług; (ii) jak należy rozumieć pojęcie „strony handlowej” w przypadku braku formalnych stosunków umownych. W związku z tymi wątpliwościami należy poczynić bardziej szczegółowe rozważania w dalszej części artykułu.

## 2. Dyskryminacja pomiędzy platformą a jej konkurentami

Słusznie wskazuje się w doktrynie, że nadal istnieje duża doza niepewności, co do takich praktyk, jak dyskryminacja (pomiędzy dominantem<sup>53</sup> a jej konkurentami), ponieważ sądy i organy ochrony konkurencji nie stworzyły jeszcze w tym zakresie spójnych ram analitycznych (Colomo, 2014, s. 142). Wytyczne KE z 2008 r. dotyczące praktyk wykluczających pozostawiają tego typu zachowanie dominanta poza swoim zakresem<sup>54</sup>.

Istnieją jednak przykłady, w których KE i sądy unijne sankcjonowały dyskryminację w kontekście wertykalnej integracji w oderwaniu od koncepcji „odmowy kontraktowania”. Przykładowo, N. Petit (2015, s. 3) wskazał na sprawę *Deutsche Bahn*<sup>55</sup>, w której faworyzowanie polegało na przyznaniu niższych opłat za dostęp do infrastruktury dla własnego przedsiębiorcy transportowego<sup>56</sup>. Taki rodzaj dyskryminacji ilustruje także decyzja KE w sprawie włoskiego monopolu wyrobów tytoniowych<sup>57</sup> (wł. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*; dalej: AAMS). Podmiot ten miał wyłączność na dystrybuowanie wyrobów tytoniowych pochodzących od wytwórców spoza Włoch, a jednocześnie sam był producentem takich wyrobów. W umowach zamieścił klauzulę, zgodnie z którą producent mógł wprowadzić na rynek nową markę papierosów we Włoszech w ograniczonej ilości. Takie działanie prowadziło do zahamowania nowych marek zagranicznych papierosów, a co najmniej do zmniejszania ich wpływu na rynek, w konsekwencji papierosy zagranicznych podmiotów były dyskryminowane w stosunku do marek będących w posiadaniu AAMS, bez żadnego wyraźnego powodu (Jurkowska i Skoczny 2008, s. 24–25). Natomiast w decyzji Komisji Europejskiej dotyczącej nadużycia pozycji dominującej przez *Deutsche Post*, wśród praktyk dyskryminacyjnych wskazano przypadek, kiedy „Klient dominującej firmy znajduje się w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej względem samej dominującej firmy”<sup>58</sup>. Dyskryminacja pozacenowa stanowiła również przedmiot szczególnego zainteresowania regulatorów, głównie w kontekście komunikacji elektronicznej i w odniesieniu do wertykalnie zintegrowanych „zasiedziały” operatorów telekomunikacyjnych (Jurkowska i Skoczny 2008, s. 5).

Podobnie, R. O’Donoghue i J. Padilla (2013, s. 804) wśród przykładów dyskryminacji wskazali nałożenie przez dominanta wyższych cen względem niezintegrowanych z nim rywali (w porównaniu z jego własnym, zintegrowanym biznesem) lub oferowanie im gorszych warunków usług. W takiej sytuacji przedsiębiorca dominujący może sztucznie podwyższać koszty swoich rywali,

<sup>53</sup> A dokładniej, z jej zintegrowanym biznesem, np. Google Shopping, stanowiący z dominującą platformą jeden organizm gospodarczy.

<sup>54</sup> Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 5.12.2008. Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, KOM(2008) 832 wersja ostateczna, Dz.U. UE C 45 z 24.2.2009, s. 7–20.

<sup>55</sup> Wyr. Sądu z 21.10.1997 r. w sprawie T-229/94, *Deutsche Bahn AG przeciwko KE*, EU:T:1997:155.

<sup>56</sup> Stosując różne taryfy wobec przewoźników kontenerów działających na tak zwanych trasach zachodnich za świadczenia równoważne w zakresie korzystania z infrastruktury kolejowej, Deutsche Bahn AG nieuchronnie doprowadziła tym samym do powstania po stronie swych aktywnych partnerów handlowych niekorzystnych warunków konkurencji w porównaniu z nią samą i jej spółką zależną.

<sup>57</sup> Dec. KE z 17.6.1998 r. w sprawie *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*, IV/36.010-F3.

<sup>58</sup> Dec. Komisji w sprawie *BdKEP/Deutsche Post AG*, COMP/38.745, pkt 93.

a przez to – jeżeli szkoda jest wystarczająco poważna, a rywale są istotni dla klientów – ograniczyć dobrobyt konsumentów.

Z ekonomicznego punktu widzenia integracja wertykalna przyczynia się do ustalenia czy przedsiębiorstwo dominujące ma jakąkolwiek zachętę do dyskryminacji konkurentów niższego szczebla. Nie wyklucza to stosowania dyskryminacyjnych ram dotyczących nadużyć (Valdivia, 2018, s. 61). Z tego względu, jak wskazał np. rzecznik generalny w sprawie MEO: „Przy badaniu dyskryminacji do celów stosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE należy przede wszystkim dokonać rozróżnienia pomiędzy przedsiębiorstwami zintegrowanymi pionowo, które mają z tej racji interes w wyeliminowaniu konkurentów na rynku niższego szczebla, i przedsiębiorstwami, które nie mają takiego interesu”<sup>59</sup>.

Skoro art. 102 lit. c) TFUE zakazuje uprzywilejowania jednego partnera handlowego wobec drugiego, to *a fortiori* nie może tego robić w stosunku do własnej jednostki zależnej. Podobnie zakaz zaniżania marży (*margin squeeze*) nie pozwala przedsiębiorstwu posiadającemu pozycję dominującą, działającemu na rynku wyższego szczebla, nakładać na swoich konkurentów działających na rynku niższego szczebla wyższych opłat, aniżeli na swoją jednostkę zależną, tak że powoduje to ograniczenie konkurencji (tzn. nie pozwala to nawet równie efektywnemu konkurentowi prowadzić w sposób trwały opłacalnego handlu na rynku niższego szczebla).

### 3. Dyskryminacja w przypadku braku stosunków kontraktowych

Przyjęcie dyskryminacyjnych ram nadużycia z art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE wymaga ustalenia, że wcześniej istniały jakiegokolwiek stosunki kontraktowe z partnerami handlowymi. Google jako platforma nietransakcyjna, świadczy m.in. usługi reklamowe, wyszukiwania czy też usługi wyspecjalizowane. W związku z tym P. Akman (2017, s. 329–330) podniosła argument, iż strony internetowe (w tym porównywarki cenowe) nie są stroną kontraktową Google, ponieważ platforma ta dąży do zainteresowania użytkowników oraz reklamodawców. Konkurencyjne porównywarki cenowe pojawiają się w wynikach naturalnych bezpłatnie, bez gwarancji na określone miejsce w tych wynikach. Google nie oferował płatnej możliwości korzystania ze swojej przestrzeni zakupowej. Jako kontrargument można wskazać jednak fakt, że poszczególne strony internetowe muszą przestrzegać tzw. wskazówek dla webmasterów Google, a pojęcie „partnera handlowego” wykracza poza „zwykłe” warunki umowne. Istnieje w tym przypadku swojego rodzaju wymiana – Google zapewnia ruch dla stron internetowych, a strony internetowe zwiększają wartość wyników wyszukiwania Google.

Odpowiednie dostosowania art. 102 TFUE do darmowych usług internetowych oraz cyfrowych modeli biznesowych może wymagać jednak zmodyfikowania istniejących koncepcji praktyk uznawanych za nadużycie pozycji dominującej. Z tego też względu KE mogła *explicite* nie zaklasyfikować praktyki Google jako formy dyskryminacji wskazanej w lit c) ww. przepisu, jednocześnie przyjmując „logikę” tego przepisu.

Charakterystyka prawna praktyk stanowiących nadużycie nie zależy od ich nazwy, lecz od oceny kryteriów materialnych art. 102 TFUE<sup>60</sup>. Oznacza to, że art. 102 TFUE może obejmować

<sup>59</sup> Opinia rzecznika generalnego N. Wahla z 20.12.2017 r. w sprawie C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA przeciwko Autoridade da Concorrência*, EU:C:2017:1020, pkt 76.

<sup>60</sup> Wyr. Sądu w sprawie T-286/09, *Intel przeciwko KE*, EU:T:2014:547, pkt 219.

swoim zakresem praktyki dyskryminacyjne, które formalnie nie można ująć – ze względu na zdefiniowane kryteria – w lit. c) tego przepisu (Valdivia, 2018, s. 61). W tym wypadku nadużycie zarzucone przez Komisję wyszukiwarce Google można ująć w szerszą kategorię praktyk polegających na transferowaniu siły rynkowej.

Zachowanie Google obejmowało pewne elementy nazwanych praktyk nadużycia, w szczególności sprzedaży wiązanej, dyskryminacji i odmowy kontraktowania (dostawy). Nie oznacza to jednak, że nową koncepcję nadużycia należy oceniać z perspektywy jednej z tych kategorii (Höppner, 2017, s. 4). Zgodnie z podejścia opartym na skutkach kluczową kwestią oceny art. 102 TFUE nie jest zakwalifikowanie praktyki jako określonej formy nadużycia, lecz ocena czy dane zachowanie dominanta spełnia ogólne kryteria nadużycia, naruszając skuteczną konkurencję na niekorzyść konsumentów.

## V. Neutralność wyszukiwania

Neutralność wyszukiwania, jako pochodną zasady „neutralności sieci”, można zdefiniować jako obowiązek nakładany na platformy oferujące funkcje wyszukiwania (np. stron internetowych, usług czy produktów) niefaworyzowania jednych podmiotów względem innych z powodów innych niż te związane z zapewnieniem jakości danych wyników wyszukiwania (np. nakierowanych na preferencje konsumentów). Wymusza ona także prawidłowe stosowanie algorytmów, tzn. w sposób przejrzysty (transparentny), obiektywny oraz niedyskryminujący użytkowników na podstawie oceny określonych wartości (kryteriów) istotnych dla wyników wyszukiwania (Valdivia, 2018, s. 63; Lianos i Motchenkova, s. 436).

W doktrynie prawa konkurencji często podnoszono, że nie ma czegoś takiego, jak „naturalność” czy też „bardziej relewantne” wyniki wyszukiwania (Ammori, 2016; Lao 2013, s. 310). Platforma dominująca ma swobodę wyboru kryteriów, za pomocą których określa „istotność” danych wyników z punktu widzenia interesów konsumenta. W szczególności nie można wymagać, aby w imię „neutralności” chronić nieskutecznych konkurentów, nieoferujących wartościowych usług lub produktów z punktu widzenia konsumentów.

Intelektualną stronniczość, związaną z wyborem określonych kryteriów algorytmu z punktu widzenia interesów konsumenta, należy jednak odróżnić od materialnej stronniczości, polegającej na ekonomicznym interesie dominującej platformy, aby faworyzować własne produkty na powiązanych rynkach właściwych (Valdivia, 2018, s. 66). Jej celem może być zakłócenie konkurencji oraz utrzymanie lub rozszerzenie władzy rynkowej lub pozycji dominującej w wyszukiwarce. Dlatego KE słusznie podkreśliła w swojej decyzji, że nie sprzeciwia się projektowi ogólnych algorytmów wyszukiwania Google jako takich, ani sposobowi, w jaki Google wyświetla lub organizuje swoje strony wyników wyszukiwania. To, czego zakazuje praktyka dyskryminacyjna, nie odnosi się do samego faktu faworyzowania własnych usług, lecz raczej do materialnej stronniczości, która powoduje, że rywale znajdują się w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej (odbiegającej od konkurencji merytorycznej). Nie należy się zatem zgodzić z twierdzeniem, zgodnie z którym, zasada neutralności zamroziłaby innowacyjny rozwój wyszukiwarek internetowych (Cranes 2012, s. 1205).

Użytkownicy, którzy ufają w jakość oferowanych usług, często nie są świadomi możliwych antykonkurencyjnych działań danej platformy. Na przykład, algorytm wyszukiwania Google mógłby



dodawać określony współczynnik do wyników wyszukiwania zaprzyjaźnionym przedsiębiorcom oraz odejmować ten współczynnik ich konkurentom. W konsekwencji wpłynęłoby to na pozycjonowanie ofert przedsiębiorców na tej platformie. Ten rodzaj zniekształcenia jest bardzo trudny do wykrycia, ale mimo to mógłby mieć znaczący wpływ na rynek. Im oferta znajduje się wyżej w wynikach wyszukiwania, tym większa liczba kupujących wyświetla daną ofertę, generując jej większy ruch. Z tego względu wpłynęłoby to na sukces sprzedawców, których oferty byłyby wyświetlane w górnych wynikach wyszukiwania. Takie zniekształcenie mogłoby również wpłynąć na dobrobyt konsumentów, którzy uzyskaliby mniej relewantne wyniki wyszukiwania (np. poszukując mechanika lub lekarza w danej okolicy). Zjawisko takie może również być sprzeczne z deklarowanym celem nakierowanym na dobro użytkowników poprzez zapewnienie im jak najbardziej adekwatnych wyników wyszukiwania.

W swojej decyzji KE nie tylko ukarała Google karą w wysokości 2,42 mld euro za naruszenie art. 102 TFUE, lecz także zobowiązała tego przedsiębiorcę do zaprzestania niezgodnych z prawem zachowań. Decyzja nakazała w szczególności Google działać w sposób zgodny z prostą zasadą równego traktowania konkurencyjnych porównywarek cenowych i własnego produktu: „Google ma stosować te same procedury i metody zamieszczania i wyświetlania do konkurencyjnych porównywarek na stronach wyników wyszukiwania Google, jak do własnej porównywarki cenowej” (KE 2017). W związku z tym Komisja nałożyła swego rodzaju środek w postaci „neutralności wyszukiwania”, pozostawiając jego wdrożenie Google<sup>61</sup>. Zasada równego traktowania nałożona na Google przez KE dobrze wpasowuje się zatem w koncepcję „neutralności wyszukiwania”. Pojawia się jednak pytanie o uniwersalność tej decyzji, tj. o możliwość „rozszerzenia” tego przypadku (poprzez rozumowanie *per analogiam*) na inne sytuacje związane z faworyzowaniem własnych usług przez platformy internetowe.

Precedens ten można wykorzystać jako punkt odniesienia do analizy legalności innej dyskryminacji pionowej w środowisku platform internetowych w przypadku, gdy widoczność oferty stanowi istotny parametr konkurencji. KE wskazała w postępowaniu, że miejsce na liście wyników wyszukiwania wpływa bezpośrednio na konkurencję na tym rynku. Widoczność jest bezpośrednio skorelowana zarówno z kliknięciami, jak i z ruchem, a tym samym z rentownością przedsiębiorstwa. Im większa widoczność, tym większy ruch i kliknięcia, a tym samym większy przychód. Komisja stwierdziła, że produkt Google znacznie zwiększył swój ruch od czasu rozpoczęcia praktyki, mimo że produkt początkowo miał słabą wydajność, podczas gdy ruch na rzecz konkurentów, biorąc pod uwagę ich degradację, dramatycznie spadł.

Można zatem wskazać, że wyraźne plasowanie własnych produktów lub usług może nie stanowić przejawu konkurencji merytorycznej. Stałoby się tak jednak, gdyby taka prezentacja była w rzeczywistości ważnym sposobem przyciągania klientów, a zatem określony sposób wyświetlania (pokazywania) produktów stanowiłby formę dostępu do klientów<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Google, aby dostosować się do tej decyzji, utworzył autonomiczną jednostkę do Google Shopping. Tam, gdzie wcześniej najlepsze miejsca w wyszukiwarce Google były wcześniej zarezerwowane wyłącznie dla własnych usług Google Shopping, teraz Google musi licytować te miejsca z innymi usługami porównywania zakupów. Google Shopping będą brać udział w aukcji w taki sam sposób, jak wszyscy inni, i tym samym będą konkurować na równych warunkach. Zasadniczo Google wprowadza „separację behawioralną” między swoją wyszukiwarką a usługą porównywania zakupów.

<sup>62</sup> Przypuśćmy, że supermarket byłby dominujący na określonym rynku sprzedaży detalicznej produktów spożywczych oraz produkowałby także własne produkty spożywcze (np. herbatę) konkurujące z towarami innych producentów. Następnie zarezerwowałby bardziej eksponowane miejsca dla własnych herbat, pomimo że klienci, którzy poszukiwali również innych marek tego produktu, mogliby je znaleźć w innym (mniej widocznym) miejscu w sklepie. Kupujący w supermarkecie, którzy już zdecydowali, że chcą kupić określoną markę herbaty, mogą jednak nie być w żaden sposób zniechęceni, widząc inne tego typu produkty na bardziej widocznych półkach w sklepie. W takiej sytuacji trudno byłoby zarzucić supermarketowi nadużycie pozycji dominującej. Natomiast wspólną cechą wszystkich internetowych pośredników (np. wyszukiwarek, platform handlowych, internetowych biur podróży) jest to,

## VI. Zakończenie

Dokonana analiza wskazała, że wbrew twierdzeniom części przedstawicieli doktryny, praktykę w postaci faworyzowania własnych zintegrowanych pionowo usług przez platformę internetową niekoniecznie trzeba rozpatrywać wyłącznie w kontekście doktryny „urządzeń kluczowych”. Można traktować ją jako dyskryminację stanowiącą samodzielną formę nadużycia. Nie oznacza to jednak, że dominująca platforma ma bezwzględny obowiązek równego traktowania produktów lub usług swoich partnerów handlowych. Tego typu praktyki, jak faworyzowanie własnych zintegrowanych z platformą usług, powinny być uznawane za nadużycie, jeżeli stwarzają niekorzystne warunki konkurencji i mają istotne antykonkurencyjne skutki.

Przedsiębiorstwa dominujące nie mogą być zniechęcane do konkurencji, nawet jeżeli prowadzi to do wykluczenia ich rywali, o ile nie stanowi to antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Można je zdefiniować jako wykorzystanie siły rynkowej w celu pozbawienia konkurentów zdolności do rywalizowania poprzez ograniczenie im dostępu do istotnych czynników produkcji lub klientów<sup>63</sup>. Przedsiębiorstwa dominujące mają jednak prawny obowiązek nietworzenia barier swoim konkurentom i nieograniczania ich wydajności, ale zawsze mogą oferować lepsze produkty lub niższe ceny, nawet jeśli powoduje to, że ich rywale tracą udział w rynku.

Przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą nie może być zatem zmuszany do „podcinania” własnego przedsiębiorstwa, po to tylko, aby pomóc swoim konkurentom pozostać na rynku. Istnieje powszechna zgoda, że celem prawa konkurencji jest ochrona konkurencji, a nie ochrona interesów poszczególnych konkurentów. Art. 102 TFUE nie ma na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym świadczeniom, dominującej pozycji na rynku. Przepis ten nie zmierza także do zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą pozostali na rynku. Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności.

### Bibliografia

- Akman, P. (2017). The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law. *Journal of Law, Technology and Policy*, 2.
- Ammori, M. (2016). *Failed Analogies: Net Neutrality vs. 'Search' and 'Platform' Neutrality*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2756093> (24.09.2018).
- Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt. (2016). *Competition law and data, Joint Report*. Pozyskano z: [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf) (24.09.2018).
- Böhm, F. (1961). Democracy and economic power, W: *Cartel and Monopoly in Modern Law: reports on supranational and national European and American law..* Frankfurt am Main: Karlsruhe: C.F. Müller.
- Bostoen, F. (2018). Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation. *Internet Policy Review*, 1.

ze pozwalają one znaleźć określone wyniki wyświetlane w określonej kolejności. W literaturze stwierdza się, że konsumenci są nieproporcjonalnie przyciągnięci do linków umieszczonych na górze. Z założenia są to bowiem najbardziej trafne wyniki (CMA, 2017, s. 38–39). W takim przypadku określone wyświetlanie produktów lub usług stanowiłoby istotne kryterium dostępu do klientów.

<sup>63</sup> Wyr. High Court of England and Wales z dnia 12 lutego 2016 r.w sprawie *Streetmap EU Ltd przeciwko Google Inc* [2016] EWHC 253 (Ch), pkt 63.

- Bostoen, F. (2018). Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation. *Internet Policy Review*, 7(1).
- Brzezińska-Rawa, A. (2011). Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji. *Państwo i Prawo*, 1.
- Bundeskartellamt. (2016). *Working Paper The Market Power of Platforms and Networks Executive Summary*. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (24.09.2018).
- Colomo, P.I. (2014). Exclusionary discrimination under Article 102 TFEU. *Common Market Law Review*, 51(1).
- Colomo, P.I. (2016a). Streetmap v Google: lessons for pending Article 102 TFEU cases (including Google itself). *Chillin'Competition*. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2016/02/17/streetmap-v-google-lessons-for-pending-article-102-TFUE-cases-including-google-itself/> (24.09.2018).
- Colomo, P.I. (2016b). Capability vs likelihood in the context of Articles 101 and 102 TFEU: the difference exists, and matters. *Chillin'Competition*. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2016/12/14/capability-vs-likelihood-in-the-context-of-articles-101-and-102-TFUE-the-difference-exists-and-matters/> (24.09.2018).
- Colomo, P.I. (2018). On the Amazon probe: neutrality everywhere (or the rise of common carrier antitrust). *Chillin'Competition*. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2018/09/25/on-the-amazon-probe-neutrality-everywhere-or-the-rise-of-common-carrier-antitrust/> (24.09.2018).
- Competition and Market Authority. (2017). Online search: Consumer and firm behaviour. A review of the existing literature. Pozyskano z: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/607077/online-search-literature-review-7-april-2017.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/607077/online-search-literature-review-7-april-2017.pdf) (24.09.2018).
- Costa-Cabral, F. i Lynskey, O. (2017). Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review*. 54(1).
- Cranes, D.A. (2012). Search Neutrality as an Antitrust Principle. *George Mason Law Review*, 9.
- Eurobarometr. (2016). The use of online marketplaces and search engines by SMEs. Pozyskano z: [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/image/document/2016-24/fl\\_439\\_en\\_16137.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-24/fl_439_en_16137.pdf) (24.09.2018).
- Evans D. S., Schmalensee R. (2007). The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, *Competition Policy International*, 3.
- Evans, D. (2017). Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3009438> (24.09.2018).
- Ezrachi, A. i Stucke, E. (2016). *Virtual competition*. London: Harvard University Press.
- Ezrachi, A. i Stucke, M.E. (2016). *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, London: Harvard University Press.
- Ferro, M.S. (2017). De Gratis Non Curat Lex: Abuse of Dominance in Online Free Services. *The Competition Law Review*, 12(2).
- Gürkaynak, G., İnanılır, Ö., Diniz, S. i Yaşar, A.G. (2017). Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis. *Journal of Antitrust Enforcement*, 5(1).
- Höppner, T. (2017). Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse. *European Competition and Regulatory Law Review*, 1(3). Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3040605> (24.09.2018).
- House of Lords Select Committee on European Union. (2016). Online platforms and the Digital Single Market (Report of Session). Pozyskano z: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/lducom/129/129.pdf> (24.09.2018).

- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). Komentarz do art. 9. W: T. Skoczny. (red.), *Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Jurkowska, A. i Skoczny, T. (2008). Dyskryminacja pozacenowa w polskim i wspólnotowym prawie ochrony konkurencji. Raport z badań. *Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych*. Pozyskano z: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/doradztwo/03/DyskryminacjapozacenowaraportCSAiRAccentureiTP1.pdf> (24.09.2018).
- Kadar, M. (2015). European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 13(4). Pozyskano z: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2703062](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703062) (24.09.2018).
- Khan, L. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 126(3).
- Kohutek, K. (2014). Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej. *Europejski Przegląd Sądowy*, 10.
- Komisja Europejska. (2015). Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy (Public Consultation). Pozyskano z: [http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=10932](http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=10932) (24.09.2018).
- Komisja Europejska. (2016a). Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy, COM(2016) 288 ost. Bruksela. Pozyskano z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=PL> (24.09.2018).
- Komisja Europejska. (2016b). Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2016) 312 final. Bruksela. Pozyskano z: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_preliminary\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf) (24.09.2018).
- Komisja Europejska. (2017). *Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym: Komisja nakłada na spółkę Google grzywnę w wysokości 2,42 mld euro za nadużywanie pozycji dominującej jako wyszukiwarka internetowa poprzez bezprawne faworyzowanie własnej porównywarki cenowej*. Pozyskano z: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_pl.htm) (24.09.2018).
- Komisja Europejska. (2018). Dokument Roboczy (ocena wpływu) towarzyszący wnioskowi dotyczącemu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie promowania uczciwości i przejrzystości dla przedsiębiorstw korzystających z usług pośrednictwa online (część pierwsza), SWD/2018/138 ost. Bruksela. Pozyskano z: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:99c9ae01-492c-11e8-be1d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:99c9ae01-492c-11e8-be1d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF) (24.09.2018).
- Lamadrid, A. (2015). Regulating platforms? A competition law perspective. *Chillin' Competition*. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2015/11/24/regulating-platforms-a-competition-law-perspective/> (24.09.2018).
- Lao, M. (2013). Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 11.
- Lianos, I. i Motchenkova, E. (2013). Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market. *Journal of Competition Law & Economics*, 9(2).
- Luca, M., Couvidat, S., Seltzer, W., Wu, T. i Frank, D. (2016). Does Google Content Degrade Google Search? Experimental Evidence. *Harvard Business School Working Paper*, 16(35). Pozyskano z: <http://people.hbs.edu/mluca/SearchDegradation.pdf> (24.09.2018).
- Mandrescu, D. (2017). Applying EU competition law to online platforms: the road ahead – Part 1. *European Competition Law Review*, 38(8).
- Mazur, J. i Szmigielski, A. (2018). Czy działalność Ubera jest usługą społeczeństwa informacyjnego? Rozważania na kanwie sprawy Asociación Profesional Élite Taxi. *Europejski Przegląd Sądowy*, 6.



- Monopolkommission. (2015). Competition policy: The challenge of digital markets. Special Report No. 68. Pozyskano z: [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68\\_fulltext\\_eng.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf) (24.09.2018).
- Nazzini, R. (2011). *The Foundations of European Union Competition Law. The Objective and Principles of Article*. Oksford: Oxford University Press.
- Newman, J.N. (2015). Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, 164.
- O'Donoghue, R. i Padilla, J. (2013). *The Law and Economics of Article 102 TFUE*. Oksford: Hart Publishing.
- Petit, N. (2015). Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFUE: A Reply to Bo Vesterdorf. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2592253> (24.09.2018).
- Rato, M. i Petit, N. (2014). Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered. *European Competition Journal*, 9(1).
- Sauter, W. (2003) *Competition Law and Industrial Policy in the EU*. Oksford: Oxford University Press.
- Schumpeter, J.A. (1994). *Capitalism, Socialism and Democracy*. London, New York: Routledge.
- Shelanski, H. (2013). Information, innovation, and competition policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, 161.
- Shelanski, H. (2013). Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, 161(6).
- Strowel, A. i Vergote, W. (2016). *Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate?* Pozyskano z: [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain\\_et\\_universit\\_saint\\_louis\\_14044.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf) (24.09.2018).
- Szmigielski, A. (2016). Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, 6.
- Szpringer, W. (2013). Dwu-(wielo)-stronne modele e-biznesu a prawo konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1.
- Szydło, M. (2007). Nadużycie pozycji dominującej a cel działania przedsiębiorcy (uwagi na tle art. 82 TWE). *Państwo i Prawo*, 10.
- Valdivia, A. (2018). The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favoursing Own Related Business? *World Competition*, 41(1).
- Vestager, M. (2018). *Q&A on Amazon*. Przemówienie komisarz ds. konkurencji, 19 września, Bruksela. Pozyskano z: <http://ec.europa.eu/avservices/video/player.cfm?ref=1160574> (24.09.2018).
- Vesterdorf, B. (2015). Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin? *Competition Law & Policy Debate*, 1(1).
- Wen, W. i Zhu, F. (2017). Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses: Evidence from the Mobile App Market (Working Paper No. 18–036). *Harvard Business School*. Pozyskano z: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=53422> (24.09.2018).
- Wu, T. (2012). Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most. *Antitrust Law Journal*, 78.
- Zhu, F. i Liu, Q. (2016). Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com. *Harvard Business School Working Paper*, 15(44). Pozyskano z: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=48334> (24.09.2018).
- Zingales, N. (2013). Product Market Definition in Online Search and Advertising. *Competition Law Review*, 9(1).