

Laura Skopowska*

Kontrola koncentracji w dobie Big Data – o przesłance jurysdykcyjnej opartej na kryterium wartości transakcji w kontekście orzecznictwa KE oraz nowelizacji austriackiego i niemieckiego prawa antymonopolowego

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Odpowiedź austriackiego i niemieckiego organu antymonopolowego na nowe wyzwania dla postępowań koncentracyjnych w dobie Big Data
 1. Przesłanki jurysdykcyjne – kryterium obrotowe
 2. Przesłanki jurysdykcyjne – kryteria „wysokości wynagrodzenia” oraz „aktywności na rynku krajowym”
 - 2.1. Wysokość wynagrodzenia
 - 2.2. Aktywność krajowa
- III. Ocena zasadności wprowadzenia nowych progów jurysdykcyjnych w kontekście praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej
 1. „Wszechobecność” danych
 - 1.1. Google/DoubleClick
 - 1.2. Facebook/WhatsApp
 - 1.3. Konkluzje
 2. System odesłań
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Podczas niedawno przeprowadzonej konsultacji Komisji Europejskiej w sprawie oceny aspektów proceduralnych i jurysdykcyjnych unijnej kontroli koncentracji Komisja wyraziła istotne wątpliwości co do zachowania systemu notyfikowania koncentracji opartego tylko na kryterium obrotowym, które może zawierać istotne luki, gdy chodzi o przejęcia mające miejsce na rynkach cyfrowym i farmaceutycznym. W dobie Big Data, w której bazy danych mają coraz większe znaczenie rynkowe, aktualnie obowiązujące progi jurysdykcyjne mogą się okazać niewystarczające, by wykryć antykonkurencyjne przejęcia na rynku cyfrowym.

W ramach tego artykułu naukowego oceniono, czy wprowadzenie nowych kryteriów jest zasadne. Dokonano również analizy nowelizacji niemieckiego i austriackiego prawa ochrony konkurencji

* Doktorantka Zakładu Prawa Europejskiego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

wprowadzających nowe kryterium „wysokości wynagrodzenia” (zwane także kryterium „wartości transakcji”) obok kryterium obrotowego do postępowań koncentracyjnych.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; progi jurysdykcyjne; Big Data; próg obrotowy; próg wartości transakcji; próg wysokości wynagrodzenia; rynki cyfrowe; dane.

JEL: 21

I. Wprowadzenie

Współcześnie duże zagrożenie dla konkurencji na rynkach cyfrowych może stanowić wykorzystanie baz danych, posiadanych przez największych graczy obecnych na rynkach związanych z analizą i wykorzystaniem danych. Takie podmioty zazwyczaj operują gigantycznymi bazami danych, których tworzenie na skalę masową odbywa się w bardzo krótkim czasie, czyli bazami danych składającymi się z Big Data. Big Data to termin, który w ogólnym znaczeniu dotyczy danych o dużej objętości i złożoności (Tabakow, Korczak i Franczyk, 2014, s. 139), opisywanych przez tzw. cztery v (Stucke i Grunes, 2016, s. 16). Ten typ danych cechuje objętość (*volume*) oraz różnorodność (*variability*), co oznacza, że jest niezmiernie trudno je przetworzyć przy użyciu tradycyjnych metod obliczeniowych. Kolejną cechą tych danych jest prędkość (*velocity*), w jakiej są one pozyskiwane i analizowane, gdyż procesy te następują w czasie zbliżonym do rzeczywistego. Ostatnim „v” jest także wartość (*value*) takich danych (zob. Stucke i Grunes, 2016, s. 16).

Big Data pozyskiwane są zarówno z tradycyjnych baz danych, np. funkcjonujących w przedsiębiorstwach, które zawierają tzw. dane wewnętrzne, jak i z innych źródeł (zdjęć, dokumentów, e-maili, blogów, mediów społecznościowych, różnego typu czujników elektronicznych, urządzeń lokalizacyjnych). Mogą być więc mieszanką danych ustrukturyzowanych bądź nieustrukturyzowanych, co utrudnia ich dystrybucję i przetwarzanie za pomocą tradycyjnych narzędzi obliczeniowych. Dane te analizowane są przy użyciu bardzo skomplikowanych algorytmów, które wydobywają przydatne informacje z różnorodnych zbiorów danych.

Komisja Europejska już od 2008 roku brała pod uwagę antykonkurencyjny potencjał połączeń baz danych, które mogłyby wynikać m.in. z koncentracji podmiotów prowadzących działalność na rynkach związanych z analizą i wykorzystaniem Big Data (zob. Kadar i Bogdan, 2017, s. 479). Jednakże, na rynkach cyfrowych związanych z analizą Big Data w celach świadczenia usług reklam on-line czy przeprowadzania analiz danych, Komisja nie określiła dotychczas przypadków, w których gromadzenie danych wzbudziłoby znaczące obawy o konkurencję, a zapobieżenie których wymagałoby wprowadzenia środków zaradczych, w postaci np. nakazu udzielania przymusowej licencji do baz danych lub zakazu koncentracji (Breuvar, Chassaing i Perraut, 2016, s. 50). Mimo niezmiennej praktyki decyzyjnej Komisji, coraz częstsze występowanie podobnych koncentracji¹ wraz z zauważalną tendencją do konsolidacji na rynku usług IT (OECD, 2015, s. 94), która może w szczególności dotyczyć dostawców infrastruktury niezbędnej do analiz danych, zintensyfikowało debatę na temat tego czy obecne ramy regulacyjne są wystarczającym narzędziem do wyłapywania

¹ W raporcie Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju wskazano, że ilość koncentracji na rynkach związanych z wykorzystaniem Big Data na przestrzeni czterech lat wzrosła prawie trzykrotnie (zob. OECD, 2015, s. 94).

oraz odpowiednio rozwiązywania problemów, które mogą być spowodowane antykonkurencyjnymi połączeniami dużych zbiorów danych (Holles de Payer, 2017, s. 768).

Komisja Europejska również postanowiła pochylić się nad tym zagadnieniem i w zapytaniach konsultacyjnych z 2016 roku² wyraziła obawy przed wykupywaniem potencjalnych konkurentów przez dużych graczy rynkowych obecnych m.in. na rynkach cyfrowych. Komisja zauważyła, iż istnieje problem związany z brakiem możliwości zastosowania już wypracowanych mechanizmów ochrony konkurencji wobec przejęć małych innowacyjnych konkurentów (tzw. start-upów), którzy jeszcze nie osiągnęli wymaganego prawem antymonopolowym progu obrotowego. Pomimo zakończenia konsultacji publicznych, Komisja nie opublikowała raportu, który podsumowałby stanowiska krajowych organów antymonopolowych, opinie graczy rynkowych czy badania naukowe. Jednakże, spowolnione działanie Komisji, nie wstrzymało naukowców od wyrażania opinii za i przeciw wprowadzeniu dodatkowych przesłanek jurysdykcyjnych, które miałyby wyłapywać wartościowe koncentracje mające miejsce na rynkach cyfrowych (m.in. dotyczących Big Data), które, ze względu na mały obrót bądź brak obrotu po stronie podmiotu przejmowanego, z zasady nie podlegałyby ocenie antymonopolowej (zob. Schepp i Wambach, 2016, s. 120, 123; Holles de Peyer, 2018, s. 789). Pomimo braku jednolitego stanowiska Komisji, co do zasadności wprowadzenia nowych przesłanek jurysdykcyjnych, te już pojawiły się w znowelizowanych ustawach antymonopolowych Niemiec i Austrii. Wymienione państwa członkowskie już wprowadziły nową przesłankę jurysdykcyjną – przesłankę „wysokości wynagrodzenia” za dokonaną w toku koncentracji transakcję (zwaną także przesłanką „wartości transakcji”).

II. Odpowiedź austriackiego i niemieckiego organu antymonopolowego na nowe wyzwania dla postępowań koncentracyjnych w dobie Big Data

1. Przesłanki jurysdykcyjne – kryterium obrotowe

Już rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw³ wprowadziło, w celu stworzenia systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na rynku wspólnym, wymóg zgłoszenia Komisji zamiaru koncentracji. Wymóg ten ograniczono tylko do koncentracji, czyli sytuacji, w których „dwa lub więcej wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw łączy się lub jedna lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo, lub jedno, lub więcej przedsiębiorstw nabywa bezpośrednią lub pośrednią kontrolę nad całym lub częścią jednego, lub więcej innych przedsiębiorstw”⁴, które miały wymiar wspólnotowy. O tym czy koncentracja posiadała „wymiar wspólnotowy” decydowało kryterium obrotowe, według którego koncentracja musiała zostać zgłoszona organom ochrony konkurencji w przypadku, gdy: łączny światowy obrót wszystkich przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wynosił więcej niż 5000 mln ECU oraz gdy łączny obrót przypadający na Wspólnotę, każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji, wynosił więcej niż 250 mln ECU, chyba że każde z przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji uzyskiwało więcej niż dwie trzecie

² Komisja Europejska. (2016). *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Pozyskane z: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

³ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 1989 L 395).

⁴ Art. 3 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 1989 L 395).

swoich łącznych obrotów przypadających na Wspólnotę w jednym i tym samym państwie członkowskim⁵. Aktualnie obowiązujące rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004⁶ jedynie modyfikuje wysokość progu obrotowego, nie wprowadzając innych progów jurysdykcyjnych.

Poszczególne państwa członkowskie mają jednak możliwość takiego tworzenia prawa krajowego, aby progi jurysdykcyjne zapewniały ochronę konkurencji w tych przypadkach, w których potencjalna koncentracja może wywołać antykonkurencyjny skutek na terytorium danego państwa. W większości państw członkowskich, w tym w Polsce, jedynymi progami jurysdykcyjnymi, których przekroczenie nakłada obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji właściwemu organowi, są progi obrotowe⁷.

2. Przesłanki jurysdykcyjne – kryteria „wysokości wynagrodzenia” oraz „aktywności na rynku krajowym”

W przeciwieństwie do większości państw członkowskich, ustawodawcy Austrii i Niemiec wprowadzili jednak oprócz obrotowego, nowy pomocniczy próg jurysdykcyjny, którym jest próg wartości wynagrodzenia (*consideration threshold*). Wprowadzenie nowego progu jurysdykcyjnego miało stanowić odpowiedź na zjawisko przejmowania przez gigantów internetowych podmiotów o niskich obrotach dysponujących jednakże potencjalnie bardzo wartościowymi zasobami danych (Monopolkommission, 2015, s. 132). Warto zauważyć, że podmiot przejmowany albo oferuje usługi konkurencyjne z już oferowanymi przez podmiot przejmujący, albo oferuje usługi zdawałoby się niezwiązane bezpośrednio z główną działalnością przejmującego (Monopolkommission, 2015, s. 76). Konsekwencją takich horyzontalnych bądź wertykalnych połączeń było m.in. uaktualnienie polityk prywatności dostawców portali oraz aplikacji mobilnych biorących udział w połączeniu w taki sposób, by pozwalało na zintegrowanie danych pozyskanych w ramach każdego z tych początkowo niezależnych serwisów oraz ich dalszą komercjalizację w celu dostarczania indywidualnie dopasowanych reklam (Monopolkommission, 2015, s. 76). Takie zachowanie przedsiębiorców miało za zadanie wzmocnienie, w przypadku połączeń horyzontalnych, korzyści skali (*economies of scale*) lub, w przypadku połączeń wertykalnych, korzyści zasięgu (*economies of scope*) (zob. Scheep i Wambach, 2016, s. 120–124).

Aktualnie wartość podmiotów działających na rynkach cyfrowych, w dużej mierze nie odzwierciedla się już w ich obrotach, ale w posiadanych i analizowanych przez te podmioty danych⁸. Wynika z tego, że ilość danych generowanych przez użytkowników Internetu jest elementem kluczowym dla rozwoju rynku cyfrowego, a co za tym idzie, możliwość kontrolowania i analizy dużych ilości danych może stanowić przewagę konkurencyjną (zob. Monopolkommission, 2015, s. 2; Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt, 2016, s. 16). Dlatego też, wprowadzenie nowego progu wartości transakcji wydaje się być niezbędnym narzędziem w celu zidentyfikowania potencjalnego antykonkurencyjnego wpływu koncentracji m.in. na rynki cyfrowe, w których dane użytkowników stały się czynnikiem konkurencyjnym (Monopolkommission, 2015, s. 2). Rynki

⁵ Art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 1989 L 395).

⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2014 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2004 L 24/1).

⁷ W Polsce „zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli: 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro” (art. 13 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz. U. 2018, poz. 798).

⁸ Erläuterungen, 1522 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage – Erläuterungen, zu Z 3 (§9 Abs 4 KartG 2005).

wielostronne, takie jak wyszukiwarki, portale społecznościowe oraz niektóre portale związane z handlem elektronicznym, osiągają zysk przede wszystkim z reklam. Rynki wspierane reklamami (*ad-supported markets*) zbierają dane generowane przez użytkowników Internetu w sposób zautomatyzowany. Oznacza to, że podmioty, które nie są w posiadaniu narzędzi do zbierania lub analizy tych zasobów danych, znanych także jako Big Data, nie będą w stanie zaoferować tak wysoce spersonalizowanych produktów lub usług, jak duże podmioty posiadające takie możliwości (Monopolkommission, 2015, s. 2). W konsekwencji czego, podmiot, który ma wyłączną kontrolę nad takimi danymi oraz jest w stanie je analizować będzie mógł uzyskać znacznie lepszą pozycję na rynkach wielostronnych opierających swoją działalność na reklamie niż gracze rynkowi niemający dostępu do tych danych.

Nowelizacje niemieckiej ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji (GWB) (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)⁹ oraz austriackiej ustawy antykartelowej (KartG) (*Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*)¹⁰ przewidują odpowiednie dostosowanie ustaw antymonopolowych do rosnącej cyfryzacji rynków. Jak wskazano w uzasadnieniu nowelizacji ustawy niemieckiej, nawet w przypadku oferowania bezpłatnych usług może istnieć rynek, a przykłady połączeń na rynkach cyfrowych pokazują, że w niektórych przypadkach młode, innowacyjne podmioty mogą być przejmowane przez duże uznane podmioty bez przechodzenia przez procedurę kontroli koncentracji ze strony organów antymonopolowych, nawet wtedy, kiedy pomysły biznesowe przejmowanych podmiotów mogą mieć duży potencjał rynkowy i duże znaczenie gospodarcze¹¹. W pewnych okolicznościach takie przejęcia mogą spowodować bądź utwierdzić ogólną dominację rynkową lub znacząco utrudnić zaistnienie skutecznej konkurencji. Dotychczasowa luka, spowodowana ograniczeniem zakresu kontroli koncentracji tylko do połączeń podmiotów, których obroty przekraczają określony próg, została uzupełniona poprzez wprowadzenie art. 35 ust. 1 lit. a do GWB oraz art. 9 ust. 4 do KartG.

W ocenie niemieckiego i austriackiego ustawodawcy, kontrola koncentracji powinna bardziej, niż dotychczas, koncentrować się na znaczeniu danych w osiągnięciu sukcesu gospodarczego oraz budowaniu pozycji konkurencyjnej podmiotów. Ocena ta wynika z dotychczasowego doświadczenia tych organów antymonopolowych. Stwierdziły one, że nowo utworzone podmioty oferujące usługi on-line posiadające znaczące ilości wartościowych danych, lecz cechujące się niskimi obrotami, często są przejmowane przez gigantów internetowych obecnych na rynkach właściwych tym usługom albo na rynkach z nimi powiązanych. *Monopolkommission*¹² w raporcie specjalnym z 2015 r. wykazała, że związana z koncentracją kombinacja zasobów danych w bazie danych nabywcy może umożliwić zachowanie jego dalszej przewagi nad konkurentami wyłącznie dzięki lepszej znajomości preferencji użytkownika (Monopolkommission, 2015, s. 11). Co więcej, niekontrolowane przejmowanie baz danych przez nabywcę obecnego na jednym rynku właściwym, może ułatwić jego ekspansję na rynki powiązane, a także na nowe rynki, zanim jego konkurenci będą mieli szansę zareagować (Monopolkommission, 2015, s. 11). Taka sytuacja na rynkach cyfrowych

⁹ Ustawa przeciwko ograniczeniom konkurencji (t.j. Federalny Dziennik Ustaw (BGBl.) I, 2013, s. 1750, 3245 zmieniona ustawą z 1.07.2017 (BGBl. I, 2017, s. 1416).

¹⁰ Ustawa federalna przeciwko kartelom oraz innym ograniczeniom konkurencji z 2005 r. (Federalny Dziennik Ustaw (BGBl.) I nr 61/2005) zmieniony przez ustawę nowelizującą ustawę federalną przeciwko kartelom oraz ograniczeniom konkurencji (Federalny Dziennik Ustaw (BGBl.) I nr 56/2017).

¹¹ Drucksache 18/10207 – 38 – Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode, II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs, s. 39.

¹² *Monopolkommission* jest stałym, niezależnym organem doradczym, który doradza niemieckiemu rządowi federalnemu, organom ustawodawczym i opinii publicznej w zakresie polityki konkurencji, prawa konkurencji i regulacji. Obowiązki Komisji Monopoli są określone w art. 44–47 GWB.

może się zdarzyć w przypadku, gdy podmiot oferujący usługę portalu społecznościowego oraz usługę reklamy on-line jest jedynym podmiotem, który ma wgląd w wiadomości, zdjęcia wysłane lub udostępnione na profilu prywatnym przez użytkownika. Natomiast inne podmioty działające na rynku reklamy on-line nie będą miały, w tym wypadku, dostępu do tych danych i nie będą mogły ich wykorzystać w celu oferowania usług opartych na równie wyspecjalizowanym poziomie identyfikacji grupy docelowej na podstawie analizy zachowań internautów (*behavioural targeting*). Wyłączne posiadanie danych o aktywności użytkownika może wyznaczyć bardzo wysokie wymagania w generowaniu treści dostosowanych do potrzeb użytkowników, które wykluczą mniejsze podmioty z rynku bądź z możliwości wejścia przez nie na rynek oferowania usług reklamy on-line. Przykład ten obrazuje, że dostęp do danych może mieć znaczący wpływ na pozycję rynkową podmiotów działających na rynkach cyfrowych.

Art. 35 ust. 1 lit. a GWB oraz art. 9 ust. 4 KartG wprowadzają obok progów obrotowych także próg wartości wynagrodzenia. W przypadku ustawy niemieckiej, aby koncentracja objęta została obowiązkiem notyfikacyjnym, wynagrodzenie za zakup spółki przejmowanej prowadzącej znaczącą działalność na terenie Niemiec ma wynosić ponad 400 milionów euro (art. 35 ust. 1 lit. a pkt 3 i 4 GWB). W przypadku Austrii, gdzie koncentracja nie spełnia progów obrotowych, może stać się przedmiotem analizy w postępowaniu koncentracyjnym w sytuacji, gdy wynagrodzenie za zakup spółki przejmowanej ma wynosić co najmniej 200 milionów euro, ale tylko w sytuacji gdy przejmowane przedsiębiorstwo jest w wysokim stopniu aktywne na rynku austriackim (art. 9 ust. 4 pkt 3 i 4 KartG).

2.1. Wysokość wynagrodzenia

Mimo że pomysł wprowadzenia nowych progów jurysdykcyjnych opartych na wysokości wynagrodzenia czy wartości transakcji jest w skali europejskiej rozwiązaniem nowatorskim, nie jest to koncepcja obca ustawodawstwu państw trzecich. Mianowicie, Sekcja 7A ustawy Claytona dodana sekcją 201 i 202 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act¹³ wprowadziła obowiązek notyfikacji zamiaru koncentracji Federalnej Komisji Handlu (FTC) oraz Zastępcy Prokuratora Generalnego m.in. wtedy, kiedy przekroczony zostanie próg wartości transakcji (*size of transaction test*), czyli m.in. w przypadku, gdy nabywane są papiery wartościowe albo aktywa, których wartość przewyższa 200 milionów dolarów (aktualnie próg ten wzrósł do 337,6 miliona dolarów¹⁴). Inne kraje, takie jak: Argentyna, Białoruś, Eswatini, Filipiny, Indie, Kanada, Kenia, Kolumbia, Meksyk, RPA czy Tanzania, również wprowadzają pewnego typu progi, które nawiązują do wartości niezwiązanych z progami obrotowymi (*value-related thresholds*)¹⁵. Doświadczenia organów antymonopolowych wyżej wymienionych państw trzecich mogą służyć jako punkt odniesienia dla niemieckiego i austriackiego organu nadzorczego.

¹³ 15 U.S.C. § 18a.

¹⁴ Federal Register 83 numer 19 z 29.01.2018, Notices, s. 4050–4051. Pozyskano z : <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2018-01-29/pdf/FR-2018-01-29.pdf>.

¹⁵ W Kanadzie stosuje się testy „wielkości stron” (*size of parties*) i „wielkości transakcji” (*size of transaction*). W Meksyku stosuje się test „zapłaconej ceny” (*price paid*). Na Filipinach zaś obowiązuje test „wartości transakcji” (*value of transaction*); w Argentynie przeprowadza się test „wartości transferowanych aktywów w Argentynie” (*the value of the assets being transferred in Argentina*) lub „ceny transakcji” (*the price of the transaction*). Ponadto istnieje kilka jurysdykcji, które mimo że nie odnoszą się ani do „ceny zakupu” (*purchase price*), ani do „wartości transakcji” (*value of transaction*) mają progi, których spełnienie nie jest uwarunkowane wysokością obrotu, ale „docelową wartością aktywów” (*target asset value*). Taki test obowiązuje na Białorusi, w Kolumbii, Kenii, Indiach, Namibii, Południowej Afryce, Suazi i Tanzanii (zob. Bushell, 2016).

Nowy próg wysokości wynagrodzenia określony w GWB jest progiem pomocniczym, który znajdzie zastosowanie, gdy pierwotne kryterium obrotowe nie zostanie spełnione. Przed nowelizacją niemieckiej ustawy, obowiązek zawiadomienia Bundeskartellamt o zamiarze koncentracji powstawał tylko w przypadku, gdy strony połączenia przekroczyły łączne światowe obroty w wysokości 500 milionów EUR, jedna z nich osiągnęła obrót na terytorium Niemiec w wysokości 25 milionów euro lub więcej, a druga 5 milionów euro lub więcej. Po nowelizacji, wprowadzono pomocniczy próg, który znajdzie zastosowanie, gdy łączny światowy obrót zainteresowanych podmiotów wyniesie 500 milionów euro, lecz tylko jedna strona osiągnie na terytorium Niemiec obrót w wysokości 25 milionów euro, ale żadna inna strona połączenia nie osiągnie drugiego progu obrotowego w wysokości 5 milionów euro oraz gdy wysokość wynagrodzenia za koncentrację wynosić będzie więcej niż 400 milionów euro, a podmiot przejmowany prowadził do tej pory znaczącą działalność krajową. Takie wymogi dotyczące progu obrotowego, progu wartości transakcji i znacznej aktywności na terenie kraju, wskazują na to, że niemiecki ustawodawca miał zamiar objąć obowiązkiem notyfikacyjnym tylko nieliczne transakcje, w wyniku których zostanie przejęty podmiot generujący bardzo małe obroty (poniżej 5 milionów euro), lecz którego potencjał konkurencyjny może zostać wyceniony na wartość wyższą niż 500 milionów euro. Jak przewidziano w uzasadnieniu do nowelizacji ustawy, nowe progi będą miały zastosowanie tylko do kilku przypadków rocznie. Oznacza to, że nieliczne przejęcia tych szczególnie cenionych start-upów, które mogą potencjalnie kształtować rynki cyfrowe będą podlegały zgłoszeniu niemieckiemu organowi antymonopolowemu. W przypadku większości transakcji nowy próg najprawdopodobniej nie znajdzie jednak zastosowania.

Austriacka ustawa antykartelowa do listopada 2017 roku nakładała obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji tylko w przypadku, gdy strony połączenia przekroczyły łączne światowe obroty w wysokości 300 milionów euro oraz łączne krajowe obroty w wysokości 30 milionów euro oraz gdy każde z przynajmniej dwóch podmiotów biorących udział w koncentracji osiągnęło światowy obrót w wysokości 5 milionów euro lub więcej. Nie wymagała jednakże zgłoszenia koncentracja, w której brały udział podmioty, z których w ostatnim roku obrotowym poprzedzającym transakcję, tylko jeden osiągnął krajowy obrót w wysokości przewyższającej 5 milionów euro, a światowy łączny obrót pozostałych nie był wyższy niż 30 milionów euro. Dopiero dodanie art. 9 ust. 4 KartG umożliwiło zastosowanie dodatkowego progu wysokości wynagrodzenia, który nakłada obowiązek zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji, jeżeli w ostatnim roku obrotowym poprzedzającym tę transakcję zostaną łącznie spełnione następujące przesłanki: zainteresowane przedsiębiorstwa osiągnęły łączny światowy obrót w wysokości ponad 300 milionów euro, zainteresowane przedsiębiorstwa osiągnęły łączny krajowy obrót większy niż 15 milionów euro, wysokość wynagrodzenia za połączenie przekracza 200 milionów euro, a przedsiębiorstwo przejmowane działa w znacznym stopniu na rynku krajowym. Oznacza to, że ustawa austriacka znajdzie szersze zastosowanie niż ustawa niemiecka, gdyż obowiązek notyfikacji powstanie nawet w przypadku, gdy podmiot przejmowany będzie osiągał większe obroty niż 5 milionów euro.

Zgodnie z definicją „wysokości wynagrodzenia” zawartą w GWB, na wynagrodzenie składają się dwie wartości. Pierwszą z nich jest cena zakupu, czyli wszystkie aktywa i inne wartości

pieniężne, które zbywca otrzymuje od nabywcy w związku z koncentracją¹⁶. Drugą jest wartość wszelkich zobowiązań przejętych przez nabywcę¹⁷. Ustawodawca austriacki, mimo braku wprowadzenia definicji „wysokości wynagrodzenia” do znowelizowanej ustawy, jednoznacznie w jej uzasadnieniu wskazał, że na wynagrodzenie składają się „wszystkie aktywa i inne świadczenia rzeczowe, które zbywca otrzymuje od nabywcy w związku z połączeniem (cena zakupu), w uzupełnieniu do wartości zobowiązań przejętych przez nabywcę”¹⁸. Co oznacza, że należy *de facto* interpretować ten termin w ten sam sposób, w jaki to czyni ustawodawca niemiecki.

W związku z wprowadzeniem do porządków prawnych tych dwóch państw członkowskich bardzo podobnych systemowo rozwiązań dotyczących kontroli koncentracji, ich organy antymonopolowe wydały w lipcu 2018 r. wytyczne dotyczące progów wartości transakcji dla obligatoryjnej notyfikacji zamiaru koncentracji, w których potwierdziły, iż terminy użyte w obu ustawach powinny być interpretowane jako tożsame. Mianowicie, wysokość wynagrodzenia obejmuje „wszystkie aktywa i inne świadczenia pieniężne, które sprzedawca otrzymuje od kupującego w związku z daną fuzją. Podobnie jak w prawie handlowym (w Austrii: prawo spółek) termin „aktywa” należy interpretować w szerokim znaczeniu. Obejmuje wszystkie płatności gotówkowe i przeniesienie praw głosu, papierów wartościowych, rzeczowych aktywów trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych” (Bundeskartellamt i Bundeswettbewerbsbehörde, 2018, s. 3–4). Obejmuje to również środki pieniężne, których przekazanie uzależnione jest od spełnienia pewnych warunków, np. określonych w klauzulach zwrotnych, dotyczących otrzymywania płatności z ewentualnych zysków (*earn-out clauses*) lub innych dodatkowych płatności na rzecz zbywcy uzgodnionych w związku z koncentracją, np. opłat licencyjnych oraz wynagrodzenia za zakaz konkurencji (Bundeskartellamt i Bundeswettbewerbsbehörde, 2018, s. 3–4). W wytycznych zaznacza się, że nie należy mylić pojęć „wartości spółki” czy „ceny nabycia spółki” z pojęciem „wysokości wynagrodzenia”, gdyż dopłaty oraz premie, które przewyższają wartość spółki obliczoną metodami wyceny przedsiębiorstwa, powodują, że wysokość wynagrodzenia często będzie wyższa niż obydwie wcześniejsze wartości.

2.2. Aktywność krajowa

Zgodnie z art. 35 ust. 1A pkt 4 GWB i art. 9 ust. 4 KartG, koncentracja będzie podlegała obowiązkowi notyfikacyjnemu po spełnieniu kryterium wartości transakcji tylko wtedy, kiedy spółka, która ma zostać nabyta lub znaczna część przedsiębiorstwa, lub aktywów, które mają zostać nabyte, wykazuje znaczącą aktywność odpowiednio w Niemczech lub Austrii. Wprowadzenie wymogu „aktywności krajowej” ma na celu wyeliminowanie z zakresu kontroli tych przypadków, które w swej istocie dotyczą przejęcia przedsiębiorstwa prowadzącego działalność wyłącznie za granicą (*czyt.* poza granicami Niemiec lub Austrii). Pewnym jest, że objęta zakresem regulacji będzie koncentracja, w wyniku której zostanie przejęty podmiot wyłącznie lub przeważnie działający na rynku krajowym, gdyż w tym przypadku spełniona zostanie przesłanka znacznego poziomu aktywności krajowej.

Aktywność krajowa w rozumieniu art. 35 ust. 1a pkt 4 GWB i art. 9 ust. 4 pkt 4 KartG musi być mierzona na podstawie działalności rynkowej spółki nabywanej. W odróżnieniu od art. 35 ust.

¹⁶ Art. 38 ust. 4 GWB.

¹⁷ Art. 38 ust. 4 GWB.

¹⁸ Erläuterungen, 1522 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage – Erläuterungen, zu Z 3 (§9 Abs 4 KartG 2005), s. 3.

1 GWB i art. 9 ust. 1 KartG aktywność krajowa zasadniczo nie jest mierzona na podstawie obrotów krajowych, gdyż rozmaite czynniki powinny być brane pod uwagę w przypadku aktywności, która przejawia się na różnych rynkach i w różnych działaniach. W wytycznych Bundeskartellamt i Bundeswettbewerbsbehörde wskazano, iż przykładami czynników determinujących to, że spółka nabywana prowadzi aktywność krajową na rynku cyfrowym może być ilość niemieckich bądź austriackich użytkowników wyrażana w następujących kategoriach: „miesięcznych aktywnych użytkowników”, „unikalnych użytkowników” lub „codziennych aktywnych użytkowników”.

W Austrii lokalizacja przedsiębiorstwa docelowego może również stanowić kryterium oceny aktywności krajowej podmiotu przejmowanego. To, gdzie spółka przejmowana ma swoją siedzibę będzie brane pod uwagę, ale nie będzie to jedyne kryterium oceny, gdyż ostateczna ocena musi uwzględniać stopień, w jakim działania w kraju siedziby są zorientowane na rynek austriacki. W związku z tym nabycie spółki mającej siedzibę w Austrii, która posiada udziały wyłącznie w spółkach zagranicznych i nie prowadzi działalności związanej z rynkiem austriackim, nie będzie cechowało się zorientowaniem na rynek austriacki. Taka aktywność spółki, pomimo lokalizacji jej siedziby na terenie Austrii, nie będzie wypełniała przesłanki z art. 9 ust. 4 pkt 4 KartG. W konsekwencji czego koncentracja pomimo możliwości spełnienia progów z art. 9 ust. 4 pkt 1–3, nie będzie podlegała obowiązkowi notyfikacyjnemu. Także w Niemczech sama lokalizacja siedziby spółki nabywanej nie będzie wystarczającym czynnikiem, aby spełnić wymóg aktywności krajowej, czyli *de facto* wymóg zorientowania na rynek krajowy. Kluczowym czynnikiem wydaje się więc być sposób wykorzystania aktywów w prowadzonej działalności gospodarczej, a nie tylko ich umiejscowienie. Zorientowanie na rynek zaistnieje, gdy usługa oferowana odpłatnie bądź bezpłatnie jest kierowana do osób przebywających na terenie Niemiec bądź Austrii.

Co ważne, aktywność krajowa w rozumieniu art. 35 ust. 1a pkt 4 GWB i art. 9 ust. 4 pkt 4 KartG musi osiągnąć znaczący poziom (*significant level*) oraz mieć bieżący charakter. Marginalna działalność na rynku krajowym będzie niewystarczająca, aby spełnić wymagane progi. Punktem odniesienia dla progu aktywności krajowej, w przeciwieństwie do badania obrotu na podstawie art. 35 ust. 1 i 1a pkt 2 GWB i § 9 (1), (2) i (4) pkt 1 i 2 KartG, będzie moment koncentracji, a nie ostatni pełny rok obrotowy poprzedzający koncentrację.

Podsumowując, nowelizacje niemieckiej ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji (GWB) oraz austriackiej ustawy antykarlowej (KartG) wprowadziły nowy próg wartości wynagrodzenia, który nie jest progiem samoistnym. Jego zastosowanie zależy od spełnienia progu obrotowego (niższego niż ten przewidziany pierwotnie) oraz progu aktywności krajowej, z której wynikałby jednoznaczny związek działalności podmiotu nabywanego z terytorium Niemiec bądź Austrii. Takie rozwiązanie, choć nie jest ograniczone do żadnego rynku właściwego ani sektora gospodarki, ma być odpowiedzią na wcześniej zasygnalizowane wyzwania gospodarki cyfrowej.

III. Ocena zasadności wprowadzenia nowych progów jurysdykcyjnych w kontekście praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej

Propozycja wprowadzenia nowych pomocniczych progów jurysdykcyjnych na poziomie europejskim, na wzór tych obowiązujących w Niemczech i Austrii, spotkała się z jednej strony z głosami poparcia, z drugiej zaś – z krytyką. Niektórzy ekonomiści zgadzają się ze stanowiskiem Komisji,

która badając potencjalne teorie szkody związane z łączeniem baz danych lub wykorzystywaniem zaawansowanych technik analizy Big Data, jednoznacznie wskazywała, że koncentracja przedsiębiorstw korzystających z analiz Big Data nie będzie powodowała antykonkurencyjnych skutków, gdyż zawsze będą istniały alternatywne źródła danych lub narzędzi analitycznych potrzebnych do oferowania usług na rynkach właściwych związanych z wykorzystywaniem danych (zob. Holles de Peyer, 2018, s. 775–776; Boutin i Boutin, 2016, nb. 58, 66–71). Ponadto, niektórzy uważają, że aktualnie istniejące narzędzie w postaci systemu odesłań skutecznie wyłapuje te koncentracje, które mogą mieć wpływ na rynek wewnętrzny, jak w przypadku połączeń Facebook/WhatsApp oraz Microsoft/LinkedIn (Bushell, 2016; Boutin i Boutin, nb 58). Inni zaś, wtórując opinii *Monopolkomission*, uważają, że należy wprowadzić dodatkowe kryterium wartości transakcji, gdyż tylko takie kryterium oceny pomoże zbadać przejęcia przedsiębiorstw, które mają niewielki obrót, ale duży potencjał rynkowy, co jest szczególnie ważne w sytuacji, gdy połączenie wiąże się z przekazaniem cennych danych (Scheep i Wambach, 2016, s. 123).

1. „Wszechobecność” danych

Komisja podczas oceny kilku już połączeń badała antykonkurencyjne skutki łączeń baz danych i zdecydowała, że tego typu negatywne skutki nie powstaną, gdyż charakterystyka Big Data sprawia, iż istnieje możliwość pozyskania tych samych danych z różnych źródeł¹⁹. Dane są więc uważane przez Komisję za „wszechobecne” (*ubiquitous*).

1.1. Google/DoubleClick

W sprawie *Google/DoubleClick*²⁰ z 2008 roku, Komisja po raz pierwszy zdecydowała się ocenić antykonkurencyjne skutki połączenia dwóch przedsiębiorstw posiadających duże zbiory danych. Komisja oceniła scenariusz wykluczenia, w którym połączenie danych DoubleClick z zasobami Google dotyczących zachowania klientów w Internecie mogłoby umożliwić podmiotowi powstałemu w wyniku połączenia osiągnięcie pozycji, której konkurenci nie mogliby powielić²¹. Konkurenci Google byłiby stopniowo marginalizowani, a spółka Google ostatecznie mogłaby podnieść ceny swoich usług pośrednictwa w reklamach online²². Komisja opisała swoje obawy w następujący sposób: „Nie jest wykluczone, że z faktycznego punktu widzenia, podmiot połączony mógłby połączyć kolekcje danych DoubleClick i Google. Taka kombinacja informacji o adresach IP użytkowników, identyfikatorach cookie i czasie połączenia, pozwoliłaby na dopasowanie informacji z obu baz danych, co powodowałoby, że historia wyszukiwania poszczególnych użytkowników mogłaby zostać połączona z historią odwiedzanych przez nich stron (*surfing behaviour*). Po takim dopasowaniu połączony podmiot wiedziałby, że ten sam użytkownik przeszukiwał pojęcia A, B i C oraz odwiedził strony internetowe X, Y i Z w ciągu ostatniego tygodnia. Te informacje mogłyby potencjalnie być wykorzystane do lepszego kierowania reklam na użytkowników”²³.

¹⁹ W połączeniach Google/DoubleClick (M.4731), Telefonika UK/Vodafone UK/Everything Everywhere (M.6314), Publicis/Ominicom (M.7023), Facebook/WhatsApp (M.7217), IMS Health/Cegedim Business (M.7337), Sanofi/Google/DMI (M.7813) oraz Microsoft/LinkedIn (M.8124) Komisja oceniła antykonkurencyjny potencjał połączeń baz danych. W żadnym z tych przypadków, Komisja nie stwierdziła zaistnienia zagrożenia dla konkurencji (zob. Kadar i Bogdan, 2017, s. 479–486).

²⁰ Dec. Komisji z 11.03.2008 r. w sprawie COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick* (Dz. Urz. 2008 C 184, s. 10) (dalej: *Google/DoubleClick*).

²¹ *Google/DoubleClick*, par. 359.

²² *Ibidem*, par. 359.

²³ *Ibidem*, par. 360.

Spółka Google działała już jako dostawca przestrzeni reklamowej online we własnej witrynie internetowej i oferowała usługi pośrednictwa w reklamach online poprzez swoją sieć reklamową AdSense²⁴. DoubleClick dostarczała technologię, która w przypadku gdy przestrzeń reklamowa online została sprzedana reklamodawcy przez wydawcę, zapewniała, że prawidłowa reklama faktycznie zostanie wyświetlona w przestrzeni internetowej wydawców w miejscu i czasie wybranym przez reklamodawcę²⁵.

Obie firmy gromadziły i przechowywały ogromne ilości danych. Google zbierała dane dotyczące historii wyszukiwania i przeglądania użytkowników w Internecie. DoubleClick zbierała, w imieniu swoich klientów (reklamodawców i wydawców), dane o klientach końcowych (internautach) na swoich serwerach obsługujących technologię wyświetlania reklam. Komisja rozróżniła dane utworzone po stronie reklamodawcy przy użyciu programu *DART For Advertisers* (dalej: DFA), produktu DoubleClick dla reklamodawców, od danych utworzonych po stronie wydawcy za pomocą *DART for Publishers* (dalej: DFP) produktu DoubleClick dla wydawców²⁶. Dane utworzone przy użyciu DFA zawierały informacje na temat zachowań użytkowników w witrynach wszystkich wydawców, którzy publikują treści nadesłane przez reklamodawców używających programu DFA²⁷. Dane generowane poprzez użycie DFP obejmowały m.in. zapis o tym, który reklamodawca lub sieć reklam została wybrana w celu wypełnienia określonej przestrzeni reklamowej o określonej godzinie na danej stronie wydawcy, a także zapis adresu IP użytkownika, który poprosił o tę stronę internetową²⁸.

Po analizie powyższego stanu faktycznego Komisja wywnioskowała, że nawet jeśli zbiory danych Google i DoubleClick mogłyby zostać połączone, to konkurenci Google korzystali już z różnych sposobów łączenia danych o wynikach wyszukiwania z informacjami o zachowaniu online użytkowników²⁹. Microsoft i Yahoo! oferowały już jednocześnie usługi wyszukiwarek on-line i technologię wyświetlania reklam³⁰. Ponadto, inni konkurenci, którzy chcieliby również oferować bardziej zindywidualizowane reklamy, mogliby pozyskać dane lub zakupić usługi śledzenia online (*tracking services*) od osób trzecich, w tym również od dostawców usług internetowych (którzy mogą śledzić wszystkie zachowania użytkowników online). Komisja, tym samym uznała, że interesujące konkurentów Google dane można łatwo pozyskać z innych źródeł niż od spółki Google, a także że dane pozyskane od osób trzecich są potencjalnie większe i bogatsze niż dane zebrane przez sam DoubleClick, czy nawet przez podmiot powstały w wyniku połączenia³¹.

1.2. Facebook/WhatsApp³²

W sprawie Facebook/WhatsApp z 2014 roku, Komisja przeanalizowała potencjalne skutki przejścia spółki WhatsApp przez spółkę Facebook. W aspekcie Big Data, Komisja poddała analizie rynek usług reklamowych online, na których działała tylko spółka Facebook

²⁴ Ibidem, par. 4.

²⁵ Ibidem, par. 5.

²⁶ Ibidem, par. 28, 81.

²⁷ Ibidem, par. 182.

²⁸ Ibidem, par. 186.

²⁹ Ibidem, par. 364–365.

³⁰ Ibidem, par. 365.

³¹ Ibidem, par. 365.

³² Dec. Komisji z 10.03.2014 r. w sprawie COMP/M.7217 - Facebook/WhatsApp, opublikowana elektronicznie (dalej: Facebook/WhatsApp).

i zbadała czy pozycja Facebook na tym rynku właściwym zostanie wzmocniona w wyniku zwiększonej ilości danych, które mogłyby zostać objęte jej wyłączną kontrolą w wyniku przejęcia WhatsApp³³.

Komisja zauważyła, że nawet, jeśli Facebook próbowałby wykorzystać dane zebrane przez WhatsApp w celach reklamowych, to na rynku była obecna już wystarczająca liczba alternatywnych dostawców usług reklamowych online³⁴. Ich obecność nie pozwoliłaby tym samym na wzmocnienie pozycji Facebooka na tym rynku właściwym. Komisja, ponadto stwierdziła, iż w obiegu „nadal będzie duża ilość danych użytkowników internetowych, które są cenne dla celów reklamowych, a które nie znajdują się w wyłącznej kontroli Facebooka”³⁵.

1.3. Konkluzje

Dotychczasowa praktyka decyzyjna Komisji w zakresie oceny antykonkurencyjnych skutków połączeń baz danych wskazuje, iż skuteczna konkurencja nie będzie z zasady zagrożona na rynkach związanych z pozyskiwaniem i analizowaniem Big Data, gdyż konkurenci podmiotów biorących udział w podobnych koncentracjach będą zawsze mieli możliwość pozyskania danych z innych źródeł, niż od podmiotu, który zwiększa swoją bazę danych w wyniku połączenia. Wydawałoby się więc, że wprowadzenie nowego progu opartego na wartości transakcji nie wpłynęłoby zasadniczo na ocenę Komisji. Nawet gdyby nowa przesłanka jurysdykcyjna została spełniona Komisja, badając połączenie, uznałaby, iż na rynkach związanych z przetwarzaniem danych nie dojdzie do antykonkurencyjnych połączeń baz danych. Z tego względu wprowadzenie jej na poziomie unijnym można uznać za bezcelowe.

Należy mieć jednak na uwadze, że dotychczas Komisja oceniała tylko ogólnie ujętą dostępność danych charakteryzowaną ilościowo, nie zaś jakościowo. A to zarówno jakość, jak i ilość danych świadczy o ich przydatności i wartości. Oznacza to, że kryterium dostępności danych należałoby badać, biorąc pod uwagę treść danych oraz cel, w jakim są one wykorzystywane (Modrall, 2018, s. 3). Bazy danych pozyskane w wyniku analiz danych generowanych przez użytkowników Internetu mogą być albo zbierane i oferowane na rynku przez tzw. brokerów baz danych (*data brokers*), dane takie nazywane są „danymi pozyskanymi od podmiotów trzecich” (*third-party data*), albo pozyskane za pomocą własnych narzędzi analitycznych (tj. algorytmów) stosowanych bezpośrednio w toku oferowanej przez dany podmiot usługi, dane takie nazywane są „danymi własnymi” (*first-party data*) (Modrall, 2018, s. 3). Pierwszy typ baz danych z zasady będzie dostępny dla wszystkich zainteresowanych podmiotów, które będą dysponowały wystarczającymi środkami finansowymi, aby takie dane zakupić. Drugi typ danych będzie znajdował się w wyłącznym posiadaniu podmiotu, który takie dane bezpośrednio pozyskał (Modrall, 2018, s. 3). Z tego względu dane własne nie będą już spełniały kryterium „wszechobecności”. Oczywiście, możliwym będzie pozyskanie podobnych jakościowo i ilościowo danych z innych źródeł, jednakże istnieje ryzyko, że nie stworzą one bazy danych, która byłaby wystarczająco podobna, aby stanowić substytut pierwotnej bazy składającej się z „danych własnych” (Modrall, 2018, s. 3).

³³ *Facebook/WhatsApp*, par. 164.

³⁴ *Ibidem*, par. 187–189.

³⁵ *Ibidem*, par. 189.

Ponadto, sama badana ilościowo dostępność danych może nie stanowić wystarczającego narzędzia potrzebnego do zmierzenia antykonkurencyjnego wpływu połączeń na rynki cyfrowe. W pewnych przypadkach organy antymonopolowe powinny również pochylić się nad zagrożeniem wynikającym z zamknięcia dostępu do źródeł umożliwiających generowanie nowych danych (tj. algorytmy), zamiast skupiania swojej uwagi tylko na zagrożeniach wynikających z łączenia już istniejących baz danych (Modrall, 2018, s. 9).

Dane nie powinny być tym samym oceniane jako dobro ogólnie dostępne, gdyż niektóre podmioty mogą mieć utrudniony dostęp do pewnego zakresu interesujących ich konkretnych danych (Scheep i Wambach, 2016, s. 121). Duża ilość danych, które mają znaczenie dla graczy rynkowych jest w wyłącznym posiadaniu tych podmiotów, które je zebrały i które decydują o tym, w jaki sposób zostaną one użyte, np. odmawiając dostępu do nich swoim konkurentom (Scheep i Wambach, 2016, s. 121).

W związku z tym nie należy umniejszać problemu, jaki może stanowić powstawanie barier wejścia na rynek spowodowanych wyłączną kontrolą pewnego zakresu danych w rękach jednego podmiotu. Wyłączna kontrola danych, w szczególności kontrola danych o zachowaniach użytkowników, może prowadzić do niemożliwych do pokonania barier wejścia (Newman, 2014, s. 407, 409, 419–421). Powyższe oznacza, że mimo zapewnień Komisji, nie wszystkie typy danych charakteryzują się „wszechobecnością”, w konsekwencji czego mogą zaistnieć przypadki antykonkurencyjnych połączeń na rynkach cyfrowych, które powinny podlegać ocenie organów antymonopolowych nawet w przypadku, gdy podmiot przejmowany nie generuje wystarczająco wysokich obrotów. Zastosowanie kryterium wartości transakcji jest jedynym, do tej pory proponowanym, mechanizmem, który pozwoli na poddanie kontroli takich połączeń. Jednakże jego efektywne wykorzystanie będzie zależało od zmiany „ilościowego” podejścia Komisji na podejście biorące pod uwagę również pozostałe „jakościowe” cechy danych, takie jak ich zawartość oraz cele, w jakich są one wykorzystywane.

2. System odesłań

Kolejnym argumentem przeciwko wprowadzeniu nowych progów jurysdykcyjnych na szczeblu unijnym jest dotychczasowa skuteczność działania unijnego systemu odesłań. W przypadku koncentracji Facebook/WhatsApp oraz Microsoft/LinkedIn okazało się, że nawet koncentracje niemające wymiaru wspólnotowego, ale mogące być poddane zbadaniu przez organy ochrony konkurencji w minimum trzech państwach członkowskich zgodnie z krajowym prawem dotyczącym konkurencji, są zgłaszane Komisji. Oznacza to, że już mechanizm przedstawiony w art. 4 ust. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 umożliwił wypełnienie luki i w związku z tym wprowadzanie nowych rozwiązań tylko skomplikowałoby, i tak skomplikowany, system notyfikacji koncentracji (Bushell, 2016).

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że przywołany mechanizm, po pierwsze nie jest mechanizmem obligatoryjnym, po drugie zostanie uruchomiony dopiero wówczas, gdy planowana koncentracja będzie podlegała obowiązkowi notyfikacyjnemu w minimum trzech państwach członkowskich. Biorąc pod uwagę, iż do tej pory tylko Austria i Niemcy wdrożyły dodatkowe progi wartości transakcji, kryterium obrotowe w innych państwach członkowskich, w przypadku antykonkurencyjnych przejęć start-upów charakteryzujących się niskimi obrotami, nie zostanie spełnione, nie zaistnieje

więc przesłanka umożliwiająca zaangażowanie Komisji Europejskiej w przypadku takiego połączenia. Oznacza to, że aktualny mechanizm odesłań nie znajdzie zastosowania w przypadku problematycznych połączeń na rynkach cyfrowych, w których przejmowane są podmioty o niskich lub żadnych obrotach, dlatego też zasadnym wydaje się być wprowadzenie nowej przesłanki jurysdykcyjnej na poziomie krajowym.

IV. Podsumowanie

Aktualnie istniejące unijne mechanizmy kontroli koncentracji nie są w stanie objąć swym zakresem potencjalnie antykonkurencyjnych połączeń, które mają miejsce m.in. na rynkach związanych z analizami Big Data. Zbieranie, przetwarzanie i łączenie danych na masową skalę może w niektórych przypadkach prowadzić do powstania barier wejścia. Nie można więc nie zgodzić się z postulatem ustawodawcy niemieckiego i austriackiego, aby organy antymonopolowe wzięły pod uwagę rosnące znaczenie danych jako *de facto* czynnika produkcji i cennego składnika aktywów przedsiębiorstw.

Unijna kontrola połączeń na rynkach związanych z pozyskiwaniem i przetwarzaniem Big Data skupia się przede wszystkim na cesze danych, jaką jest ich „wszechobecność”, czyli możliwości pozyskania danych z wielu źródeł. Jednakże badanie to nie przewiduje oceny potencjalnie antykonkurencyjnych skutków wynikających z utrudniania dostępu konkurentom do konkretnych, wartościowych dla nich danych. Z kolei unijny mechanizm odesłań w sprawach niemających wymiaru wspólnotowego nie znajdzie zastosowania w przypadku problematycznych połączeń na rynkach cyfrowych, w których przejmowane są start-upy generujące zbyt mały obrót, aby połączenie zostało objęte obowiązkiem notyfikacyjnym w minimum trzech państwach członkowskich.

Z powyższego wynika, że wdrożenie na poziomie unijnym lub krajowym wymogu notyfikacji zamiaru koncentracji opartego na wielkości transakcji wydaje się zasadne. Pozwoli ono Komisji lub organom antymonopolowym państw członkowskich ocenić potencjalne zagrożenia płynące z przejęć małych, innowacyjnych podmiotów przez dominantów obecnych na rynkach związanych z gromadzeniem i analizą danych. W przypadku wprowadzenia przesłanki wartości transakcji do porządków krajowych poszczególnych państw członkowskich unijny mechanizm odesłań zacząłby skutecznie działać wobec tych połączeń, w których brałyby udział również podmioty niegenerujące wystarczających, z punktu prawa antymonopolowego, obrotów. Wprowadzenie zaś nowej przesłanki na poziomie unijnym spowodowałoby, że połączenia będą podlegały obowiązkowemu rozpoznaniu przez Komisję, w przeciwieństwie do fakultatywnego mechanizmu wynikającego z systemu odesłań. Jednakże w celu zapewnienia skuteczności zastosowania nowej przesłanki jurysdykcyjnej do kontroli połączeń, w konsekwencji których dochodzić będzie do potencjalnie antykonkurencyjnej agregacji baz danych, należałoby postulować również za tym, aby Komisja oraz krajowe organy antymonopolowe badały połączenia baz danych nie tylko w kontekście ilościowym, lecz także jakościowym, biorąc pod uwagę treść danych oraz cel, w jakim są one wykorzystywane.

Bibliografia

- Authorite de la Concurrence i Bundeskartellamt. (2016). *Competition Law and Data*. Pozyskano z: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf> (01.09.2017).
- Boutin, A. i Boutin, X. (2016). *Proposals for a more efficient European Merger Control*. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/aleksandra_boutin_and_xavier_boutin_contribution_en.pdf (01.09.2017).
- Breuvart, Ch. Chassaing, E. i Perraut, A-S. (2016). Big data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission's merger control practice and recent national initiatives. *Concurrences*, 3, 41–55.
- Bundeskartellamt i Bundeswettbewerbsbehörde. (2018). *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-Merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)*. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (07.09.2018).
- Bushell, G. (2016). EU Merger Regulation Reform: No Smiles from the Threshold, *Kluwer Competition Law Blog*. Pozyskano z: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/10/24/no-smiles-from-the-threshold-eu-merger-control-reform/> (07.09.2018).
- Holles de Payer, B. (2017). EU Merger Control and Big Data. *Journal of Competition Law & Economics*, 13(4), 767–790, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhx026>.
- Kadar, M. Bogdan, M. (2017). Big Data and EU Merger Control – A Case Review. *Journal of European Competition Law and Practice*, 8(8), 479–491, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx040>.
- Modrall, J. (2018). Big Data and Merger Control in the EU. *Journal of European Competition Law and Practice*, lpy062, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy062>.
- Monopolkommission. (2015). *Competition policy: The challenge of digital markets. Special Report No 68 by the Monopolies Commission pursuant to Section 44(1)(4) of the Act Against Restraints on Competition*. Pozyskano z: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf. (01.09.2018)
- Newman, N. (2014) Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data. *Yale Journal on Regulation*, 31(2), 401–454.
- OECD. (2015). *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paryż: OECD Publishing. Pozyskano z: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.
- Schepp, N-P. i Wambach, A. (2016). On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment. *Journal of European Competition Law and Practice*, 7(2), 120–124, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv091>.
- Stucke, M.E. i Grunes, A.P. (2016). *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press.
- Tabakow, M., Korczak, J. i Franczyk, B. (2014). Big data- definicje, wyzwania i technologie informatyczne. *Informatyka Ekonomiczna Business Informatics*, 1(31), 138–153. Pozyskano z: http://www.dbc.wroc.pl/Content/25191/Tabakow_Big_Data_definicje_wyzwania_i_tehnologie.pdf (07.09.2018).