

## Modele dystrybucji treści elektronicznych na przykładzie rynku e-booków

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Ogólna charakterystyka rynku
- III. Rynki właściwe
  1. Ustalanie rynku właściwego w prawie UE
  2. Ustalanie rynku właściwego w praktyce Prezesa UOKiK
  3. Ustalanie rynku właściwego w decyzjach Departamentu Sprawiedliwości USA
- IV. Modele dystrybucyjne
  1. Model hurtowy
  2. Model agencyjny
  3. Model bez pośredników
- V. Sprawa „Wielkiej Piątki” i Apple
  1. USA – Departament Sprawiedliwości
  2. UE – Komisja Europejska
- VI. Zagrożenia dla konkurencji
  1. Wzrost i ustabilizowanie cen detalicznych e-booków
  2. Porozumienia antykonkurencyjne na wyższym szczeblu dystrybucji
  3. Klauzula największego uprzywilejowania (MFN)
- VII. Podsumowanie

### Streszczenie

E-booki mogą być dystrybuowane przez platformy internetowe w dwóch zasadniczych modelach. Z jednej strony, może być stosowany model hurtowy, w ramach którego e-booki są sprzedawane detalistom po cenie hurtowej do odsprzedaży po cenie swobodnie przez nich ustalonej. Z drugiej strony, może być stosowany model agencyjny, w ramach którego detalista działała jako pośrednik w sprzedaży e-booków i pobiera prowizję od wydawcy. Doświadczenia amerykańskich i europejskich organów ochrony konkurencji wykazują, że stosowanie lub zmiana modelu dystrybucyjnego e-booków może wywoływać negatywne konsekwencje w obszarze prawa konkurencji. Artykuł przedstawia problemy dystrybucji e-booków na przykładzie firmy Apple i tzw. wielkiej piątki wydawców e-booków.

**Słowa kluczowe:** agent; cena odsprzedaży; model agencyjny; modele dystrybucji; prawo konkurencji.

**JEL:** K21

---

\* Radca prawny; e-mail: wojciech.lyszczarz@gmail.com.

## I. Wstęp

Temat dystrybucji i sprzedaży książek i ich związek z prawem konkurencji gościł już na łamach iKAR-a (Fidala, 2016). We wcześniejszym opracowaniu poruszono m.in. temat minimalnych cen odsprzedaży (*retail price maintenance*, RPM) oraz postulatów co do wprowadzenia ustawowej regulacji cen odsprzedaży książek. Rynek książek elektronicznych (e-booków) i innych wydawnictw elektronicznych (e-wydań prasy oraz audiobooków) jest niewątpliwie silnie związany z rynkiem książki i prasy, lecz posiada wiele cech charakterystycznych dla rynków dystrybucji za pośrednictwem Internetu (*e-commerce*). Jako zjawisko stosunkowo nowe w prawie konkurencji zasługuje z pewnością na odrębne omówienie.

W kontekście tematu przewodniego aktualnego numeru, tj. porozumień wertykalnych i sposobów dystrybucji, analiza rynku e-booków prowadzi do interesujących konkluzji dotyczących sposobów dystrybucji treści elektronicznych za pośrednictwem platform internetowych.

Dodatkowo temat ten pozostaje aktualny w związku z planowaną nowelizacją Wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>1</sup>, która, jak można się domyślać, będzie dotyczyć w dużej mierze dostosowania regulacji do sposobów dystrybucji przez Internet.

## II. Ogólna charakterystyka rynku

Przez książkę elektroniczną (e-booka) rozumie się zazwyczaj treść utworu zapisaną i odpowiednio sformatowaną w formie elektronicznej, przeznaczoną do odczytania za pomocą odpowiedniego oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu mobilnym, komputerze lub innym urządzeniu elektronicznym umożliwiającym wizualizację utworu<sup>2</sup>.

Pierwsze e-booki pojawiły się na rynku już w latach 90. Jednak najbardziej dynamiczny<sup>3</sup> ich rozwój przypada bezpośrednio po roku 2007, kiedy to Amazon wprowadził do sprzedaży czytnik w technologii e-papieru<sup>4</sup> pod nazwą Kindle<sup>5</sup>. Kolejne lata to okres intensywnego upowszechniania się e-czytników (takich jak Amazon Kindle i jego kolejne wersje oraz konkurencyjne e-czytniki: Kobo<sup>6</sup>, Nook<sup>7</sup> czy Sony LIBRIÉ<sup>8</sup>), a także innych elektronicznych urządzeń mobilnych, takich jak smartfony i tablety, które umożliwiają odczytanie e-booków i wyświetlenie ich treści w kolorze. Dopełnienie gamy urządzeń stanowią programy instalowane w komputerze stacjonarnym lub laptopie do wyświetlania treści e-booków na ekranie. E-booki są dystrybuowane w różnych formatach, takich jak ePUB, Mobipocket (MOBI), AZW, a także – ob.ecnie w zdecydowanie mniejszym zakresie – PDF<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Por. [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2018\\_vber/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/index_en.html) (15.06.2019).

<sup>2</sup> Por. dec. KE z 5.07.2013 r., COMP/39.847/E-Books, pkt 20.

<sup>3</sup> Szacuje się, że w latach 2009 i 2010, dynamika wzrostu sprzedaży e-booków wynosiła ponad 1000% rocznie (Manne i Rinehart, 2012).

<sup>4</sup> E-papier (ang. *E ink*) to technologia białoczarnej wyświetlacza imitującego papier, oparta na wykorzystaniu dodatnio naładowanych (białych) i ujemnie naładowanych (czarnych) kapsułek, które w zależności od potencjału elektrycznego układają się w czarne znaki graficzne na białym tle.

<sup>5</sup> Dec. KE z 25.7.2013 r., COMP/39.847/E-Books, pkt 22.

<sup>6</sup> <https://www.kobo.com/us/en> (15.06.2019).

<sup>7</sup> [https://www.barnesandnoble.com/b/nook/\\_/N-1pbl](https://www.barnesandnoble.com/b/nook/_/N-1pbl) (15.06.2019).

<sup>8</sup> Wycofany ze sprzedaży.

<sup>9</sup> Tradycyjnie najbardziej popularnym formatem dla wydawnictw elektronicznych był format PDF. U źródeł jego popularności leżał fakt, że pozwala on na zachowanie jednolitego wyglądu pliku na wyświetlaczu i po wydrukowaniu, niezależnie od platformy sprzętowo-programowej. PDF nie sprawdził się jednak w przypadku urządzeń mobilnych. Różna wielkość ekranów takich urządzeń spowodowała, że wyświetlenie całej strony pliku nie było możliwe, a jej skalowanie uciążliwe i niepraktyczne. W konsekwencji upowszechniły się tzw. formaty niestronicowane, takie jak ePUB oraz Mobipocket. Publikacje w formatach niestronicowanych pozwalają na skalowanie czcionki i dostosowywanie jej do wielkości wyświetlacza przy zachowaniu treści i pozostałej zawartości e-booków.

Mimo postępującej digitalizacji książek, nie wydaje się, aby w najbliższym czasie doszło do wyparcia z rynku tradycyjnych książek<sup>10</sup>. Czytelnicy nadal bardzo wyraźnie wiążą czytanie z książką papierową<sup>11</sup>.

Model dystrybucji i sprzedaży e-booków pozostał w wielu aspektach niezmienny w porównaniu z wydawnictwami tradycyjnymi (papierowymi), pomimo oczywistych różnic technologicznych. W literaturze (Linklater, 2012, s. 1; Picker, 2009, s. 12) zwraca się uwagę na następujące cechy dystrybucji e-booków:

- wydawcy zachowują nadal centralną rolę w dystrybucji książki elektronicznej i pozostają pośrednikiem między autorami a czytelnikami; większość autorów podpisuje umowy wydawnicze z wydawcami; pewną rolę zaczyna wprawdzie odgrywać samodzielne publikowanie, ale jest to jak na razie zjawisko stosunkowo mało istotne (por. punkt IV.3);
- ze względu na obniżenie kosztów publikacji e-booków częściowo zmienia się też rola wydawcy jako tzw. strażnika lub filtra (*gatekeeper*); wydawca może pozwolić sobie na większe ryzyko i nie musi zgadywać czy dana pozycja stanie się bestsellerem i będzie sprzedawać się w konkretnych lokalizacjach geograficznych (księgarniach); publikacja elektroniczna nie wiąże się z kosztami tradycyjnego druku, magazynowania, logistyki, dystrybucji i sprzedaży fizycznych nośników. Jest *de facto* publikacją na żądanie (*on demand*), której kopia jest tworzona wtedy, gdy czytelnik decyduje o jej zakupie (Picker, 2009, s. 12); niższe koszty publikacji oznaczają większą liczbę pozycji na rynku, co umożliwi wydawcom przetrwanie na konsumentów decyzji co do wyboru treści, które chcą zakupić i przeczytać<sup>12</sup>;
- zdecydowana większość wydawców tradycyjnych jest obecnie aktywna również na rynku e-booków<sup>13</sup>; jednak nie wszyscy wydawcy i dystrybutorzy e-booków dysponują sklepami stacjonarnymi (*brick and mortar*).
- dystrybucja e-booków nie wymaga infrastruktury wymaganej do sprzedaży przez Internet (*e-commerce*), takiej jak powierzchnie magazynowe i system wysyłkowy, co jeszcze bardziej obniża koszty;
- nie wszyscy wydawcy e-booków posiadają własną internetową platformę sprzedażową (integracja wertykalna); część z nich korzysta z usług platform elektronicznych (takich jak Amazon lub Apple iBookstore);
- wiele firm aktywnych na rynku występuje w podwójnej roli jako dostawca technologii (e-czytników) oraz treści (e-booków); dodatkowo dostawca e-czytników może dążyć do stworzenia zintegrowanego środowiska sprzętowo-programowego, łącząc sprzedaż e-czytników z oferowaniem e-booków tylko we własnym formacie i z zabezpieczeniami pozwalającym na odczytaniem treści wyłącznie na kompatybilnym e-czytniku<sup>14</sup>;

<sup>10</sup> Dec. KE z 25.7.2013 r., COMP/39.847/E-Books, pkt 101–102.

<sup>11</sup> W badaniu przeprowadzonym w 2011 r. 78% Niemców oświadczyło, że nie chce czytać książek z ekranu, a 85% „uwielbiało książki tradycyjne i uważało, że urządzenie mobilne nie zapewnia tego samego doświadczenia z czytaniem”.

<sup>12</sup> Taka zupełna swoboda czytelnika może być też złudna, ponieważ rolę gatekeepera częściowo przejmują wyszukiwarki internetowe lub algorytmy sugerujące pozycje do przeczytania na podstawie dotychczasowej historii lektur danego czytelnika.

<sup>13</sup> Zgodnie z szacunkami, od 70 do 87% wydawców jest aktywna na rynku dystrybucji e-booków na głównych rynkach językowych, takich jak Niemcy, Francja, Wielka Brytania, Holandia, Hiszpania (European and International Booksellers Federation, 2016).

<sup>14</sup> Przykładem takiego działania jest promowanie własnego formatu e-book AZW na czytniki Kindle przez Amazon. Należy jednak zaznaczyć, że Amazon umożliwia również odczytanie plików innych dostawców (typ plików Mobi), aczkolwiek jest on nieco utrudniony. Zgodnie z postanowieniami umowy licencyjnej użytkownik Kindle nie może obejść zabezpieczeń Digital Rights Management System (DRMS) ani dokonywać inżynierii wstecznej czytnika lub oprogramowania.

- e-book często jest charakteryzowany jako usługa, a nie towar; książki elektroniczne mogą być sprzedawane na zasadzie licencji<sup>15</sup>; w związku z powyższym, występują też znaczne różnice w stawkach podatku VAT naliczanego w związku ze sprzedażą e-booków w porównaniu z wydawnictwami tradycyjnymi, które w wielu krajach korzystają z obniżonej stawki VAT;
- Użytkownicy e-czytników wykazują większą tendencję do zakupu książek elektronicznych aniżeli do ich wypożyczania, w porównaniu z czytelnikami wydawnictw tradycyjnych, którzy częściej wypożyczają książki<sup>16</sup>.

### III. Rynki właściwe

Analiza systemów dystrybucji e-booków z punktu widzenia prawa konkurencji nie będzie kompletna bez zaproponowania definicji rynku właściwego. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej oraz krajowych organów ochrony konkurencji jest w tym zakresie bogata, szczególnie w sprawach z zakresu kontroli koncentracji przedsiębiorstw aktywnych na rynkach dystrybucji i sprzedaży tradycyjnych (papierowych) wydawnictw książkowych. Należy jednak zauważyć, że korzystanie wprost z definicji wypracowanych na potrzeby kontroli koncentracji nie będzie uzasadnione we wszystkich przypadkach ustalania rynku właściwego na potrzeby porozumień antykonkurencyjnych.

#### 1. Ustalenie rynku właściwego w prawie UE

Komisja Europejska dokonała szczegółowej analizy rynków związanych z tradycyjnymi książkami w sprawach koncentracyjnych<sup>17</sup> i przyjęła zasadę, że dla wyodrębnienia rynku właściwego, istotne znaczenie ma język publikacji. Komisja traktuje język publikacji jako podstawowe kryterium definiujące rynek asortymentowy sprzedaży książek.

Ponadto, rynki asortymentowe, na których aktywni są wydawcy i dystrybutorzy książek, powinny odpowiadać głównym etapom „cyklu dystrybucyjnego” książki. W ten sposób wyodrębniono:

- (i) rynek pozyskiwania krajowych i zagranicznych praw do publikacji książek;
- (ii) rynek sprzedaży książek dla pośredników (takich jak księgarnie, sieci księgarskie oraz markety i hipermarkety);
- (iii) rynek sprzedaży książek do odbiorców ostatecznych (na którym mogą być aktywni zarówno pośrednicy (dystrybutorzy), jak i sami wydawcy)<sup>18</sup>.

Powyższe rynki mogą podlegać dalszemu podziałowi z punktu widzenia treści książek będących przedmiotem obrotu i obejmować np.: (a) beletrystykę (wydania pełnoformatowe); (b) beletrystykę (wydania kieszonkowe); (c) książki dla dzieci; (d) literaturę faktu; (e) komiksy; (f) podręczniki szkolne; (g) książki akademickie i wydawnictwa profesjonalne oraz (h) wydawnictwa elektroniczne. Treść przytoczonych decyzji Komisji może wskazywać, że dalsza segmentyzacja rynku książek nie jest wykluczona (szczególnie ze względu na rodzaj książek).

Wskazany podział stanowi oczywiście duże uproszczenie. Z punktu widzenia odbiorcy ostatecznego poszczególne tytuły nie stanowią substytutów względem siebie. Komisja przyznaje, że

<sup>15</sup> W przypadku wydawnictw elektronicznych nie dochodzi do wyczerpania praw autorskich i w konsekwencji nie funkcjonuje w UE rynek używanych e-booków.

<sup>16</sup> Według badań Pew Research Center tylko 12% posiadaczy e-czytników wypożyczyło e-booki z biblioteki, a 58% posiadaczy kart bibliotecznycy nie wiedziało czy ich biblioteka wypożycza e-booki. Zob. <http://www.pewinternet.org/2012/06/22/libraries-patrons-and-e-books/> (15.06.2019).

<sup>17</sup> Dec. KE z 7.01.2004 r., COMP/M.2978 *Lagarde/Natexis/VUP* i dec. KE z 15.10.2007 r., COMP/M.4611 *EGMONT/BONNIER*;

<sup>18</sup> Dec. KE z 7.01.2004 r., COMP/M.2978 *Lagarde/Natexis/VUP*, pkt 12.

w większości przypadków książki stanowią całkowicie oryginalne dzieła, które nie mogą być ze sobą porównywane<sup>19</sup>. Potencjalnie jedynie książki dotyczące tego samego tematu w określonej dziedzinie (np. wydawnictwa encyklopedyczne lub podręczniki) i zawierające zbliżoną merytoryczną treść (np. według uznanego stanu wiedzy w danej dziedzinie), mogą być faktycznie traktowane jako towary o charakterze substytucyjnym. Na potrzeby ustalenia rynku właściwego fakt ten jest jednak pomijany.

Cytowane powyżej decyzje, wydane jeszcze przed erą mobilnych urządzeń elektronicznych, sygnalizowały<sup>20</sup>, że Komisja może traktować rynki sprzedaży hurtowej i detalicznej e-booków jako odrębne rynki asortymentowe, różniące się od rynków książek tradycyjnych.

W swoich najnowszych decyzjach, Komisja jednoznacznie traktuje już rynek dystrybucji detalicznej e-booków (w danym języku) jako rynek odrębny od rynku dystrybucji książek tradycyjnych<sup>21</sup>.

Trybunał Sprawiedliwości UE przyjmuje bardziej uproszczone podejście w odniesieniu do rynków dystrybucji książek papierowych. Stoi na stanowisku, że rynek asortymentowy obejmuje wszystkie książki w danym języku i na tym etapie kończy analizę rynku właściwego, nie rozróżniając dalszych podkategorii rynków według typów książek<sup>22</sup>. Trybunał nie wypowiadał się jednak do tej pory czy wydawnictwa elektroniczne stanowią oddzielny rynek asortymentowy.

Rynek geograficzny w decyzjach Komisji jest określany jako rynek obejmujący obszar językowy w ramach UE albo EOG (np. dla języka francuskiego – Francja, francuskojęzyczna część Belgii i Luksemburga (UE) oraz ewentualnie francuskojęzyczna część Szwajcarii (EOG)<sup>23</sup>). W przypadku języka niemieckiego byłby to obszar Niemiec, Austrii (UE) oraz ewentualnie niemieckojęzycznej części Szwajcarii. Wyjątkiem od zasady językowej jest rynek sprzedaży podręczników szkolnych oraz książek prawnych (w zakresie prawa krajowego), które z uwagi swoją treść (odpowiadającą programom szkolnym w danym państwie albo dotyczącą systemu prawnego danego państwa) są co do zasady rynkami krajowymi<sup>24</sup>.

W kontekście rynku geograficznego, warte podkreślenia są dwie dodatkowe kwestie. Po pierwsze, część państw członkowskich wprowadziło regulacje dotyczące sztywnych cen odsprzedaży (takie jak np. *Loi Lang*<sup>25</sup> we Francji czy niemiecka ustawa *Buchpreisbindungsgesetz*<sup>26</sup>) (Fidala, 2016, s. 8). Regulacje te stopniowo zostały również rozszerzone na e-booki (np. we Francji<sup>27</sup> i Niemczech<sup>28</sup>). Stąd w dyskusjach dotyczących określenia rynku właściwego pojawia się też argument o konieczności ograniczenia rynku geograficznego do rynku krajowego ze względu na regulacje prawne. Po drugie, sprzedaż e-booków opiera się na licencjonowaniu treści chronionych prawami autorskimi. Ze względu na zasadę terytorialności praw autorskich, licencje na publikacje książek (oraz e-booków w szczególności) są przyznawane na rynki krajowe, co mogłoby świadczyć

<sup>19</sup> Dec. KE z 25.11.1981 r., 82/123/EWG, (IV/428 – VBBB/VBVB), pkt 62.

<sup>20</sup> Komisja nie zajęła się w sprawie *Lagardere/Natexis/VUP* rynkami pozyskiwania praw do publikacji e-booków, sprzedaży e-booków na rzecz pośredników oraz sprzedaży e-booków do odbiorców ostatecznych, bowiem uczestnicy koncentracji nie byli aktywni na tych rynkach.

<sup>21</sup> Dystrybucja detaliczna e-booków po angielsku i niemiecku do konsumentów w EOG – Komunikat Komisji z 26.01.2017 r., sprawa AT.40153 – *E-book MFNs* (Dz.Urz. UE 2017 C 26/02).

<sup>22</sup> Wyr. ETS z 17.01.1994 r. w połączonych sprawach C-43/82 i 63/83 *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen (VBVB) łącznie z Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (VBBB) v. Komisja*, ECLI:EU:C:1984:9, pkt 58.

<sup>23</sup> Dec. KE z 7.01.2004 r., COMP/M.2978 *Lagardere/Natexis/VUP*, pkt 296.

<sup>24</sup> Wyjątkiem w tym zakresie byłyby natomiast podręczniki i książki z zakresu prawa europejskiego.

<sup>25</sup> Ustawa 81-766 z 10.08.1981 r. w sprawie cen książek (*Loi relative au prix du livre*).

<sup>26</sup> Ustawa *Buchpreisbindungsgesetz* z 2.09.2002 r. (BGBl. I S. 3448).

<sup>27</sup> Ustawa 2011-590 z 26.05.2011 r. w sprawie cen książek cyfrowych (*La loi sur le prix du livre numérique*).

<sup>28</sup> § 2 (1) pkt 3 ustawy *Buchpreisbindungsgesetz* w brzmieniu ustalonym na podstawie ustawy zmieniającej z 31.07.2016 r. (BGBl. I S. 1937).



o krajowym charakterze rynku geograficznego. Argument o krajowym zasięgu rynków geograficznych został zaakceptowany przez Komisję w niektórych przypadkach, szczególnie w odniesieniu do państw, w których językami urzędowymi są mało popularne języki, używane faktycznie tylko na terytorium tego państwa. Jednakże w odniesieniu do języków powszechnie używanych, takich jak angielski, praktyka Komisji zmierza w kierunku rozszerzenia rynku geograficznego na rynek co najmniej całego EOG.

Podsumowując, rynek asortymentowy w ujęciu Komisji Europejskiej dla celów koncentracyjnych będzie obejmował jeden z trzech etapów cyklu sprzedażowego e-booków w danym języku, tj. (1) nabywanie praw do publikacji; (2) dystrybucję e-booków do pośredników i (3) dystrybucję e-booków do czytelników, z ewentualnym dalszym podziałem tych rynków według rodzajów publikacji. Z kolei rynek geograficzny będzie obejmował obszar językowy odpowiadający językowi wydawnictwa elektronicznego w ramach EOG bądź też będzie charakteryzowany jako rynek krajowy.

## 2. Ustalenie rynku właściwego w praktyce Prezesa UOKiK

W orzecznictwie Prezesa UOKiK w sprawach koncentracyjnych można natknąć się również na decyzje dotyczące rynku sprzedaży książek oraz e-booków. Według Prezesa UOKiK, w aspekcie asortymentowym, należy wyróżnić rynek sprzedaży detalicznej książek niespecjalistycznych oraz grupę rynków sprzedaży detalicznej książek specjalistycznych i podręczników szkolnych. Podział na książki niespecjalistyczne i specjalistyczne (oraz podręczniki) został dokonany ze względu na różne grupy odbiorcze, rodzaj zaspokajanych potrzeb i cel zakupu. Książki niespecjalistyczne zaspokajają mianowicie podstawowe potrzeby poznawcze, dostarczają rozrywki i są formą spędzania wolnego czasu. Obejmują one tzw. literaturę głównego nurtu (w szczególności beletrystykę, literaturę popularno-naukową, literaturę faktu, poradniki)<sup>29</sup>.

Książki specjalistyczne natomiast obejmują publikacje, które są kupowane przez konsumentów nie ze względu na ich gusta i preferencje dotyczące spędzania wolnego czasu, ale (przede wszystkim) ze względu na wykonywaną przez nich pracę<sup>30</sup>. Książki specjalistyczne zawierają wiedzę fachową z różnych dziedzin, takich jak prawo, rachunkowość, medycyna, nauki techniczne itp. Są one nabywane w celu zdobycia wiadomości niezbędnych do wykonywania przez nabywcę pracy zawodowej<sup>31</sup>.

Ponadto, od książek specjalistycznych i niespecjalistycznych została wyodrębniona grupa obejmująca podręczniki szkolne. Stanowi ona odrębny rynek ze względu na fakt, że podręczniki są kierowane do bardzo precyzyjnie określonego grona odbiorców – uczniów, a popyt na poszczególne podręczniki nie wynika ze swobodnych decyzji konsumentów, ale jest konsekwencją obowiązku szkolnego dzieci i młodzieży oraz decyzji podejmowanych przez placówki dydaktyczne. W przypadku podręczników, ich zakup wynika z rodzaju pobieranej przez dzieci i młodzież edukacji.

Prezes UOKiK uznał ponadto, że z uwagi na brak wystarczającej substytucyjności popytowej z rynku książek powinny zostać wyłączone publikacje w innej postaci niż drukowana, w szczególności audiobooki i e-booki. Argument o braku substytucyjności wynika z konieczności dokonania inwestycji początkowej przez zakup urządzeń i oprogramowania do korzystania z e-booków.

<sup>29</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r., DKK 12/11 (*Empik /Merlin.pl*), s. 11.

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 11.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 8.

Za geograficzny rynek właściwy dla rynku detalicznej sprzedaży książek papierowych zarówno specjalistycznych, jak i niespecjalistycznych, ze względu na odmienne preferencje i upodobania konsumentów, wysokie koszty transportu w stosunku do ceny oferowanych produktów oraz ograniczenia językowe, uznano rynek krajowy.

Prezes UOKiK nie zdefiniował rynku właściwego w odniesieniu do e-booków. Można natomiast domniemywać, że ze względu na specyfikę polskiego rynku e-booków publikowanych w języku polskim, taki rynek obejmowałby również rynek krajowy.

Należy podkreślić, że opisywana powyżej decyzja Prezesa UOKiK liczy już ponad 8 lat. W tym czasie, rynek e-booków w Polsce rozwijał się bardzo dynamicznie<sup>32</sup>, a dostępność urządzeń elektronicznych pozwalających na dostęp do e-booków wzrosła istotnie. Dlatego też, w opinii autora, w obecnych realiach wyodrębnienie rynku e-booków i oddzielenie go od rynku wydawnictw tradycyjnych byłoby jak najbardziej uzasadnione.

### 3. Ustalenie rynku właściwego w decyzjach Departamentu Sprawiedliwości USA

W sprawach antytrustowych, amerykański Departament Sprawiedliwości jednoznacznie uznał rynek e-booków za odrębny rynek asortymentowy. Stwierdził, że mimo tej samej treści książki tradycyjnej i e-booka, e-booki mają następujące cechy decydujące o ich unikalności:

- odmienna jest natychmiastowa dostępność e-booka po jego zakupie; e-booki mogą być zakupione i pobrane na urządzenia elektroniczne w dowolnym czasie i miejscu, jedynie pod warunkiem posiadania dostępu do Internetu;
- e-czytniki są kompaktowe, łatwe do przeniesienia i mieszczą tysiące książek;
- e-booki wymagają natomiast odpowiedniej technologii (oprogramowania i sprzętu); niezbędny jest zakup czytnika e-booków (lub innego urządzenia mobilnego), dlatego czytelnik musi najpierw ponieść koszty zakupu takiego urządzenia; inwestycja w technologię stanowi więc barierę, która sprawia, że nie występuje substytucyjność wydawnictw tradycyjnych z wydawnictwami elektronicznymi (Linklater, 2012, s. 8); wydaje się jednak, że w związku z upowszechnieniem wielofunkcyjnych urządzeń mobilnych (takich jak smartfony i tablety), ten argument prawdopodobnie będzie tracił coraz bardziej na znaczeniu, aczkolwiek czytniki e-booków jak na razie górują nad innymi urządzeniami wygodą użytkowania;
- czytniki e-booków oferują dodatkowe funkcje niedostępne w przypadku tradycyjnych wydawnictw; funkcje te obejmują m.in.: możliwość zmiany wielkości czcionki, podświetlenie stron, bezpośredni dostęp do słowników, możliwość zaznaczenia fragmentów tekstu, wprowadzenia adnotacji i dzielenia się za pośrednictwem mediów społecznościowych<sup>33</sup>.

Zdaniem Departamentu Sprawiedliwości nie istnieją realne i sensowne substytuty dla e-booków.

Ponadto, Departament Sprawiedliwości uznał, że rynkiem właściwym geograficznie jest obszar Stanów Zjednoczonych, na które przyznawane są licencje na e-booki. O takim wymiarze świadczy również praktyka sprzedawców, którzy na potrzeby sprzedaży w USA tworzą oddzielne sklepy internetowe<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Zgodnie z szacunkami Instytutu Książki wartość sprzedaży e-booków w 2017 r. wyniosła 85 mln złotych, co stanowi ok. 3–4% całego rynku wydawniczego oraz wzrost o 13,3 % w stosunku do 2016 r. (The Polish Book Market, 2017, s. 13).

<sup>33</sup> Skarga Departamentu Sprawiedliwości z 11.04.2012 r., *United States of America v. Apple, Inc., Hachette Group, Inc., HarperCollins Publishers L.L.C., Verlagsgruppe Georg von Holtzbrink GmbH, Holtzbrinck Publishers LLC, d/b/a Macmillan, The Penguin Group, a Division of Pearson PLC, Penguin Group (USA), Inc. i Simon & Schuster, Inc.*, sprawa 1:12-cv-02826-UA, s. 99.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 100.

## IV. Modele dystrybucyjne

Sposób funkcjonowania rynku dystrybucji i sprzedaży e-booków dzieli się na okres przed i po 2010 roku. Rok ten jest bowiem cezurą czasową, określoną przez wprowadzenie do sprzedaży iPada przez firmę Apple. Oznacza jednocześnie kres hegemonii firmy Amazon na rynku sprzedaży e-booków w Stanach Zjednoczonych<sup>35</sup> i w niektórych państwach europejskich<sup>36</sup>. Porównanie celów funkcjonowania tych dwóch firm pozwala na zrozumienie różnic w przyjętych modelach dystrybucji treści cyfrowych.

Amazon jest przede wszystkim firmą handlową, która rozpoczęła swoją działalność od sprzedaży książek w Internecie. Jako detalista, Amazon, w naturalny sposób rozszerzył ofertę o treści cyfrowe i wprowadził do sprzedaży e-czytniki przede wszystkim po to, aby klienci dysponowali technologią do korzystania z e-booków. Kindle jest co do zasady urządzeniem tylko o jednym przeznaczeniu – umożliwia czytanie e-booków. Przychody Amazon opierają się na sprzedaży treści cyfrowych, a nie sprzedaży e-czytników (Manne i Rinehart, 2012, s. 18).

Zainteresowanie Apple'a rynkiem e-booków ma zgoła odmienne podłoże. Apple jest firmą technologiczną, która chce zachęcić klientów do kupna swoich produktów, takich jak iPad lub iPhone, przez atrakcyjną ofertę treści cyfrowych (w tym e-booków) na takie urządzenia. iPad jest platformą elektroniczną o szeregu zastosowań, wśród których korzystanie z e-booków ma stosunkowo niewielkie znaczenie i odpowiada za małą część przychodów Apple. Apple przyznało nawet, że oferta e-booków nie była szczególnie istotna z punktu widzenia sukcesu iPada<sup>37</sup> (Manne i Rinehart, 2012, s. 18). Być może, najbardziej widocznym aspektem tego podejścia jest fakt, że Apple zezwoliło na oferowanie przez Amazon aplikacji Kindle na urządzenia iPhone i iPad (konkurującej z analogiczną aplikacją Apple), umożliwiając tym samym dostęp do e-booków zakupionych od Amazon na urządzeniach Apple'a. Jak widać zatem, Apple najbardziej zależy na tym, aby móc pochwalić się możliwością udostępniania e-booków (dowolnego dostawcy) na swoich urządzeniach mobilnych.

Wskazane różnice założeń biznesowych mają istotny wpływ na zakres kontroli, którą każda z wymienionych firm chce wywierać na cenę treści elektronicznych udostępnianych na jej urządzeniach. Przedsiębiorstwa handlowe (takie jak Amazon) zmagają się z ścisłą kontrolą polityki cenowej towarów (w omawianym przypadku treści cyfrowych, takich jak e-booki) jako głównego źródła swoich przychodów. Z kolei, firmy technologiczne (takie jak Apple) mogą pozwolić sobie na swobodniejszą kontrolę cen i pozostawienie polityki cenowej w gestii dostawców treści, gdyż główne źródło przychodów Apple leży we własnej technologii, a nie sprzedaży towarów lub treści elektronicznych stron trzecich.

Opisane powyżej cele przejawiają się w przyjętych modelach dystrybucyjnych: tzw. modelu hurtowym i modelu agencyjnym.

<sup>35</sup> Nie oznacza to jednak, że Amazon nie ma silnej pozycji na tym rynku. Wprawdzie jego udział rynkowy w sprzedaży e-booków w USA spadł z poziomu 90% w roku 2010, to jednak udział ten wynosił w 2012 r. 65%, w porównaniu z 10% po stronie Apple. Więcej informacji na temat związków między amerykańskim prawem antytrustowym a praktykami rynkowymi Amazon można znaleźć w publikacji Khan (2017).

<sup>36</sup> W Niemczech udział rynkowy Amazon w rynku sprzedaży e-booków to nadal ok. 50%, por. Komunikat Bundeskartellamt z 20.01.2017 r. w sprawie koncentracji Rakuten i Tolino. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/20\\_01\\_2017\\_Tolino\\_rakuten.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/20_01_2017_Tolino_rakuten.html) (24.03.2019).

<sup>37</sup> Sprzedaż e-booków generuje zaledwie ok. 0,0005% przychodów Apple.



## 1. Model hurtowy

Książki w wersji papierowej od zawsze były sprzedawane w tzw. modelu hurtowym. W tym modelu wydawcy sprzedają książki do detalistów po cenie hurtowej (cenie cennikowej albo sugerowanej cenie detalicznej pomniejszonej o rabaty przyznane detaliście<sup>38</sup>). Jednocześnie wydawca wskazuje na okładce książki sugerowaną cenę detaliczną. Detaliści mają swobodę, jeśli chodzi o ustalenie ostatecznej ceny sprzedaży. Z uwagi na nadrukowaną na książce sugerowaną cenę detaliczną, cena ta może (przynajmniej na początku sprzedaży danego tytułu) stać się ostateczną ceną detaliczną (Manne i Rinehart, 2012). W praktyce nie jest to jednak reguła<sup>39</sup>. Różni sprzedawcy detaliczni mogą stosować różne ceny tych samych książek, co w teorii powinno prowadzić do konkurencji cenowej na poziomie detalicznym.

Wynagrodzeniem wydawcy jest pobierana od detalisty cena hurtowa (jest to zazwyczaj ok. 50% do 60% rekomendowanej detalicznej ceny sprzedaży). Wynagrodzenie należne wydawcy jest w tym modelu stałe i nie jest uzależnione od faktycznej ceny detalicznej. Sprzedawca detaliczny może dowolnie stosować własną politykę cenową rabatową i udzielać własnych rabatów na rzecz konsumentów, kosztem swojej marży.

Model hurtowy utrzymuje się na rynku wydawnictw tradycyjnych, ale jest też stosowany w odniesieniu do e-booków. Wprawdzie e-booki nie posiadają zazwyczaj sugerowanej ceny detalicznej, niemniej jednak wydawca informuje detalistów o sugerowanych cenach detalicznych i na podstawie tej ceny (po odliczeniu rabatów) jest ustalana cena hurtowa. Podobnie jak w przypadku wydawnictw tradycyjnych, sprzedawca detaliczny (np. operator platformy) swobodnie decyduje o cenach detalicznych, a ustalona przez niego cena, za jaką będzie udostępniać pliki swoim klientom, nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia wydawcy. Jak się wydaje, w przypadku e-booków, skłonność detalistów do konkutowania w zakresie ceny powinna być większa, ze względu na brak tradycyjnych obciążeń, takich jak koszty druku czy magazynowania.

W przypadku wydawnictw tradycyjnych, książki stają się własnością sprzedawcy detalicznego, który następnie dokonuje ich odsprzedaży. Odmianą tego modelu jest sprzedaż z zastrzeżeniem prawa własności albo komis. W przypadku dystrybucji plików elektronicznych, w którym nie ma potrzeby wcześniejszej dostawy książki do punktu sprzedaży, a wykonanie kopii pliku i jego sprzedaż następuje „na żądanie” klienta, popularnym modelem jest właśnie komis, w którym sprzedawca detaliczny dokonuje sprzedaży pliku elektronicznego w imieniu własnym, lecz na rzecz wydawcy. Wynagrodzenie (hurtowe) przysługuje wydawcy od każdego pliku elektronicznego udostępnionego klientowi.

## 2. Model agencyjny

Model agencyjny opiera się na innych założeniach. Zakłada on istnienie relacji między zleceniodawcą i jego agentem oraz dążenie przez nich do tego samego celu – jest nim dokonanie przez agenta sprzedaży towaru zleceniodawcy za możliwie najwyższą cenę<sup>40</sup> (Posner, 2010).

<sup>38</sup> Cena cennikowa może również podlegać obniżeniu o rabaty. Takie rabaty będą jednak niższe niż w przypadku, gdy ceną wyjściową dla ustalenia cen hurtowych jest sugerowana cena detaliczna.

<sup>39</sup> Z wyjątkiem regulacji ustawowych dotyczących cen odsprzedaży książek, o których wspomniano powyżej.

<sup>40</sup> Wizja realizacji tego celu może jednak się różnić. Zleceniodawcy zależy na możliwie dużym zaangażowaniu agenta w celu uzyskania jak najwyższej ceny. Agentowi zależy na możliwie małym zaangażowaniu i stosunkowo wysokim proficie i dlatego może być skłonny do poświęcenia części zysków, jeśli wiąże się to ze znaczącym zmniejszeniem jego zaangażowania w proces sprzedaży.

Zachętą dla agenta do podejmowania starań na rzecz sprzedaży jest wynagrodzenie prowizyjne, ustalone jako procent od ceny detalicznej. Wysokość prowizji jest ustalana z wyprzedzeniem na etapie zawierania umowy między zleceniodawcą a agentem.

W kontekście treści cyfrowych, zadanie agenta jest ułatwione. W rzeczywistości zapewnia on zleceniodawcy (np. wydawcy e-booków) bezpośredni dostęp do swoich klientów (np. użytkowników platformy zakupowej) oraz ewentualnie dba o kwestie promocji i reklamy. Wydawca dzięki sprzedaży przy wykorzystaniu platformy cyfrowej ma możliwość kontrolowania cen sprzedaży, dlatego w modelu agencyjnym na rynkach sprzedaży treści cyfrowych zleceniodawca ustala także cenę detaliczną (Abhishek, Jerath i Zhang, 2015).

Z punktu widzenia prawnego, w modelu agencyjnym, e-booki są sprzedawane bezpośrednio przez wydawcę na rzecz konsumenta/odbiorcy ostatecznego za pośrednictwem platformy oferowanej przez agenta. Sprzedawca detaliczny (agent) świadczy usługę pośrednictwa i nie sprzedaje towarów (nie uzyskuje prawa własności książek w celu dalszej odsprzedaży). Negocjacje między agentem a wydawnictwem dotyczą w związku z tym wysokości prowizji, a nie wysokości rabatów.

Przejęcie do modelu agencyjnego oznacza zachowanie kontroli nad ceną detaliczną przez wydawcę. Model ten uniemożliwia bowiem rabatowanie na poziomie detalicznym przez agenta. Detalista nie ma prawa samodzielnie stosować rabatów lub promocji. Wynagrodzenie wydawcy (cena detaliczna minus prowizja pośrednika) pozostaje w bezpośrednim związku z faktyczną ceną detaliczną. Ze względu na kontrolę wykonywaną przez wydawnictwo, ceny e-booków pozostają z reguły takie same na wszystkich platformach sprzedażowych, wydawca nie ma bowiem interesu w tym, aby promować sprzedaż na jednej z nich, kosztem pozostałych (zakładając, że sprzedawca nie kontroluje żadnej z tych platform).

### 3. Model bez pośredników

Nowym modelem publikacji książek, w tym e-booków jest model samodzielnego publikowania utworów przez autorów, bez pośrednictwa wydawców. Jest to możliwe dzięki platformom takim, jak Kindle direct publishing<sup>41</sup> lub Kobo writing style<sup>42</sup>. Autor, wybierający model samodzielnej publikacji, odpowiada we własnym zakresie za przygotowanie edytorskie, promocję i ustalenie warunków sprzedaży swoich utworów. Platforma zapewnia tylko utrzymywanie danej pozycji w swojej ofercie.

Platformy sprzedażowe oferują autorom publikującym bezpośrednio w ich systemie dystrybucyjnym atrakcyjne warunki finansowe. Wynagrodzenie autorskie w takim modelu może sięgać nawet 70% ceny detalicznej pomniejszonej o VAT i koszty dostawy<sup>43</sup>, przekraczając kilkukrotnie wynagrodzenie uzyskiwane od wydawców w tradycyjnych modelach wydawniczych. Nic zatem dziwnego, że pierwsza inicjatywa tego typu propagowana przez Amazon spotkała się gwałtowną reakcją wydawnictw<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Por. [https://kdp.amazon.com/en\\_US](https://kdp.amazon.com/en_US) (15.06.2019).

<sup>42</sup> Por. <https://www.kobo.com/us/en/p/writinglife> (15.06.2019).

<sup>43</sup> Por. warunki wynagrodzeń autorskich oferowanych przez Amazon: [https://kdp.amazon.com/en\\_US/help/topic/G200634500](https://kdp.amazon.com/en_US/help/topic/G200634500) (15.06.2019).

<sup>44</sup> Jak stwierdził jeden z dyrektorów Penguin USA, „jestem teraz jeszcze bardziej przekonany, że potrzebujemy sensownej alternatywy dla Amazon, w przeciwnym razie ten nonsens będzie trwał i sytuacja będzie się pogarszać”. Pozew Departamentu Sprawiedliwości USA z 11.04.2012 r., nr 1:12-cv-02826-UA, pkt 70.

## V. Sprawa „Wielkiej Piątki” i Apple

Zainteresowanie organów antymonopolowych rynkiem e-booków jest ściśle związane z działaniami tzw. Wielkiej Piątki w sektorze wydawniczym w czasie, kiedy dokonywała się rewolucja w technologii e-booków (lata 2007–2010). „Wielka Piątka” to pięć największych wydawnictw w Stanach Zjednoczonych, do których zaliczają się: Hachette Livre SA (dalej: Hachette), HarperCollins Publishers Limited and HarperCollins Publishers, L.L.C (dalej: Harper Collins), Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG oraz Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH (dalej: Holtzbrinck/Macmillan), Penguin Group (USA) Inc. (dalej: Penguin), oraz Simon & Schuster, Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd oraz Simon & Schuster Digital Sales, Inc. (dalej: Simon & Schuster). Szóstym największym wydawnictwem, wymienianym czasem razem z „Wielką Piątką” jest Random House. Na rynku aktywni są także mniejsi gracze, tacy jak Faber and Faber oraz Canongate. Wydawnictwa te dysponują prawami autorskimi do publikacji większości bestsellerów na rynku i są głównymi graczami na rynku pozyskiwania praw do nowych publikacji<sup>45</sup>.

Do 2010 r. hurtowy model dystrybucji przeważał zarówno w odniesieniu do wydawnictw papierowych, jak i e-booków. Amazon jako promotor technologii e-czytników i główny dystrybutor e-booków stosował model hurtowy dystrybucji przy bardzo agresywnej polityce cenowej. Silna pozycja negocjacyjna względem wydawców umożliwiła bowiem Amazon uzyskanie znaczących rabatów w zakresie cen hurtowych. Źródłem sukcesu Amazon była sprzedaż części nowych wydań oraz bestsellerów w wersji elektronicznej w stałej cenie 9,99 \$. Sytuacja ta, określana jako „problem 9.99 \$”, była źródłem niezadowolenia „Wielkiej Piątki”. Konsumenci stopniowo przyzwyczaili się bowiem do ceny 9,99 \$ za książkę i oczekiwali, że większość e-booków, ale także wydawnictw papierowych będzie oferowana w tej cenie już w momencie premiery. W niektórych przypadkach cena 9,99 \$ Amazon była nawet niższa od ceny hurtowej, a Amazon ponosił straty w momencie sprzedaży. Sytuacja ta miała potencjalnie negatywny wpływ na utrzymanie dotychczasowego poziomu rentowności sprzedaży książek tradycyjnych oraz e-booków w dalszej perspektywie, mimo że „Wielka Piątka” realizowała swoją marżę na sprzedaży e-booków (straty ponosił w niektórych przypadkach tylko Amazon).

Żadne z wydawnictw nie dysponowało na tyle silną pozycją rynkową, aby przeciwstawić się sile zakupowej Amazon na rynku sprzedaży detalicznej e-booków. Jediną szansą na skuteczne przeciwstawienie się wydawała się koordynacja postępowania Wielkiej Piątki. Dyskutowane przez wydawnictwa (nielegalne) działania obejmowały m.in. znaną z rynku dystrybucji filmów strategię przesuwania w czasie publikacji wersji elektronicznych książek względem wydań papierowych (*windowing*), w celu wcześniejszego wysycenia rynku wydawnictw papierowych, a także lobbowanie w celu wprowadzenia ustawowej regulacji cen odsprzedaży na rynku e-booków.

Z nieoczekiwaną pomocą „Wielkiej Piątce” w rozwiązaniu problemu „9.99 \$” przyszło Apple, przy okazji wprowadzenia do sprzedaży iPada jako alternatywnej platformy sprzedaży i czytania e-booków. Apple proponowało bowiem wydawcom stosowanie modelu agencyjnego (podobnego do stosowanego wcześniej na rynku wydawnictw muzycznych przez iTunes), w którym Apple otrzymywał prowizję w wysokości 30%, a cena detaliczna była ustalana przez wydawców<sup>46</sup>. Ustalono

<sup>45</sup> W opisywanym okresie „Wielka Piątka” dysponowała łącznie ok. 50% udziałem w rynku.

<sup>46</sup> Słowami Steve'a Jobbsa „We'll go to [an] agency model, where you set the price, and we get our 30%, and yes, the customer pays a little more, but that's what you want anyway”.

jednak kilka poziomów cen maksymalnych (*price tiers*) dla e-booków w iBookstore w zależności od cen książek tradycyjnych, tj.:

- 12,99 \$ (w przypadku książek papierowych w cenach od 25,01 do 27,50 \$);
- 14,99 \$ (dla książek papierowych, których cena kształtowała się między 27,51 a 30 \$) oraz
- 16,99 \$ (dla bestsellerów papierowych w cenach 30,01 do 35 \$).

Wielka Piątka przyjęła proponowany model agencyjny i w ten sposób odzyskała kontrolę nad cenami detalicznymi e-booków. Jednocześnie wydawcy zagwarantowali Apple, że będą obniżać swoje ceny w iBookstore do najniższej ceny, po której dana pozycja będzie sprzedawana na rynku detalicznym.

Czy zatem doszło do działań antykonkurencyjnych, a jeśli tak to po czyjej stronie? Czy Amazon nadużył swojej pozycji dominującej, stosując niedozwolone ceny drapieżne, które w dalszej perspektywie doprowadziłyby do zmniejszenia oferty na rynku wydawnictw papierowych i elektronicznych, a wydawcy działali tylko w ramach uzasadnionej obrony? A może to wydawcy dopuścili się zмовy, niezależnie od okoliczności ich działania?

## 1. USA – Departament Sprawiedliwości

Zmiana modelu dystrybucyjnego przez „Wielką Piątkę” i innych wydawców miała niebagatelny wpływ na ceny detaliczne e-booków. Ceny książek cyfrowych wzrosły średnio o 18%, natomiast ceny bestsellerów z listy „New York Timesa” nawet o 40%<sup>47</sup>.

Nie uszło to uwadze amerykańskiego organu antymonopolowego. W kwietniu 2012 Departament Sprawiedliwości złożył pozew cywilny przeciwko „Wielkiej Piątce” oraz Apple w związku z potencjalnym naruszeniem regulacji antytrustowych.

Zarzuty Departamentu Sprawiedliwości dotyczyły:

- zawarcia między wydawcami należącymi do „Wielkiej Piątki” porozumienia w celu skoordynowanej zmiany modelu dystrybucji z modelu hurtowego na model agencyjny; antykonkurencyjnym skutkiem porozumienia miało być przejęcie przez wydawców kontroli nad kształtowaniem cen detalicznych e-booków i eliminacja konkurencji w zakresie cen detalicznych;
- wymiany informacji między wydawnictwami;
- określenia poziomów cenowych dla sprzedawanych książek;
- ułatwienia wdrożenia ww. porozumienia przez Apple;
- stosowanie przez pozwanych działań dyscyplinujących względem innych wydawców, którzy nie zmienili modelu dystrybucyjnego na model agencyjny;
- wprowadzenie do umów agencyjnych klauzuli największego uprzywilejowania (*most favored nation (MFN)*), które *de facto* spowodowały zmianę modelu dystrybucyjnego nie tylko w relacji z Amazon, lecz także innymi detalistami;
- faktycznego zwiększenia cen e-booków.

Uzasadnienie pozwu Departamentu Sprawiedliwości przeciwko „Wielkiej Piątce” i Apple zawiera szczegółowy opis kontaktów, spotkań, wspólnych posiłków w luksusowych restauracjach na Manhattanie, rozmów telefonicznych i negocjacji osób zarządzających ww. spółkami. Z opisu

<sup>47</sup> Pozew Departamentu Sprawiedliwości USA z 11.04.2012 r., nr 1:12-cv-02826-UA, *United States of America v. Apple Inc; Hachette Book Group; HarperCollins Publishers Inc; Macmillan Publishers Inc; Penguin Group (USA) Inc; Simon and Schuster Inc.*

tego wyłania się obraz „solidarności”<sup>48</sup> wydawnictw w walce z Amazon, a jednocześnie obawa, aby żadne z wydawnictw nie „wyłamało się” z porozumienia.

Skutkiem tych ustaleń było podpisanie między 24 stycznia a 26 stycznia 2010 r. przez wszystkie pięć wydawnictw nowych umów agencyjnych z Apple. W ciągu 3 dni zmieniono w USA model dystrybucyjny, który funkcjonował od przeszło stu lat<sup>49</sup>. 27 stycznia 2010 r. zainaugurowano sprzedaż iPada.

W ramach działań retorsyjnych Amazon zaprzestał na krótki czas sprzedaży tytułów wydawnictwa Macmillan. Ostatecznie jednak nie mógł sobie pozwolić na rezygnację ze sprzedaży tytułów „Wielkiej Piątki” (którzy stanęli po stronie Macmillan i zagrozili zaprzestaniem sprzedaży do Amazon). Amazon zaprzestał działań retorsyjnych i również zmienił model sprzedaży, przyjmując od stycznia 2010 r. model agencyjny.

Co ciekawe, przyjmując model agencyjny „Wielka Piątka” godziła się na prowizję agencyjną niższą niż oferowana wcześniej przez Amazon cena hurtowa w modelu hurtowym. W okresie od stycznia do czerwca 2010 r. praktycznie wszystkie wydawnictwa i dystrybutorzy aktywni na rynku e-booków w USA przeszli na model agencyjny.

Sprawa „Wielkiej Piątki” w USA zakończyła się ugodą zawartą między wydawnictwami a Departamentem Sprawiedliwości, Apple zaś, mimo odwołania od decyzji Departamentu Sprawiedliwości, ostatecznie również zgodziło się na warunki ugody<sup>50</sup>.

## 2. UE – Komisja Europejska

Komisja Europejska poszła w ślady amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości i w marcu 2011 r. przeprowadziła niezapowiedziane kontrole w siedzibach piątki wydawców w UE, a następnie otworzyła postępowanie w grudniu 2011 roku. Ostateczna decyzja Komisji z lipca 2013 r.<sup>51</sup> w głównym zarysie dotyczy tych samych kwestii, które zostały zidentyfikowane w postępowaniu prowadzonym przez Departament Sprawiedliwości USA. W szczególności Komisja potwierdziła swoje zastrzeżenia co do koordynacji globalnego planu „Wielkiej Piątki” oraz Apple w zakresie zmiany modelu dystrybucyjnego na model agencyjny oraz włączenia do umów dystrybucyjnych klauzuli MFN. W państwach EOG, takich jak Wielka Brytania, Francja i Niemcy, Apple przedstawiło do podpisu wydawcom bardzo zbliżone wzory umów agencyjnych, jak miało to miejsce w USA.

W ramach postępowania przed Komisją Europejską doszło również do ugody i nałożenia na wydawnictwa zobowiązań, obejmujących: (i) obowiązek zaproponowania sprzedawcom detalicznym możliwości rozwiązania umowy dystrybucyjnej w modelu agencyjnym; (ii) dwuletni zakaz ograniczania sprzedawców detalicznych w możliwości stosowania rabatów od cen detalicznych oraz (iii) dwuletni zakaz egzekwowania zapisów umownych w tym zakresie. Z kolei Apple zostało zobligowane do: (i) umożliwienia „Wielkiej Piątce” wypowiedzenia obowiązujących umów dystrybucyjnych; (ii) w przypadku negocjowania nowych umów – do niestosowania w nich klauzul MFN; (iii) nieegzekwowania klauzul MFN w obowiązujących umowach.

<sup>48</sup> Na marginesie warto zaznaczyć, że kwestia „solidarności” wymierzonej przeciw domniemanym bezprawnym działaniom była przedmiotem postępowań w UE np. wyr. TS z 7.02.2013 r., w sprawie C-68/12, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky przeciwko Slovenská sporiteľňa a.s.*, ECLI:EU:C:2013:71.

<sup>49</sup> Pozew Departamentu Sprawiedliwości USA z 11.04.2012 r. nr 1:12-cv/02826/UA, pkt 74.

<sup>50</sup> Por. <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-apple-inc-et-al> (15.06.2019).

<sup>51</sup> Dec. KE z 25.07.2013 r., COMP/39.847/E-Books.



## VI. Zagrożenia dla konkurencji

### 1. Wzrost i ustabilizowanie cen detalicznych e-booków

Zmiana modelu dystrybucji wydawnictw na model agencyjny miała bezpośredni, bardzo szybki i wyraźny wpływ na wzrost cen e-booków. Poniższe zestawienie przedstawia porównanie cen największych bestsellerów książkowych w Kanadzie przed i po przejściu wydawnictw do modelu agencyjnego w Kanadzie w czerwcu 2010 r.:

Tabela 1. Ceny pięciu bestsellerów z listy Globe & Mail w Kanadzie w dniu 19 czerwca 2010 roku<sup>52</sup>

Wydawca	Tytuł	Kobo	Amazon	Wyd. papier.
Random House	The Passage	14,99 \$	16,85 \$	27,00 \$
Macmillan	Heart of the Matter	10,69 \$	10,11 \$	26,99 \$
Hachette	The Bourne Objective	14,99 \$	12,99 \$	14,99 \$
Hachette	The Lion	14,99 \$	12,99 \$	12,99 \$
Harper Collings	The Carrie Diaries	10,59 \$	9,52 \$	14,99 \$

Źródło: Notice of Application Commissioner of Competition z 19.01.2017 r., CT-2017-002, pkt 94 i 95.

Tabela 2. Ceny pięciu bestsellerów z listy Globe & Mail w dniu 21 grudnia 2010

Wydawca	Tytuł	Kobo	Apple	Amazon
Penguin Random House	Island of Glass	13,99 \$	13,99 \$	13,99 \$
Penguin Random House	The Whistler	15,99 \$	15,99 \$	15,99 \$
Penguin Random House Canada	Do Not Say We Have Nothing	14,99 \$	14,99 \$	14,99 \$
Simon & Schuster	The German Girl	11,99 \$	11,99 \$	11,99 \$
Harper Collins Canada	The Nest	13,99 \$	13,99 \$	13,99 \$

Źródło: Notice of Application Commissioner of Competition z 19.01.2017 r., CT-2017-002, pkt 94 i 95. Pozyskano z: [https://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2017-002\\_Notice%20of%20Application\\_1\\_66\\_1-19-2017\\_3314.pdf](https://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2017-002_Notice%20of%20Application_1_66_1-19-2017_3314.pdf).

Z powyższego zestawienia wynika przede wszystkim uniformizacja cen po wprowadzeniu modelu agencyjnego i ogólny wzrost cen. Jak można zakładać, pozostawienie modelu hurtowego pozwoliłoby na zachowanie modelu konkurencyjnego, a w konsekwencji niższe ceny dla konsumentów.

### 2. Porozumienia antykonkurencyjne na wyższym szczeblu dystrybucji

Zastosowanie umowy agencyjnej w relacjach między producentem a dystrybutorem jest co do zasady legalne, także dla dystrybucji e-booków<sup>53</sup>. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem organów ochrony konkurencji w UE i USA, umowy agencyjne nie stanowią niedozwolonych porozumień w rozumieniu art. 101 TFUE oraz odpowiednio art. 1 ustawy Shermana<sup>54</sup>, o ile agent jest zależny od zleceniodawcy w swoim decyzjach biznesowych (Jacobson i Piro, 2012). W opisywanej sprawie

<sup>52</sup> Notice of Application Commissioner of Competition z 19.01.2017 r., CT-2017-002, pkt 94 i 95. Pozyskano z: [https://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2017-002\\_Notice%20of%20Application\\_1\\_66\\_1-19-2017\\_3314.pdf](https://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2017-002_Notice%20of%20Application_1_66_1-19-2017_3314.pdf).

<sup>53</sup> Dec. KE z 25.07.2013 r., COMP/39.847/E-Books, pkt 5.

<sup>54</sup> Sherman Act, 15 U.S.C. § 1–38.

„Wielkiej Piątki” to raczej skoordynowana zmiana modelu dystrybucyjnego była podstawą do sformułowania zarzutów względem „Wielkiej Piątki” i Apple. Wybór modelu dystrybucyjnego może mieć jednak także określone konsekwencje w innych obszarach istotnych dla prawa konkurencji.

Jak wynika z badań i symulacji, wybór między modelem agencyjnym a hurtowym może wpływać na skłonność wydawców (lub innych dostawców treści cyfrowych) do zawierania niedozwolonych porozumień w zakresie kształtowania polityki cenowej (Yoshifumi, Susumu i Yusuke, 2019, s. 2). Skłonność do porozumienia zależy m.in. od liczby platform, za pomocą których następuje sprzedaż detaliczna.

W przypadku, gdy występuje jedna dominująca platforma sprzedażowa, wydawcy nie mają warunków odpowiednich do zawierania porozumień kartelowych, nawet przy stosowaniu modelu agencyjnego. W interesie dominującej platformy jest bowiem nabywanie e-booków po jak najniższej cenie, która uwzględniałaby wolną konkurencję między wydawcami. Platforma posiada w takiej sytuacji wystarczającą siłę rynkową, aby dyscyplinować wydawców do działań konkurencyjnych i obniżania cen. Może bowiem reagować na podwyższenie cen, przez regulację wysokości prowizji od wydawców (wydawcy zdani na jedną platformę, będą zmuszeni zaakceptować zmiany wysokości prowizji w modelu agencyjnym).

Jednak już w przypadku istnienia konkurencyjnych platform sprzedażowych występują przesłanki do kartelizacji na wyższym szczeblu obrotu (na poziomie wydawców). Platforma sprzedażowa musi bowiem w swojej polityce handlowej brać pod uwagę zachowania rynkowe konkurencyjnych platform. W takiej sytuacji, platforma nie może swobodnie dyscyplinować dostawców przez modyfikację wysokości prowizji, gdyż taka zmiana może spowodować przejście wydawców do konkurencyjnej platformy. Z kolei wydawcy dążą do koordynacji cenowej w celu ograniczenia konkurencji na poziomie platform (Yoshifumi, Susumu i Yusuke, 2019, s. 3).

### 3. Klauzula największego uprzywilejowania (MFN)

Umowy agencyjne zawierane przez Apple zawierały klauzulę największego uprzywilejowania (MFN) o specyficznym brzmieniu<sup>55</sup>. Klauzula gwarantowała, że każde z wydawnictw obniży cenę danego e-booka w iBookstore do poziomu najniższej ceny oferowanej przez innego detalistę na rynku. W ten sposób Apple miało pewność, że żaden inny detalista na rynku nie będzie w stanie konkurować z cenami e-booków w iBookstore. System ten działał, mimo że w modelu agencyjnym Apple teoretycznie nie mogło ustalać samodzielnie ceny sprzedaży.

Praktycznym skutkiem wdrożenia klauzuli MFN w umowach z Apple było narzucenie przez „Wielką Piątkę” modelu agencyjnego innym detalistom. Tylko w ten sposób wydawnictwa mogły bowiem kontrolować detaliczne ceny e-booków oferowane w innych kanałach sprzedaży<sup>56</sup>. Pozostawienie chociażby niewielkiej części umów dystrybucyjnych w modelu hurtowym niosłoby ze sobą ryzyko, że niezależny sprzedawca obniżyłby cenę detaliczną, która pociągnęłaby za sobą analogiczną obniżkę cen w iBookstore. Taka klauzula gwarantowała również Apple, że będzie w stanie skutecznie konkurować cenowo z Amazon, gdyby ten ostatni nie zgodził się na przejście na model hurtowy.

<sup>55</sup> Pozew Departamentu Sprawiedliwości USA z 11.04.2012 r., nr 1:12-cv/02826/UA, pkt 65.

<sup>56</sup> Ibidem, pkt 66.

Argumentacja organów ochrony konkurencji w odniesieniu do stosowanych przez Apple klauzul MFN była zbliżona do spraw antymonopolowych dotyczących sektora rezerwacji pokoi hotelowych on-line<sup>57</sup>. W sprawach tych, stosowanie klauzul MFN prowadziło do ograniczenia konkurencji między dostawcami usług hotelowych i ujednolicenia oferowanych przez nich cen za pośrednictwem różnych platform internetowych.

Co ciekawe, klauzule MFN nie były stosowane wyłącznie w modelu agencyjnym. W zastrzeżeniach Komisji względem Amazon z 2016 r. pojawia się również zarzut nadużycia pozycji dominującej przez stosowanie specyficznych klauzul kontraktowych w modelu agencyjnym i hurtowym. Amazon nałożył bowiem na dostawców e-booków obowiązek informowania o korzystniejszych warunkach sprzedaży oferowanych przez dostawców dla innych detalistów, a także obowiązek zaoferowania Amazon takich samych warunków<sup>58</sup>.

Ponadto, w modelu agencyjnym Amazon jako agent uzyskiwał pulę „punktów”, które mógł wykorzystać, aby samodzielnie obniżyć cenę detaliczną e-booków sprzedawanych na jego stronie internetowej o równowartość „punktów”. W ten sposób dochodziło de facto do wyłomu w zasadzie samodzielnego decydowania o cenie przez wydawnictwo i naruszenia podstawowych zasad umowy agencyjnej.

W zaoferowanych przez Amazon środkach zaradczych Amazon zobowiązał się do nieegzekwowania tego typu klauzul<sup>59</sup>.

## VII. Podsumowanie

Przegląd decyzji organów ochrony konkurencji dotyczących rynku e-booków pozwala na sformułowanie ogólnych wniosków dotyczących relacji wertykalnych w systemach dystrybucji treści cyfrowych. Chyba najbardziej istotną kwestią jest duża skłonność wytwórców treści cyfrowych do ich sprzedaży w modelu agencyjnym. Specyfika treści cyfrowych, które nie wymagają nakładów na produkcję fizycznych nośników, ich magazynowanie, kwestie logistyczne i sprzedaż w punktach sprzedaży detalicznej oznacza, że producent może zrezygnować ze sprzedaży przy pośrednictwie klasycznych detalistów. Tym sposobem wchodzi on niejako w rolę sprzedawcy detalicznego, wykorzystując agentów tylko do uzyskania dostępu do zasobu użytkowników ich serwisów internetowych. W tym względzie model ten jest bardzo zbliżony do innych rynków, które wykorzystują platformy cyfrowe, takie jak np. rynek usług hotelowych.

W tym kontekście, warto ponownie przyjrzeć się umowom agencyjnym. Z perspektywy prawa konkurencji, porozumienia agencyjne tradycyjnie nie są traktowane jak umowy, gdyż agent nie jest podmiotem niezależnym. Pytanie, z którymi będą musiały poradzić sobie organy ochrony konkurencji to: czy model agencyjny na rynku treści cyfrowych faktycznie spełnia przesłanki prawdziwej i faktycznej zależności agenta? Przykład Apple pokazuje, że agent może próbować wpływać na politykę cenową zleceniodawcy, chociażby przez ustalanie progów maksymalnych cen odsprzedaży detalicznej (*price tiers*), jak i wprowadzenie klauzul MFN gwarantujących mu najniższe ceny na rynku.

Problem upowszechniania się modelu agencyjnego powyżej może mieć duże znaczenie dla rynku wydawnictw elektronicznych w Polsce. Na rynek ten bardzo duży wpływ wywierają

<sup>57</sup> Por. [http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf) (15.06.2019).

<sup>58</sup> Dec. KE z 4.05.2017 r., sprawa AT.40153 – *E-Book MFNs* pkt 8.

<sup>59</sup> Ibidem, pkt 17.

oczekiwania konsumentów dotyczące języka polskiego jako preferowanego języka publikacji. W związku z powyższym, na polskim rynku sprzedaży detalicznej prym wiodą krajowe wydawnictwa oraz krajowe platformy sprzedażowe, które stosują co do zasady model hurtowy. Nie można jednak wykluczyć, że w przypadku koncentracji po stronie wydawnictw albo platform model ten może ulec zmianie. W ocenie autora, przykłady postępowań prowadzonych w USA i UE mogą być ciekawym przyczynkiem do dalszej dyskusji na temat ogólnego traktowania porozumień wertykalnych w Polsce.

Sprawy opisane powyżej wskazują również, że sposób definiowania rynku właściwego dotyczącego wydawnictw elektronicznych w sprawach porozumień antykonkurencyjnych będzie określany mniej szczegółowo niż w przypadku spraw koncentracyjnych. Jak się wydaje, w obecnej sytuacji rynkowej, wyodrębnienie rynku sprzedaży i dystrybucji e-booków od wydawnictw tradycyjnych nie będzie kontrowersyjne.

Wynik spraw prowadzonych przeciwko Apple i „Wielkiej Piątce” zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w UE należy ocenić jako prawidłowy z punktu widzenia reguł ochrony konkurencji. Niewątpliwie doszło do porozumienia antykonkurencyjnego między wydawcami a Apple, które miało wpływ na wzrost cen, a w konsekwencji wyrządziło szkodę konsumentom. Nie zmienia tej konkluzji fakt, że zмова była skierowana przeciwko podmiotowi mającemu pozycję dominującą.

Zasygnalizowana w niniejszym artykule problematyka z pewnością zasługuje na dalszą analizę. Szczególnie ciekawa może być obserwacja modeli dystrybucyjnych e-booków w płatnych serwisach, umożliwiających dostęp do nieograniczonej liczby tytułów w ramach stałego abonamentu. Model taki funkcjonuje już w dużej mierze w dziedzinie artykułów charakterze naukowym i akademickim, a także np. w bazach komentarzy prawnych.

## Bibliografia

- Abhishek, V., Jerath, K. i Zhang, Z. (2015). Agency Selling or Reselling? Channel Structures in Electronic Retailing. *Forthcoming, Management Science*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2013720> (03.02.2019). <http://doi.org/10.2139/ssrn.2013720>.
- Brynjolfsson, E., Hu, Y. i Smith, M. (2003). Consumer Surplus in the Digital Economy: Estimating the Value of Increased Product Variety at Online Booksellers. *Forthcoming, Management Science*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=400940> (03.02.2019).
- European and International Booksellers Federation. (2016). Comments on the e-commerce sector inquiry. Pozyskano z: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/e\\_commerce\\_files/european\\_and\\_international\\_booksellers\\_federation\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/e_commerce_files/european_and_international_booksellers_federation_en.pdf) (03.02.2019).
- Fidala, J. (2016). Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w kontekście rynku książki, *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(5). <http://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.1.5>.
- Foros, Ø, Kind H.J, Shaffer, G. (2016). Apple's Agency Model and the Role of Most-Favored-Nation Clauses. *The Bradley Policy Research Center Financial Research and Policy Working Paper*, No. FR, 15–33. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2696046> (11.03.2019).
- Gaudin, G. i White, A. (2014). On the Antitrust Economics of the Electronic Books Industry. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2352495> (03.02.2019).
- Jacobson, J. i Piro, A. (2012). Storm over e-Books Waters. *Concurrences*, 3, 14–17.

- Johnson, J. (2018). The Agency and Wholesale Models in Electronic Content Markets. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2126808>.
- Khan, L. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 126, 564–907. Pozyskano z: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805\\_zuvfyeh.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf) (15.06.2019).
- Kirkwood, J.B. (2014). Collusion to control a powerful customer: Amazon, E-books, and Antitrust Policy. *University of Miami Law Review*, 69, 1–63. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2399575> (31.01.2019).
- Linklater, E. (2012). A European perspective on agency agreements for the sale of eBooks: Happily ever after or the end of the story? (s. 1–64). Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2052119> (31.01.2019).
- Manne, G. i Rinehart, W. (2012). The US e-Books case against Apple: The procompetitive story, *Concurrences*, 3–2012, 18–21.
- Picker, R. (2009). The Mediated Book, John M. *Olin Law & Economics Working Paper*, 463, 1–19.
- Polski Instytut Książki. (2018). The Polish Book Market 2018, s. 1–32. Pozyskano z: <https://instytutksiazki.pl/en/polish-book-market,7,reports,18,polish-book-market-2018,46.html>.
- Posner, A. (2000). Agency Models in Law and Economics. *John M. Olin Law and Economics Working Paper*, 92, 1–12. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=204872> (01.02.2019).
- Komisja Europejska. (2002). Market definition in the Media Sector. *Comparative Legal Analysis*, s. 1–326, Pozyskano z: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/legal\\_analysis.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/legal_analysis.pdf) (01.02.2019).
- Pew Research Center. (2012). The rise of e-reading. Pozyskano z: <http://www.pewinternet.org/2012/04/04/the-rise-of-e-reading-5/> (07.02.2019).
- Yoshifumi, H., Susumu, S. i Yusuke Z. (2019). *Do Agency Contracts Facilitate Upstream Collusion?*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3174264> (08.02.2019).
- Wischenbart, R. (2017). The Global eBook Market: Current Conditions & Future Projections (O'Reilly Media, Inc). Pozyskano z: [https://www.wischenbart.com/upload/GlobalEbook2017\\_press-release\\_selected-findings\\_01.pdf](https://www.wischenbart.com/upload/GlobalEbook2017_press-release_selected-findings_01.pdf).