

Artur Szmigielski *

Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych.

Streszczenie

Platformy internetowe takie jak wyszukiwarki internetowe stanowią nowe wyzwanie dla egzekwowania prawa konkurencji z co najmniej kilku powodów. Ze względu na swoją dwustronną naturę oraz dominujący charakter innowacji jako kryterium konkurencji – tradycyjna analiza antymonopolowa może w niewystarczający sposób odzwierciedlić funkcjonowanie konkurencji na rynku wyszukiwarek internetowych. Choć platformy te posiadają specyficzne cechy, które muszą być brane pod uwagę w analizie prawa konkurencji, to jednak narzędzia używane do wyznaczania rynku właściwego oraz oceny pozycji dominującej są wystarczająco elastyczne, aby odpowiednio stosować je do tego rodzaju usług. W tym kontekście zasadne jest postawienie pytania, czy Komisja będzie skłonna dostosować istniejące narzędzia prawa konkurencji do dynamicznego charakteru rynku, na którym funkcjonują wyszukiwarki internetowe.

Słowa kluczowe: Prawo unijne, prawo konkurencji, wyszukiwarki internetowe.

* Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

1. Wprowadzenie

Dynamiczny rozwój rynku wyszukiwarek internetowych (ang. *online search market*) charakteryzuje się dużymi udziałami w rynku posiadanymi przez ograniczoną liczbę konkurujących przedsiębiorstw. Biorąc pod uwagę ilość wyszukiwań dokonywanych przez użytkowników Internetu, Google posiada wysokie udziały w rynku amerykańskim (około 65%) oraz bardzo wysokie udziały w rynku europejskim (około 90%)¹. Ostatnio prowadzone postępowania w UE i USA pokazują, że potencjalna pozycja dominująca na tym rynku może budzić duże zainteresowanie z perspektywy prawa antymonopolowego. Komisja Europejska pod koniec 2010 r. wszczęła postępowanie przeciwko Google w związku z zastrzeżeniami dotyczącymi nieuczciwego promowania przez Google własnych usług w wyszukiwarce². Jednakże ze względu na specyfikę usług online bardzo trudno jest oszacować siłę rynkową przedsiębiorstw działających na tym rynku. Jednocześnie jest to niezbędne do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej³ lub dokonania koncentracji przedsiębiorstw⁴.

W artykule zostaną zbadane problemy związane z zdefiniowaniem rynku właściwego oraz oceną siły rynkowej przedsiębiorstw działających na rynkach dwustronnych (ang. *two-sided markets*) na przykładzie obecnego lidera wyszukiwarek internetowych – Google. Inspiracją do zbadania tej kwestii jest dynamiczny rozwój usług online, który generuje wiele problemów z zastosowaniem klasycznych narzędzi prawa konkurencji, używanych do tej pory w przypadku tradycyjnych rynków (rynków offline)⁵. Analiza ta zostanie dokonana w oparciu o postępowanie Komisji przeciwko Google, a także z perspektywy relewantnych decyzji KE

¹ Zob.: K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, EPS 10/2014, s. 34 i powołane tam źródła.

² Do czasu pisania artykułu, tj. do końca 2015 r., sprawa ta nie została zakończona. W dniu 15 kwietnia Komisja przedstawiła oficjalne uzasadnienie zarzutów wobec Google (ang. *Statement of Objections*) – po ponad czterech latach od wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie. Zob.: informację prasową Komisji, MEMO/15/4781, *Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, Bruksela 2015.

³ Artykuł 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 326 z 2012 r., s. 47, dalej jako TFUE.

⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz.Urz. UE L 24 z 2004 r., s. 1-22.

⁵ Tematyka ta nie jest obecnie szeroko rozpowszechniona w literaturze polskiej. Zob.: P. Semeniuk, *Kto posiada pozycję dominującą w Internecie? Uwagi o usługach internetowych i naturze reklamy na tle polskiego i europejskiego prawa konkurencji*, iKAR 5/2013, s. 27-51.

dotyczących koncentracji przedsiębiorstw. Poza zakresem artykułu jest natomiast ocena praktyki Google, tj. stronniczości wyników wyszukiwania⁶ (ang. *search bias*), a także związany z tym problem dobrobytu konsumentów (ang. *consumer welfare*) czy też ochrony konkurentów dominanta⁷.

2. Wyszukiwarki internetowe jako przykład rynku dwustronnego

To nie przypadek, że na całym świecie sektor IT generuje jedne z najważniejszych spraw z zakresu prawa konkurencji⁸. Jednakże zainteresowanie organów antymonopolowych modelem biznesowym Google to pierwszy przykład oceny art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników) w kontekście wyszukiwarek internetowych. W rezultacie badania te obejmują zawiłe kwestie związane z konkretnymi cechami wyszukiwarek internetowych oraz rynku „nowej gospodarki”⁹ (ang. *new economy*), na którym one funkcjonują. Określenie tej specyfiki jest jednocześnie niezbędne do prawidłowego zastosowania narzędzi i koncepcji prawa konkurencji UE.

2.1. Definicja oraz cechy charakterystyczne rynków dwustronnych

⁶ Przedmiotem zarzutu było faworyzowanie przez Google w wynikach wyszukiwania własnych wyspecjalizowanych produktów, które również służą do wyszukiwania, lecz bardziej specjalistycznego, jak np. Google Maps czy też Google Shopping. Usługi konkurentów były z kolei mniej widoczne w ramach wyników wyszukiwania, pomimo tego że potencjalnie mogłyby być bardziej relewantne dla konsumentów. Zob. K. Kohutek, *op.cit.*, s. 36 i nast.

⁷ Odnosi się to do kwestii aksjologii unijnego prawa konkurencji oraz jego przedmiotu ochrony. Wskazuję się, że podejście Komisji oraz TS UE często jest formalistyczne oraz niezgodne z nowoczesnymi teoriami ekonomicznej analizy prawa konkurencji. Obecnie postuluje się, w ramach szkoły chicagowskiej, aby dobrobyt konsumentów stanowił główny (jedyne) cel) prawa antymonopolowego. Prawo konkurencji UE powinno zatem chronić konkurencję jako mechanizm służący do osiągnięcia określonych korzystnych skutków dla konsumentów, a nie konkurencji rozumianej jako struktury zapewniającej funkcjonowanie na rynku jak największej ilości firm. Por.: E.M. Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, “World Competition” 26/2003, p. 149-165.

⁸ Zob. np. wyroki TS UE: z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft Corp. przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2007:289, a także z dnia 22 lipca 2009 r. w sprawie T-286/09 *Intel przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2014:547.

⁹ Związana jest ona z branżami high-tech (m.in. oprogramowania komputerowe, usługi internetowe oraz komunikacyjne) oraz opisuje różnorodne rynki, w których m.in. informacja oraz komunikacja wywołują istotne zmiany w ciągu ostatnich kilku dekad. Por.: Antitrust Modernization Commission, *Antitrust Law and the “New Economy”*, “Report and Recommendations” 2007, s. 31-46.

Ekonomiczne aspekty rynków dwustronnych po raz pierwszy były poruszone m.in. przez D.S. Evans oraz R. Schmalensee¹⁰. Przedsiębiorstwa działające na rynkach dwustronnych (tzw. platformy dwustronne) świadczą swoje usługi dwóm odrębnym grupom podmiotów, pomiędzy którymi można zidentyfikować pośredni efekt sieciowy (ang. *indirect network effects*). Platforma dwustronna zapewnia miejsce spotkania stronom, które łączą wzajemne powiązane interesy. Z tego względu można stwierdzić, że platformy te jednocześnie działają jako pośrednicy oraz usługodawcy. Rynki dwustronne charakteryzują się więc specyficzną strukturą, na którą składa się jedna platforma oraz dwie odrębne grupy klientów¹¹.

Pośredni efekt sieciowy pomiędzy tymi grupami polega na tym, że liczba użytkowników po jednej stronie platformy wpływa na użyteczność użytkowników po jej drugiej stronie. Innymi słowy, im większa liczebność obu tych grup, tym większy jest pośredni efekt sieci¹². Jako przykład można podać system kart płatniczych, który składa się z grupy użytkowników (posiadaczy karty) oraz akceptantów (np. sklepów gdzie można nimi płacić). Akceptanci są bardziej skłonni korzystać z danego systemu kart płatniczych wówczas, gdy posiada on wielu potencjalnych użytkowników. Z kolei liczba użytkowników kart płatniczych zwiększa się, gdy mają oni możliwość płacenia za pomocą tych kart w coraz większej ilości punktów sprzedaży i usług¹³. W przeciwieństwie do tego – bezpośredni efekt sieciowy oznacza, że wartość danych produktów lub usług bezpośrednio zwiększa się wraz ze wzrostem ich użytkowników. Klasycznym przykładem takich usług są sieci telefonii komórkowej. W tym przypadku nie występują zatem dwie strony, lecz spójna grupa użytkowników.

Platformy dwustronne – w porównaniu do innych pośredników – zmniejszają koszty transakcyjne oraz dokonują internalizacji efektów zewnętrznych, a więc pozwalają stronom

¹⁰ D.S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, CPI 3/2007, p. 152 i nast.

¹¹ *Idem*, *Markets with Two-Sided Platforms*, CPI 1/2008, p. 667 i nast.

¹² Podmioty jednej grupy czerpią zatem korzyści z kontaktu z podmiotami drugiej grupy. Zob.: D. Aziewicz, J. Górka, T. Skoczny, *Ekspertyza naukowa. Analiza antymonopolowa w przypadku koncentracji przedsiębiorców na rynkach dwustronnych*, Warszawa 2015, s. 7-8.

¹³ W takim przypadku pojawia się więc problem z określeniem związku przyczynowo-skutkowego, co żargonowo nazywane jest dylematem „jajko czy kura?” (ang. *chicken-egg dilemma*) – kto był pierwszy, użytkownicy, którzy nie mogli zaistnieć bez akceptantów, czy akceptanci, którzy nie mogli zaistnieć bez użytkowników? Por.: B. Caillaud, B. Jullien, *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, “The RAND Journal of Economics” 2/2003, p. 309-328.

czerpać korzyści z efektów sieciowych¹⁴. Znamionną cechą korzystania z omawianych platform jest występowanie bezpośrednich interakcji pomiędzy stronami, co w wyraźny sposób odróżnia je od dystrybutorów, którzy najpierw nabywają dobra od producentów, a następnie sprzedają je detalistom¹⁵. Rynki dwustronne nie występują wyłącznie w wirtualnym świecie – można je zaobserwować także w przypadku tradycyjnego sektora gospodarki, czego przykładem są centra handlowe, domy aukcyjne, czy też wspomniane systemy kart płatniczych. W przypadku usług internetowych zyskały one jednak nową jakość. Platformy internetowe umożliwiają bowiem działalność na szerszą skalę, redukują bariery geograficzne oraz jeszcze bardziej zmniejszają koszty transakcyjne¹⁶. Ponadto, zapewniając wirtualne miejsce spotkania dwóm grupom platformy, nie są ograniczone fizycznym limitem miejsc. Użytkownicy mając do nich łatwiejszy dostęp, zazwyczaj nie są także obciążeni kosztami zmiany (ang. *switching cost*), a przez co z łatwością mogą testować różne usługi internetowe (media społecznościowe, aukcje internetowe, porównywarki cenowe itp.)¹⁷.

Z uwagi na występowanie pośredniego efektu sieciowego oraz zazwyczaj różną cenową elastyczność popytu stron platformy, działający na rynku dwustronnym przedsiębiorcy muszą przyjąć odpowiednią strukturę cenową korzystania ze swoich usług. Jako przykład można podać model biznesowy sklepów internetowych oraz aukcji internetowych. W przypadku tych platform wzrost wzajemnych dopasowań stron, tj. sprzedawców i kupujących (a tym samym liczba udanych transakcji) jest uzależniona od jednoczesnego i podobnego wzrostu sprzedawców i kupujących¹⁸. W związku z tym grupa kupujących, która często jest bardziej wrażliwa na cenę, może być traktowana korzystniej poprzez zwolnienie jej od kosztów korzystania z

¹⁴ Por.: T. Doligalski, *Platformy wielostronne: istota i rozwój relacji z klientami*, „e-mentor” 1/2013, s. 63-73.

¹⁵ Odnosi się to do tzw. *two-sided transaction platform*, do których należą np. domy aukcyjne czy centra handlowe. D. Zimmer, M. Blaschczok, *Most-favoured-customer clauses and two-sided*, „Journal of European Competition Law & Practice” 4/2014, p. 187-188.

¹⁶ Klienci nie muszą bowiem udawać się do fizycznych miejsc np. centrów handlowych, a przedsiębiorca nie płaci kosztów najmu lokali. Por.: K. Kowalik-Bańczyk, *Internet a problematyka wspólnotowego prawa konkurencji*, „Studia Europejskie” 2/2005, s. 95.

¹⁷ Por.: A.S. Edlin, R.G. Harris, *The Role of Switching Costs in Antitrust Analysis: A Comparison of Microsoft and Google*, „Yale Journal of Law and Technology” 4/2013, p. 171; J. Haucap, U. Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the internet driving competition or market monopolization?* „DICE Discussion Papers” 83/2013, p. 7-8.

¹⁸ D.S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization...*, p. 155.

danej platformy, co w konsekwencji prowadzić ma do zwiększenia popytu na określone produkty lub usługi. Taki właśnie model cenowy stosuje np. eBay oraz Amazon, gdzie grupa kupujących nie jest bezpośrednio obciążona kosztami transakcyjnymi¹⁹.

W przeciwieństwie więc do rynków jednostronnych – cena na rynkach dwustronnych nie będzie kształtowana wyłącznie w oparciu o kalkulację kosztów jednostkowych przedsiębiorcy, które zgodnie z korzyściami skali maleją z każdą dodatkowo wyprodukowaną jednostką produktu²⁰. Na rynkach tych występują bowiem dwa zależne od siebie popyty klientów o różnej wrażliwości na zmianę ceny. Biorąc to pod uwagę konsumenci są zazwyczaj subsydiowani przez platformę, a więc nie płacą za korzystanie z niej, co jednak nie oznacza, że stanowi to tzw. drapieżnictwo cenowe (ang. *predatory pricing*)²¹.

2.2. Cechy charakterystyczne wyszukiwarek internetowych oraz model biznesowy Google

W ciągu ostatnich kilkunastu lat – wraz z ogólnym rozwojem Internetu – rynek wyszukiwarek internetowych rozwijał się niezwykle dynamicznie. Pod koniec lat 90. Google stał się liderem wśród wyszukiwarek internetowych, zyskując reputację strony umożliwiającej znajdowanie bardziej relewantnych wyników niż inne funkcjonujące wyszukiwarki²². Znalezienie określonej informacji spośród ogromnej ilości danych dostępnych w sieci stało się bowiem podstawową potrzebą internautów. Ponadto z perspektywy przedsiębiorców posiadających stronę internetową do celów komercyjnych, odpowiednie pozycjonowanie ich strony www (najlepiej jak najwyżej w wynikach wyszukiwania) stało się kluczem do dotarcia do jak największego grona potencjalnych klientów.

Pozycjonowanie stron internetowych jest złożonym procesem prowadzonym przez wyspecjalizowane podmioty działające na rynku internetowym, który obejmuje dostosowanie treści strony internetowej do algorytmu działania wyszukiwarki. Celem tego zabiegu ma być

¹⁹ D. Zimmer, *op.cit.*, s. 188-189.

²⁰ W mikroekonomii korzyści skali (ang. *economies of scale*) oznaczają redukcję kosztów jednostkowych płynących z produkcji masowej (czyli wzrostem produkcji).

²¹ Por.: S. Behringer, L. Filistrucchi, *Areeda-Turner in Two-Sided Markets*, “CentER Discussion Paper Series” 38/2014, p. 20-21.

²² Google gromadzi strony na swoich serwerach, a następnie tworzy indeksy, które pozwalają znajdowanie danych. Podobnie jak skorowidz na końcu książki, indeks Google zawiera informacje o słowach i ich lokalizacji. Podczas wpisywania określonego hasła do wyszukiwarki algorytmy Google wyszukują te zapytanie w indeksie, by znaleźć odpowiednie strony. Zob.: <http://www.google.pl/intl/pl/insideseach/howsearchworks>, 30.12.2015 r.

to, aby po podaniu przez internautę słowie kluczowym, wyświetlić najbardziej relewantne strony internetowe na możliwie wysokim miejscu w wynikach wyszukiwania (tzw. wyniki naturalne/organiczne)²³.

Cechą wyróżniającą platformy internetowe, takie jak m.in. wyszukiwarki internetowe, jest fakt, że to innowacja – a nie cena – stanowi dominujący parametr konkurencji²⁴. Ponieważ użytkownicy mają swobodny i bezpłatny dostęp do wielu usług online, wybór dostawcy jest dokonywany na podstawie aspektów innych niż cena – takich jak jakość i innowacyjność. Dla firm działających na tych rynkach – celem zapewnienia przewagi konkurencyjnej w technologii przyszłości – niezbędne są więc znaczne inwestycje w innowacje. Obecni liderzy rynkowi w dynamicznie rozwijających się branżach mogą być zastąpieni przez nowe przedsiębiorstwa, które wprowadziły nowe innowacyjne produkty i usługi²⁵.

Obecnie Google to największa na świecie wyszukiwarka internetowa, której model gospodarczy oparty jest na przychodach reklamowych (ang. *advertising revenues*)²⁶. Model ten jest więc stosunkowo prosty – umowy handlowe łączące przedsiębiorców z Google w zakresie wyświetlanych reklam subsydiują użytkowników przeglądarki internetowej²⁷. Już po dwóch latach od wejścia na rynek odnotowano ponad 7 mln wyszukiwań z wykorzystaniem tej przeglądarki²⁸, a w połowie 2012 r. jej przychody przekroczyły 12 mld dolarów²⁹. Reklamy wyszukiwarek internetowych mają charakter kontekstowy, a więc są uzależnione od treści

²³ B. Targański, *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*, iKAR 5/2013, s. 21.

²⁴ I. Graef, *Stretching EU competition law tools for search engines and social networks*, "Internet Policy Review" 3/2015, p. 2-3.

²⁵ Przykładem może być firma IBM, były lider sprzętu komputerowego, który został obalony przez sprzęt komputerowy Intel oraz system operacyjny Microsoft. Zob.: C.M. Christensen, *The Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms to Fail*. Boston 1997, p. 149-151.

²⁶ Oprócz tego Google posiada bardziej „wyspecjalizowane” narzędzia jak np. pocztę elektroniczną (Gmail), mapy (Google Maps), filmy wideo (YouTube) itp.

²⁷ A.D. Chirita, *Google's Anti-Competitive and Unfair Practices in Digital Leisure Markets*, *CompLRev* 11/2015, s. 113.

²⁸ Zob.: K. Kohutek, *op.cit.*, s. 33 i powołane tam źródła.

²⁹ http://investor.google.com/earnings/2012/Q2_google_earnings.html, 30.12.2015 r.

konkretnych wyników wyszukiwania. Z jednej strony stanowią je tzw. reklamy sponsorowane, które są wyświetlane bezpośrednio na stronie wyników wyszukiwarki użytkownika³⁰. Przy każdym kliknięciu w tę reklamę naliczana jest określona opłata. Oprócz tego Google umożliwia wyszukiwanie ofert przedsiębiorców w wynikach organicznych. Inni przedsiębiorcy mogą z kolei udostępniać miejsce na reklamy Google na własnej stronie internetowej, a przez co czerpać część generowanych przez nie przychodów³¹.

W doktrynie pojawia się problem z określeniem, czy wyszukiwarki internetowe typu Google stanowią przykład rynku dwustronnego³². Należy opowiedzieć się za tezą, że Google jest rynkiem dwustronnym, ale w pewnym zakresie przejawia cechy specyficzne. Po pierwsze, posiada on dwie grupy użytkowników, tj. użytkowników wyszukiwarki internetowej oraz reklamodawców. Między tymi stronami występuje pośredni efekt sieciowy, ale działa on tylko w jedną stronę. Wartość wyszukiwarki dla reklamodawców zwiększa się, gdy korzysta z niej coraz większa liczba użytkowników, natomiast – co naturalne – użytkownicy nie czerpią korzyści w związku ze wzrostem liczby reklam pojawiających się w wynikach wyszukiwania³³. Z drugiej strony, efektywność wyszukiwarki wynika również z tego, że jej algorytmy pozwalają na wyświetlanie reklam w takim stopniu, w jakim jest to psychologicznie akceptowalne dla użytkowników. Co więcej, Google dopasowuje reklamy, biorąc pod uwagę relewantność wyników oraz jakość stron internetowych³⁴. Im większa liczba reklam oraz użytkowników, tym większe prawdopodobieństwo kliknięcia w reklamę, a zatem coraz większe

³⁰ Po uiszczeniu opłaty link do określonej strony internetowej jest umieszczany na górze wyników wyszukiwania (ang. *search engine results page*) – po wprowadzaniu przez użytkownika określonych słów kluczowych. Z drugiej strony, w przypadku Google reklamy są także wydzielone i publikowane po prawej stronie wyników wyszukiwania. Serwisem odpowiedzialnym za wyświetlanie reklam jest AdSense.

³¹ F. Thépot, *Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, „World Competition” 2/2013, p. 203.

³² Zdania w tym zakresie są podzielone. W opinii F. Thépot Google jest rynkiem dwustronnym, natomiast zdaniem G. Luchetta – nie jest. Por.: F. Thépot, *op.cit.*, p. 200-203; G. Luchetta, *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*, „Journal of Competition Law & Economics” 4/2012, p. 185-207.

³³ Co więcej nadmiar tych reklam może stanowić dla nich zmniejszenie użyteczności przeglądarki. Z drugiej strony, użytkownicy mogą odnosić korzyść z reklam, gdy bezpośrednio szukają ofert sprzedaży. Zob.: D.S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization...*, p. 155-156.

³⁴ G.A. Manne, J.D. Wright, *Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google*, Harvard J of L & Public Policy 34/2011, p. 23.

zyski Google³⁵. W tym świetle pojawia się pogląd, że lepsze wyniki wyszukiwania właściwie obniżają prawdopodobieństwo, że użytkownik kliknie w reklamę sponsorowaną, a co za tym idzie – Google wyszedłby na tym lepiej, gdyby nie poprawiał jakości wyników wyszukiwania naturalnego³⁶.

Co równie istotne, chociaż wyszukiwarka działa jako pośrednik, to jednak pomiędzy jej stronami (użytkownikami i reklamodawcami) nie zachodzą bezpośrednie interakcje, jak w przypadku innych rynków dwustronnych np. w systemie kart płatniczych. Ma to swoje istotne konsekwencje z perspektywy prawa antymonopolowego. Z tego bowiem powodu wyszukiwarki internetowe mogą doświadczać presji konkurencyjnej zarówno ze strony innych platform dwustronnych (tj. innych wyszukiwarek), jak i przedsiębiorców działających na tradycyjnych rynkach³⁷.

3. Unijne ramy prawne kontroli siły rynkowej przedsiębiorstw

Wyznaczenie siły rynkowej na rynku relewantnym jest zadaniem nieodzownym – zarówno w przypadku zakazu nadużywania pozycji dominującej, jak i kontroli koncentracji³⁸. W pierwszym przypadku wyznaczenie rynku właściwego oraz określenie siły rynkowej przedsiębiorstwa jest niezbędne, aby w ogóle móc stwierdzić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednostronną abuzywną praktyką dominanta. Z kolei w przypadku kontroli

³⁵ Zob.: D.S. Evans, *The Economics of the Online Advertising Industry*, “Review of Network Economics” 7/2008, p. 372; A.D. Chirita, *op.cit.*, p. 113.

³⁶ R. Pollock, *Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search*, “Cambridge Working Paper” 4/2009, p. 35-36.

³⁷ W zależności od konkretnego przypadku mogą być to np. biblioteki czy też biura podróży. Zob.: F. Thépot, *op.cit.*, p. 207.

³⁸ Definiowanie rynku właściwego w sprawach dotyczących zakazanych porozumień ograniczających konkurencję nie wymaga takiego stopnia precyzji, jaki konieczny jest przy rozpatrywaniu spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub koncentracji przedsiębiorców, gdzie udziały rynkowe stron mają istotne znaczenie. Por np. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/09. Jak się jednak podkreśla w literaturze: „Wyznaczenie rynku jest również w tym przypadku konieczne do zbadania, czy dane porozumienie nie ma charakteru bagatelnego, a przez to nie jest zakazane, czy udział stron porozumienia nie przekracza określonego progu pozwalającego na wyłączenie zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE oraz czy dane porozumienie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi UE”. Zob.: K. Korn, *Określanie rynku właściwego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 1997–2010*, ZNUJ 2/2012, s. 116.

koncentracji – rynek właściwy musi zostać wyznaczony w celu zbadania, czy w wyniku planowanego połączenia przedsiębiorstw nie powstanie lub nie umocni się pozycja dominująca³⁹.

W związku z powyższym, aby ocenić siłę rynkową wyszukiwarki internetowej, należy przeprowadzić kilkustopniową analizę. Po pierwsze, należy zdefiniować rynek właściwy oraz obliczyć udziały przedsiębiorstwa na tym rynku⁴⁰. Po drugie, w przypadku tak specyficznego rynku jak wyszukiwarki internetowe udziały rynkowe muszą być badane w szerszej perspektywie – zawodności tego rynku⁴¹. Determinuje ona bowiem siłę rynkową danego przedsiębiorstwa oraz możliwość pojawienia się potencjalnej konkurencji. W związku z tym należy zbadać m.in. bariery wejścia na rynek oraz występujące na nim koszty transakcyjne, koszty zmiany dostawcy usług, a także koszty utopione⁴².

3.1. Wyznaczanie rynku właściwego

Pod pojęciem „rynek” ekonomiści rozumieją (abstrakcyjne lub konkretne) miejsce spotkania podaży i popytu. Stanowi to proces, w którym decyzje dotyczące produkcji i konsumpcji są skoordynowane za pomocą cen⁴³. Tak szerokie ujęcie rynku nie jest jednak przydatne w prawie konkurencji⁴⁴. Podstawowym aktem prawnym określającym kryteria sposobu definiowania rynku właściwego w UE jest obwieszczenie KE⁴⁵.

³⁹ D. Jalowietzki, K. Jaros, S. Klaue, H.P. Venneman, *Wspólnotowe reguły prawa konkurencji i ich znaczenie dla polskich sędziów*, Warszawa 2007, s. 15.

⁴⁰ W prawie UE bardzo duży udział w rynku stanowi sam w sobie dowód istnienia pozycji dominującej. Domniemanie zajmowania pozycji dominującej występuje w przypadku posiadania przez przedsiębiorstwo 50% udziału w rynku właściwym. W tym przypadku to na przedsiębiorstwie spoczywa ciężar udowodnienia, że nie jest dominantem. Zob.: wyrok Trybunału z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:1991:286, pkt 60. W prawie polskim, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2007, Nr 50 poz. 331 z późn. zm., dalej: u.o.k.k. domniemanie takie istnieje w przypadku udziałów powyżej 40%.

⁴¹ Zob. szerzej: Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Warszawa 2007, s. 48.

⁴² F. Thépot, *op.cit.*, p. 205.

⁴³ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Ekonomia*, Warszawa 1993, s. 48.

⁴⁴ T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 207.

⁴⁵ Obwieszczenie Komisji z dnia 9 grudnia 1997 r. w sprawie *definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji*, Dz.Urz. WE C 372, s. 5.

Dokument ten definiuje rynek właściwy (relewantny) jako rynek produktowy (asortymentowy) oraz rynek geograficzny (terytorialny)⁴⁶. Ten pierwszy „składa się z wszystkich tych produktów lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”⁴⁷. Z kolei rynek właściwy geograficznie „obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne, oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią”⁴⁸. W największym więc skrócie rynek relewantny wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym⁴⁹.

Z brzmienia definicji rynku produktowego jednoznacznie wynika, że podstawowym kryterium brany pod uwagę przy wyznaczaniu tego rynku jest substytucyjność (wymienialność) towarów z punktu widzenia nabywcy, czy innymi słowy tzw. substytucyjność popytowa. Aby określić substytucyjność popytową, należy wziąć pod uwagę wszelkie, często trudno przewidywalne czynniki – zarówno o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym. Ma to więc charakter kazuistyczny, gdyż kryteria przydatne w jednej sprawie w innej mogą okazać się zawodne⁵⁰. Najbardziej oczywiste i powszechne kryteria to cechy fizyczne i funkcjonalne produktu oraz uwarunkowania dotyczące odbiorców⁵¹.

Jednym z najbardziej znanych i najpowszechniej stosowanych narzędzi ekonomicznych pozwalających wyznaczyć rynek właściwy jest tzw. test SSNIP (ang. *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*, tj. niewielki, jednak istotny i nieprzejściowy wzrost ceny)⁵². Zgodnie z pkt 17 ww. obwieszczenia Komisji sens tego testu sprowadza się do odpowiedzi

⁴⁶ Niekiedy, choć rzadko, należy wyznaczyć także rynek czasowy, np. w przypadku produktów sezonowych. Analogiczne definicję rynku właściwego w prawie polskim znajdziemy w art. 4 ust. 1 pkt 9 u.o.k.k.

⁴⁷ Obwieszczenie Komisji, *op.cit.*, pkt 7.

⁴⁸ *Ibidem*, pkt 8.

⁴⁹ Zob. wyrok SOKiK z dnia 18 grudnia 2002 r., XVII Ama 19/01, Dz.Urz. UOKiK 2003, Nr 2, poz. 260.

⁵⁰ S. Drozd [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, Warszawa 2011, s. 61.

⁵¹ Por.: wyrok TS UE z dnia 14 lutego 1978 r., 27/76 *United Brands Company przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:1978:22.

⁵² R. Whish, *Competition law*, Londyn 2003, s. 30.

na pytanie, jak zmienia się popyt na dobro B, gdy cena dobra A nieznacznie, lecz stale wzrasta. Zgodnie z obwieszczeniem odnosi się to do 5-10% wzrostu ceny. Jeżeli substytucja jest na tyle duża, że przedsiębiorca wytwarzający dobro A nie odniósł korzyści ze wzrostu jego ceny, gdyż spadła sprzedaż, to należy w obszar rynku włączyć również produkt B, który był dla tego dobra substytucyjny⁵³. Nie mniej jednak w doktrynie podkreśla się, że test SSNIP należy stosować z dużą ostrożnością, aby uniknąć tzw. błędu celofanowego⁵⁴.

3.2. Wyznaczanie siły rynkowej

Cechą charakterystyczną przedsiębiorstw posiadających znaczną siłę rynkową jest to, że mogą swobodnie oraz w różnorodny sposób ograniczyć konkurencji na rynku właściwym, eliminując rywali lub tworząc znaczne bariery wejścia na rynek. Definiując siłę rynkową bardziej precyzyjnie, można ją określić jako zdolność do zyskowego oferowania towarów po cenach powyżej kosztów marginalnych (w krótkim okresie) oraz powyżej średnich kosztów całkowitych (w długim okresie), do zyskowego ograniczenia produkcji czy sprzedaży, jakości, wyboru czy też innowacyjności towarów lub usług⁵⁵. W opinii Urszuli Dubejko niejednokrotnie siłę rynkową utożsamia się z pozycją dominującą, której istnienie zakłada się według przepisów prawa, gdy podmiot posiada 40-50% udziałów w rynku właściwym. Jest to jednak zbyt daleko idące uogólnienie⁵⁶. Niemniej jednak, większość czynników określających siłę rynkową ma charakter mierzalny (kwantyfikowalny)⁵⁷.

⁵³ K. Korn, *op.cit.*, s. 117.

⁵⁴ Zob. szerzej: S. Drozd, *op.cit.*, s. 72-73; J.H. Fisher, *A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition*, „Journal of Competition Law & Economics” 4/2008, p. 1031-1063.

⁵⁵ B. Turno, *Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych*, „Polski Kongres Prawa Konkurencji” 2015, s. 3.

⁵⁶ U. Dubejko, *Wykorzystanie analizy ekonomicznej przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorców w sprawach z zakresu nadużywania pozycji dominującej i kontroli łączeń* [w:] C. Bałasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 326-327.

⁵⁷ Jednym z najbardziej znanych wskaźników, który umożliwia zbadanie stopnia siły rynkowej jest tzw. indeks Lerner, który równa się stosunkowi różnicy ceny rynkowej oraz kosztów krańcowych przedsiębiorstwa do tej ceny. Zob. szerzej: A. Lerner, *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*, „The Review of Economic Studies” 1/1934, s.157-175. Nie jest to jednak jedyny indeks, gdyż często wykorzystywanym w praktyce wskaźnikiem jest także HHI (Herfndahl Hirschman Index), będący sumą kwadratów udziałów rynkowych poszczególnych przedsiębiorstw w rynku.

Z siłą rynkową mamy więc do czynienia wówczas, gdy dane przedsiębiorstwo nie doświadcza skutecznej presji konkurencyjnej, a badanie udziałów rynkowych, choć kluczowe, nie jest jedynym elementem tej oceny. Udziały te nie ukazują bowiem presji konkurencyjnej jaka ciąży na przedsiębiorcy ze względu na możliwość pojawienia się nowych konkurencyjnych podmiotów. Zdaniem autorów teorii rynków spornych (ang. *contestable markets*) – Williama J. Baumol’a, Johna C. Panzara i Roberta D. Williga – istotniejszą kwestią niż ilość oraz udziały przedsiębiorstw w rynku jest kwestia samej możliwości wejścia na ten rynek, gdyż strategie ustalane przez dominantów często uwzględniają potencjalne zachowania konkurencji. Innymi słowy, potencjalna reakcja funkcjonującego na rynku przedsiębiorcy wpłynie na możliwość pojawienia się nowych podmiotów (albo ich brak) w przyszłości⁵⁸.

W prawie konkurencji UE – siła rynkowa o charakterze kwalifikowanym – to tzw. pozycja dominująca. Trybunał zdefiniował te pojęcie na potrzeby art. 102 TFUE jako ekonomiczną siłę przedsiębiorstwa, która stwarza mu możliwość zapobieżenia utrzymaniu efektywnej konkurencji na rynku właściwym przez przyznanie mu możliwości zachowywania się w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz ostatecznie konsumentów⁵⁹. Zgodnie z wytycznymi Komisji koncepcja niezależności jest związana z zakresem presji konkurencyjnej, wywieranej na dane przedsiębiorstwo. Dominacja wiąże się z tym, że presja konkurencyjna nie jest wystarczająco skuteczna i w związku z tym dane przedsiębiorstwo posiada przez pewien czas istotną i trwałą władzę rynkową⁶⁰. Tym samym dane przedsiębiorstwo może wpływać na czynniki rynku takie jak m.in. cena, innowacja, podaż oraz różnorodność przez znaczny okres⁶¹.

Siła rynkowa w prawie konkurencji UE, a w tym jej forma kwalifikowana, tj. pozycja dominująca, są więc definiowane i rozumiane w znaczeniu ekonomicznym. Jest to naturalną konsekwencją faktu, iż prawo konkurencji to jedno z pierwszych dziedzin prawa, do którego

⁵⁸ W.J. Baumol, J.C. Panzar, R.D. Willig, *Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers, and Sustainability of Monopoly*, “The Quarterly Journal of Economics” 3/1981, s. 405-431.

⁵⁹ Wyrok TS UE w sprawie *United Brands...*, *op.cit.*, pkt 65.

⁶⁰ Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 5 grudnia 2008, *Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, KOM(2008) 832 wersja ostateczna, Dz.Urz. UE C 45 z 24.2.2009, s. 7-20, pkt 10.

⁶¹ Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005, pkt 24.

interpretacji zaczęto wykorzystywać instrumenty ekonomiczne⁶². Analiza problemów konkurencji wymaga bowiem użycia ekonomicznych koncepcji, które służą gospodarce rynkowej⁶³. W tym kontekście dwustronny charakter rynku wyszukiwarek internetowych musi być brany pod uwagę przez organy antymonopolowe – w analizie każdego konkretnego przypadku – w celu niedopuszczenia do sytuacji przyjęcia złych wniosków dotyczących siły rynkowej przedsiębiorstw.

4. Rynek właściwy oraz siła rynkowa wyszukiwarek internetowych

Z powyższych rozważań jednoznacznie wynika, że ze względu na występujący związek pomiędzy dwoma grupami klientów wyszukiwarki internetowej – co do zasady – nie wydaje się właściwe definiowanie i wyznaczanie rynku właściwego tylko dla jednej strony⁶⁴. Jeżeli dane przedsiębiorstwo nie zachowuje się tak jak firmy działające na tradycyjnych rynkach, lecz bieżą pod uwagę współzależność stron przy podejmowaniu decyzji dotyczących struktury cenowej oraz produkcji, to nieuwzględnienie tej konsekwencji może prowadzić do błędnej oceny jego siły rynkowej⁶⁵. Tradycyjne pytania prawa antymonopolowego dotyczące rynku właściwego oraz siły rynkowej przedsiębiorstw zyskały zatem nowy wymiar w rzeczywistości online, a w tym w przypadku wyszukiwarek internetowych⁶⁶.

4.1. Rynek właściwy wyszukiwarek internetowych czy reklam internetowych?

O ile wyznaczenie rynku geograficznego wyszukiwarki internetowej nie jest trudne, gdyż ma ona zasięg światowy, to jednak znaczne problemy pojawiają się przy próbie zdefi-

⁶² R. Stroiński, *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law & Economics)*, [w:] M. Bednarski, J. Wilkin (red.), „Ekonomia dla Prawników”, Warszawa 2008, s. 482-483.

⁶³ R. Whish, *op.cit.*, s. 1-2. Innymi słowy instrumenty ekonomiczne tworzą normatywne wzorce do oceny obowiązującego prawa konkurencji. Zob.: R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 4.

⁶⁴ Problem ten jest także dostrzegany przez Trybunał Sprawiedliwości, zob. wyrok TS UE z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-382/12 P *MasterCard Inc. i inni przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2014:2201.

⁶⁵ Zob.: D.S. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, “Yale Journal on Regulation” 2/2003, p. 356-358.

⁶⁶ P. Semeniuk, *op.cit.*, s. 28.

niowania tego rynku w ujęciu produktowym. Próbując wyznaczyć rynek produktowy wyszukiwarek internetowych należy zmierzyć się z dwoma fundamentalnymi problemami. Po pierwsze, który z ww. rynków (ze strony użytkowników czy reklamodawców) powinien być decydujący przy jego wyznaczeniu? Ewentualnie, czy oba te rynki mają charakter równoważny, a zatem czy należy je badać holistycznie (całościowo) ze względu na specyfikę funkcjonowania rynku dwustronnego? Po drugie, jak wąsko (lub szeroko) należy wyznaczać rynki poszczególnych stron wyszukiwarki internetowej⁶⁷.

Z punktu widzenia użytkowników Google udostępnia funkcje wyszukiwania w Internecie wraz z różnymi innymi usługami jak np. mapy, e-mail czy usługi wideo. Zgodnie z definicją słownikową – wyszukiwarka to program komputerowy, który przeszukuje dokumenty baz danych oraz stron internetowych zawierające słowa kluczowe podane przez użytkownika⁶⁸. Komisja Europejska w swojej decyzji w sprawie koncentracji *Microsoft/Yahoo!* zdefiniowała pojęcie wyszukiwarki internetowej jako: „Narzędzie przeznaczone do wyszukiwania informacji w Internecie. Składa się one z pola wyszukiwania, w którym można wpisać zapytania. Następnie wyniki wyszukiwania danego zapytania są zazwyczaj przedstawiane w liście rankingowej wyników. Wyszukane informacje mogą składać się z tekstu (w tym newsów), map, zdjęć, filmów lub innych rodzajów treści”⁶⁹. Z tej perspektywy usługi substytucyjne do Google są świadczone m.in. przez Bing, Yahoo oraz Baidu.

Komisja Europejska przyjmuje także, że specyficzne segmenty treści online, takie jak np. wyszukiwarki podróżnicze czy medyczne, powinny być odróżnione od ogólnych wyszukiwarek internetowych. Z tego względu wyszukiwarki internetowe dzieli się na portale wertykalne oraz portale horyzontalne⁷⁰. Na fenomen wyszukiwarek wertykalnych (takich jak np. Amazon, Allegro i eBay) zwraca uwagę K. Kohutek, wskazując że: „W odniesieniu do ilości

⁶⁷ W zależności od przyjęcia różnych założeń w tym zakresie, siła rynkowa danego przedsiębiorcy może się diametralnie różnić.

⁶⁸ *Business dictionary online*, <http://www.businessdictionary.com>, 14.01.2016.

⁶⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 18 lutego 2010 r. w sprawie *Microsoft/Yahoo!*, COMP/M.5727, pkt 30. W sprawie tej Komisja po raz pierwszy pochyliła się nad kwestią rynku wyszukiwarek internetowych.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 31. Podobne podejście przyjęto w przypadku postępowania przeciwko Google. Zob.: A. Leyden, M. Dolmans, *The Google Commitments: Now with a Cherry on Top*, “Journal of European Competition Law & Practice”, 5/2014, p. 253.

wyszukiwań określonych produktów na wspomnianych wyszukiwarkach jest ona (czasami nawet kilkakrotnie) wyższa niż w przypadku korzystania ze stron Google”⁷¹.

Komisja nie wskazała jednak, czy substytutem wyszukiwarek internetowych mogą być inne usługi dostępne dla użytkowników, oferowane na rynku fizycznym (ang. *brick and mortar market*). Chociaż wyszukiwanie online ma charakter specyficzny i jest nieodzownie związane z rozwojem Internetu i dostępem do informacji, to jednak wyszukiwarki te mogą być w pewnych okolicznościach postrzegane także jako substytut usług dostępnych w trybie offline. Przykładowo wyszukiwarka internetowa może niekiedy zastąpić biblioteki w zakresie badań czy też agentów lotniczych w zakresie rezerwowania biletów lotniczych⁷².

Z punktu widzenia reklamodawców, czyli drugiej strony rynku dwustronnego, należy także rozpatrzyć rynek właściwy reklam internetowych. Komisja Europejska, będąc świadoma tego problemu, odróżniła grupę użytkowników od grupy reklamodawców⁷³. W swojej decyzji w sprawie koncentracji *Google/DoubleClick* wyodrębniła dwa odrębne rynki reklamy – offline i online, opierając się na argumente bardziej efektywnego odbioru reklamy online z perspektywy użytkowników⁷⁴. Zdaniem Komisji szerokie ujęcie rynku reklamy nie może być przyjęte, gdyż badanie rynku wykazało, że większość respondentów postrzega je jako oddzielne rynki⁷⁵. Jako dodatkowy argument KE wskazała, że obie formy reklam mają inną strukturę naliczania opłat za ich wyświetlanie⁷⁶. Co więcej, Komisja odróżniła reklamę w wyszukiwarkach internetowych (ang. *search advertising*) od innych rodzajów reklam internetowych (ang. *non-search advertising*). W literaturze przedmiotu wskazuje się, że „reklamy

⁷¹ K. Kohutek, *op.cit.*, s. 35. Autor zwraca także uwagę na rosnący wzrost wyszukań za pomocą urządzeń mobilnych, mających wbudowane własne wyszukiwarki.

⁷² F. Thépot, *op.cit.*, p. 207.

⁷³ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Microsoft/Yahoo!...*, *op.cit.*, pkt 100-108. Z drugiej strony Komisja nie wskazała, czy rynek wyszukiwarek internetowych z perspektywy grupy użytkowników powinien być postrzegany sam w sobie jako rynek właściwy.

⁷⁴ „W przeciwieństwie do reklamy offline, reklama online może być w bardziej efektywny sposób kierowana do konkretnych odbiorców”. Zob. decyzję Komisji z dnia 11 marca 2008 r. w sprawie *Google/DoubleClick*, COMP/M.4731, pkt 45. Tłumaczenie za: P. Semeniuk, *op.cit.*, s. 37.

⁷⁵ Reklama online oferuje możliwość „targetowania” potencjalnych użytkowników za pomocą informacji o ich „geograficznej lokalizacji” i „zainteresowaniach”. Zob.: *Ibidem*.

⁷⁶ Zob. decyzję Komisji w sprawie *Google/DoubleClick...*, *op.cit.*, pkt 46.

typu search są, w przeciwieństwie do innych reklam, tzw. reklamami kontekstowymi, czyli umożliwiającymi »targetowanie« użytkowników na podstawie ich zainteresowań»⁷⁷.

Decyzje Komisji Europejskiej wyraźnie pokazują jej włożony wysiłek w rozważenie praktycznych implikacji funkcjonowania rynku dwustronnego. Komisja słusznie wskazała, że wyszukiwarka działa jako pośrednik (ang. *matchmaker*) łączący dwie grupy: użytkowników i reklamodawców⁷⁸. Na aprobatę zasługuje także fakt oddzielnego zdefiniowania rynku właściwego dla każdej strony wyszukiwarki internetowej, ponieważ – jak to wynikało z wcześniejszych rozważań – nie zapewnia ona bezpośrednich interakcji między stronami, a zatem doświadcza potencjalnej konkurencji także ze strony przedsiębiorstw świadczących usługi po jednej lub drugiej stronie jej rynku⁷⁹. Z tego też powodu – w przypadku spraw z zakresu koncentracji przedsiębiorstw – definicja rynku właściwego może być ograniczona jedynie do jednej strony platformy (tj. rynku reklamy internetowej), jeżeli w tym zakresie rynek pokrywa się pomiędzy łączącymi się spółkami⁸⁰.

W doktrynie słusznie wskazuje się, że w przypadku rynków dwustronnych nie jest możliwe zastosowanie testu SSNIP przy jednoczesnym przyjęciu logiki stosowanej przy wyznaczaniu tradycyjnego rynku. Przyczyną jest m.in. fakt, że jedna ze stron wyszukiwarki nie płaci za korzystanie z jej usług, natomiast test ten opiera się na badaniu hipotetycznego wzrostu cen. W związku z tym – w celu nadania testowi SSNIP wartości aplikacyjnej – wymagana jest jego modyfikacja, tj. dostosowanie do logiki funkcjonowania rynków dwustronnych⁸¹.

⁷⁷ P. Semeniuk, *op.cit.*, s. 41.

⁷⁸ W związku z czym Komisja zbadała zarówno pozycję wyszukiwarki z perspektywy jej zdolności do generowania natężenia wyszukiwania (ang. *search traffic*), jak również zdolności sprzedaży tego natężenia reklamodawcom. Zob.: decyzję Komisji Europejskiej w sprawie *Microsoft/Yahoo!*..., *op.cit.*, pkt 100.

⁷⁹ Podobną opinię wyrażono także w literaturze przedmiotu, por.: T. Hoppner, *Defining Markets for Multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines*, "World Competition" 3/2015, p. 352; L. Filistrucchi, D. Geradin, E. Van Damme, P. Affeldt, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, "Journal of Competition Law & Economics", 2/2014, p. 302-303.

⁸⁰ Takie podejście było przyjmowane w dotychczasowych decyzjach Komisji. W literaturze pojawia się też pogląd, że w przypadku wyznaczania rynku właściwego wyszukiwarek internetowych kluczowa dla tej analizy powinna być substytucja popytowa po stronie reklamodawców, por.: P. Semeniuk, *op.cit.*, s. 28.

⁸¹ Pierwsze próby tego zabiegu zostały już przedstawione w literaturze ekonomicznej. Zob.: M.D. Noel, D.S. Evans, *Defining Markets That Involve Multi-Sided Platform Businesses: An Empirical Framework With an Application to Google's Purchase of DoubleClick*, "AEI-Brookings Joint Center For Regulatory Studies" 2007; L. Filistrucchi, *A SSNIP Test for Two-sided Markets: The Case of Media*, Net Institute 2008.

Zgodnie z oświadczeniem Komisji w kontekście sprawy *Google* oraz decyzji w sprawie koncentracji *Microsoft/Yahoo!* rynek produktowy wyszukiwarek definiowany jest na podstawie cech funkcjonalnych usługi oferowanej dla klientów. W związku z tym istnieje tendencja do jak najwęższego określania tego rynku⁸². Takie określanie rynku nie uwzględnia jednak potencjalnych ograniczeń konkurencji przez usługi powiązane lub usługi, które mogą pojawić się na rynku w przyszłości⁸³. W literaturze zauważa się również, że nie zawsze można przyjąć, że reklamy online oraz offline – w każdym badanym przypadku – będą miały charakter niezależny, niekonkurujący ze sobą⁸⁴. Ponadto, trafnie wskazuje P. Semeniuk, że granica pomiędzy reklamami typu search i non-search coraz bardziej się zaciera. Należy bowiem zauważyć, że współcześnie zdecydowana większość reklam internetowych ma charakter „targetowy” (geograficznie, kontekstowo lub behawioralnie)⁸⁵.

Punktem wyjścia dla opracowania bardziej przychylnych ram prawa konkurencji UE dla usług nowych technologii – takich jak wyszukiwarki internetowe – powinno być wyznaczenie rynku właściwego w mniej formalistyczny sposób. Jest to równocześnie zgodne ze stanowiskiem Komisji, która uznała, że w niektórych przypadkach nie ma potrzeby przyjęcia ścisłej definicji rynku wewnętrznego⁸⁶.

4.2. Siła rynkowa Google

Jak wynika z wcześniejszych rozważań – ocena udziałów w rynku nie może odbywać się w izolacji od występowania barier wejścia lub zjawiska zamknięcia konsumenta (ang. *consumer lock-in*). Jest to o tyle istotne, gdyż Google posiada znaczne udziały w rynku⁸⁷.

⁸² W tym świetle Facebook oraz Google nie są konkurentami. Zob.: I. Graef, *op.cit.*, s. 5.

⁸³ Jest to tym bardziej istotne w dynamicznym sektorze jak środowisko internetowe, gdzie gracze na rynku zazwyczaj konkurują poprzez wprowadzenie nowych usług, a nie poprzez zastąpienie lub poprawę już istniejących. Zob.: C. Ahlborn, D.S. Evans, A.J. Padilla, *Competition policy in the new economy: is European competition law up to the challenge?*, ECLR 5/2001, p. 161-162.

⁸⁴ Zostało to zbadane w literaturze ekonomicznej, zob.: A. Goldfarb, C. Tucker, *Search Engine Advertising: Channel Substitution when Pricing Ads to Context*, NET Institute 2010.

⁸⁵ Przykładowo serwisy społecznościowe typu Facebook często wyświetlają reklamy na podstawie wcześniejszych zachowań użytkownika na tym portalu. P. Semeniuk, *op.cit.*, s. 42-43.

⁸⁶ Obwieszczenie Komisji w sprawie *definicji rynku...*, *op.cit.*, pkt 27.

⁸⁷ Nawet 90% w przypadku rynku europejskiego. Zob. K. Kohutek, *op.cit.*, s. 34 i powołane tam źródła.

Rynki wyszukiwarek internetowych charakteryzują się wysokimi barierami wejścia⁸⁸. Jak podkreśla się w literaturze – wynika to z występowania znaczących kosztów stałych, potrzebnych do zbudowania efektywnej oraz zdolnej do obsługiwanie odpowiedniej liczby użytkowników wyszukiwarki, która wymaga także ciągłej aktualizacji⁸⁹. Jednakże nie jest to jedyna przyczyna. Równie ważne, a nawet bardziej znaczące, są koszty związane z przyciągnięciem użytkowników do danej platformy⁹⁰. Co naturalne, nowe podmioty nie odnoszą na początku takich samych korzyści z pośrednich efektów sieciowych jak zasiedziali uczestnicy tego rynku (ang. *incumbents*)⁹¹. Mogą oni być wprawdzie zdolni do zaprojektowania oraz wdrożenia lepszego algorytmu niż Google, jednakże obecna pozycja tego przedsiębiorstwa była utrzymywana przez ostatnie kilkanaście lat, a przez co – przyzwyczajeni do używania tej przeglądarki użytkownicy – nie są chętni do jej zmiany. Wydaje się więc, że użytkownicy są lojalni wobec wyszukiwarki, której używają.

Z drugiej strony, użytkownicy nie są ograniczeni jedną wyszukiwarką internetową. Z łatwością mogą oni testować wiele usług, zmieniać je, a nawet jednocześnie korzystać z kilku wyszukiwarek na raz⁹². Specyfiką tego sektora usług jest więc nietrwałość wyboru. W przeciwieństwie do zakupu komputera czy telefonu komórkowego, decyzja aby skorzystać z danej wyszukiwarki nie musi być stała, ponieważ jest ona darmowa dla użytkowników. Na rynku tym zasadniczo nie występuje więc zjawisko zamknięcia konsumenta, a także samo ryzyko jego zaistnienia⁹³. Zjawisko podwyższania cen niezależnie od konsumentów zasadniczo nie ma miejsca, gdyż wprowadzenia jakiegokolwiek opłaty za korzystanie z przeglądarki byłoby

⁸⁸ Zauważa to sama Komisja, stwierdzając że na rynku tym występują istotne bariery wejścia oraz efekty sieciowe. Zob.: informację prasową Komisji, MEMO/13/383, *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers*, Bruksela 2015.

⁸⁹ Jak zauważa K. Kohutek koszty te są generowane przez badania i rozwój (ang. *R&D*), podając przykład Google, który w pierwszym kwartale 2013 t. na inwestycję tę wydał około 15% swoich dochodów. Co więcej, Google zmienia swój algorytm wyszukiwania ok. 500 razy w ciągu roku. Zob.: K. Kohutek, *op.cit.*, s. 34 wraz z przywołaną tam literaturą.

⁹⁰ Pośrednie efekty sieciowe są bardzo silne, a w związku z czym, kiedy każda ze stron rynku rozrasta się, to nowe podmioty mają coraz trudniejszą sytuację konkurencyjną.

⁹¹ K. Laudadio Devine, *Preserving Competition in Multi-Sided Innovative Markets: How Do You Solve A Problem Like Google?*, N. C. J. L. & Tech. 1/2008, p. 88-89.

⁹² Określa się to mianem *multi-homing*. Zob.: J.C. Rochet, J. Tirole, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, RAND J. Econ. 3/2006, p. 650.

⁹³ K. Kohutek, *op.cit.*, s. 36.

pod względem strategii biznesowej nieopłacalne – użytkownicy z łatwością przeszliby na inne konkurencyjne usługi. Słusznie wskazuje się więc w literaturze, że konkurencja dla Google jest oddalona „tylko o jedno kliknięcie” (ang. *just one click away*)⁹⁴.

Biorąc powyższe pod uwagę trafne jest także stanowisko Komisji, która stwierdziła, że udziały w rynku zapewniają tylko ograniczone wskazanie siły rynkowej w kontekście tego rodzaju usług internetowych. Ze względu na dynamiczną naturę tego sektora udziały rynkowe mogą zmienić się bowiem szybko nawet w krótkim czasie⁹⁵. Komisja słusznie bowiem zauważyła, że pomimo dużego udziału w rynku, dane przedsiębiorstwo ulega skutecznej presji konkurencyjnej. Takie stanowisko zyskało także aprobatę TS UE, który zauważył, że „sektor łączności konsumenckiej jest nowym, intensywnie rozwijającym się sektorem, charakteryzującym się krótkimi cyklami innowacji, w którym duże udziały w rynku mogą okazać się efemeryczne. W takim dynamicznym kontekście wysokie udziały w rynku niekoniecznie świadczą o sile rynkowej, a więc o długoterminowym uszczerbku dla konkurencji, do którego uniknięcia dąży rozporządzenie nr 139/2004”⁹⁶.

5. *Konkluzje*

Funkcjonowanie platform internetowych (w tym wyszukiwarek internetowych) stanowi nowe wyzwanie dla egzekwowania prawa konkurencji UE – z co najmniej kilku powodów. Ze względu na dwustronną naturę tego rynku oraz dominujący parametr innowacyjności – tradycyjna analiza antymonopolowa może w niewystarczający sposób odzwierciedlić funkcjonowanie konkurencji na tym rynku. Chociaż wyszukiwarki internetowe posiadają specyficzne cechy, które muszą być brane pod uwagę w analizie prawa konkurencji UE, to jednak narzędzia używane do wyznaczania rynku właściwego oraz oceny siły rynkowej (a w tym pozycji dominującej) wydają się być wystarczająco elastyczne, aby odpowiednio stosować je do tego rodzaju usług. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w decyzjach Komisji Europejskiej oraz wyrokach TS UE, które biorą pod uwagę dwustronną naturę rynku usług internetowych

⁹⁴ Dotyczy to także reklamodawców, którzy mogą skorzystać z innych platform. Zob.: F. Thépot, *op.cit.*, p. 220.

⁹⁵ Stwierdzenie te dotyczyło wprawdzie sektora usług komunikacji internetowej (Skype), natomiast jest one także relewantne w kontekście rynku wyszukiwarek internetowych. Zob.: decyzję Komisji z dnia 2 września 2011 r. w sprawie *Microsoft/Skype*, COMP/M.6281, pkt 78.

⁹⁶ Wyrok TS UE z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie T-79/12 *Cisco Systems przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2013:635, pkt 69.

oraz możliwość pojawienia się na nim potencjalnej konkurencji. Z drugiej jednak strony, wyznaczanie rynku produktowego w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej UE jest zbyt rygorystyczne. W tym kontekście zasadne jest postawienie pytania, czy Komisja będzie także skłonna – w tym aspekcie – dostosować istniejące narzędzia prawa konkurencji do dynamicznego charakteru rynku, na którym funkcjonują wyszukiwarki internetowe.

* * *

Problems and challenges connected with the application of the European competition law to the Internet search engine market.

Summary: In several perspectives, online platforms such as search engines raise new challenges for competition enforcement. Because of their multi-sided nature and the predominance of innovation as a parameter of competition, traditional competition analysis may not be sufficiently able to reflect the way in which competition takes place on search engines. Although these online platforms have some specific characteristics that have to be taken into account in competition law analysis, the tools that are used to define relevant markets and to assess dominance are flexible enough to be adequately applied to these services. The question is whether the European Commission is willing to adapt existing competition tools to the dynamic nature of the markets in which online platforms such as search engines operate.

Key words: European law, competition law, Internet search engine.