MGR ARTUR SZMIGIELSKI

PRZENOSZENIE SIŁY RYNKOWEJ OPERATORÓW PLATFORM INTERNETOWYCH NA RYNKI POWIĄZANE W PRAWIE KONKURENCJI I REGULACJI RYNKÓW CYFROWYCH

ROZPRAWA DOKTORSKA PRZYGOTOWANA POD KIERUNKIEM DR. HAB. GRZEGORZA MATERNY, PROF. INP PAN

Warszawa, 2024 r.

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów 12

Wstęp 15

1. Temat rozprawy i uzasadnienie jego wyboru 15

2. Cele i pytania badawcze 20

3. Metody badawcze 24

4. Struktura pracy 27

Rozdział I. Ekonomiczne aspekty rynków cyfrowych, platform internetowych oraz konkurencji na rynkach cyfrowych 31

1. Pojęcie oraz specyfika rynków cyfrowych 31

1.1. Definicja rynków cyfrowych 32

1.1.1. Koncentracja na rynkach cyfrowych: tendencja do tworzenia „naturalnych monopoli” 35

1.1.2. „Darmowe” usługi oferowane na rynkach cyfrowych 37

1.2. Konkluzje 41

2. Modele oraz strategie biznesowe platform internetowych 42

2.1. Definicja platform internetowych 43

2.1.1. Platformy jako rynki dwustronne 46

2.1.1.1. Efekty sieciowe występujące między użytkownikami platform 48

2.1.1.2. Rodzaje platform internetowych z perspektywy zachodzących interakcji . 50

2.1.2. Platformy jako usługodawcy (pośrednicy) 52

2.1.3. Platformy jako projektanci oraz nadzorcy rynków 54

2.2. Strategie biznesowe odnoszące się do modelu biznesowego platform internetowych 57

2.2.1. Strategie biznesowe dotyczące początkowego etapu funkcjonowania platformy internetowej 58

2.2.2. Strategie biznesowe dotyczące wykorzystywania i rozszerzania siły rynkowej: cyfrowe ekosystemy 61
2.3. Przykłady modeli platform internetowych 67
2.3.1. Wyszukiwarki internetowe 68
2.3.2. Sieci społecznościowe (media społecznościowe) 69
2.3.3. Platformy handlu elektronicznego 71
2.3.4. Systemy operacyjne 73
2.3.5. Sklepy z aplikacjami 74
2.3.6. Internetowe usługi reklamowe 75
2.4. Konkluzje 82
3. Charakterystyka oraz parametry konkurencji na rynkach cyfrowych 84
3.1. Pojęcie konkurencji 84
3.2. Wymiary konkurencji na rynkach cyfrowych 86
3.3. Innowacja oraz jakość usług jako parametry konkurencji na rynkach cyfrowych 89
3.4. Dane oraz uwaga użytkowników jako niezbędne zasoby na rynkach cyfrowych 91
3.5. Uprzedzenia behawioralne na rynkach cyfrowych 93
3.6. Konkluzje 97
Rozdział II. Interwencja antymonopolowa i regulacyjna na rynkach cyfrowych – zagadnienie systemowe 99
1. Charakterystyka i uzasadnienie interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych 99
1.1. Kontrola przenoszenia siły rynkowej przedsiębiorców jako forma realizacji interwencjonizmu 100
1.2. Stan debaty oraz uzasadnienie interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych 104
1.3. Pojęcie skuteczności unijnego prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej 107
1.4. Kryteria skutecznej regulacji oraz interwencji na rynkach cyfrowych 110

1.5. Wyzwania związane z egzekwowaniem prawa konkurencji na rynkach cyfrowych oraz potrzeba regulacji sektorowej 113
1.6. Konkluzje 115
2. Metody regulacji rynków cyfrowych 116
2.1. Regulacja horyzontalna (międzysektorowa) oraz regulacja sektorowa 117
2.2. Obowiązki asymetryczne oraz symetryczne 118
2.3. Konkretyzacja *ex post* oraz konkretyzacja *ex ante* 119
2.4. Środki behawioralne i strukturalne 120
2.5. Standardy i reguły (zakazy i nakazy) 121
2.6. Regulacja o charakterze karnym oraz regulacja o charakterze administracyjnym .. 123
2.7. Model uniwersalny (*one-size-fits-all approach*) oraz model zindywidualizowany (*tailored approach*) 125
2.8. Konkluzje 127
3. Aksjologiczne, prawne i ekonomiczne podstawy prawa konkurencji 129
3.1. Źródła polskiego i unijnego prawa antymonopolowego 129
3.2. Cele prawa i polityki konkurencji 131
3.3. Publicznoprawny model wdrażania reguł konkurencji 136
3.4. Konkluzje 140
4. Aksjologiczne, prawne i ekonomiczne podstawy regulacji rynków cyfrowych 141
4.1. Źródła regulacji *ex ante* rynków cyfrowych 142
4.1.1. Rozporządzenie P2B 142
4.1.2. Akt o rynkach cyfrowych (DMA) 144
4.1.3. Badania rynkowe oraz New Competition Tool 146
4.1.4. Krajowe regulacje rynków cyfrowych 149
4.1.4.1. Niemcy 150
4.1.4.2. Wielka Brytania 151
4.2. Cele regulacji *ex ante* rynków cyfrowych 153
4.2.1. Cele Rozporządzenia P2B 153

4.2.2. Cele DMA 154
4.2.3. Cele krajowych regulacji rynków cyfrowych 156
4.3. Publicznoprawny model wdrażania regulacji *ex ante* rynków cyfrowych 158
4.3.1. Model egzekwowania Rozporządzenia P2B 159
4.3.2. Model instytucjonalny oraz egzekwowanie przepisów DMA 161
4.3.3. Krajowe modele instytucjonalne oraz egzekwowanie regulacji rynków cyfrowych 162
4.4. Konkluzje 163
Rozdział III. Porównanie interwencji antymonopolowej (*ex post*) i regulacyjnej (*ex ante*) na rynkach cyfrowych 165
1. Instrumenty prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych dotyczące kontroli wykorzystywania i rozszerzania siły rynkowej operatorów platform internetowych 165
1.1. Rynki cyfrowe i ich zakres podmiotowy w świetle prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych 166
1.1.1. Rynek właściwy dotyczący modeli biznesowych platform internetowych 168
1.1.1.1. Podejście jedno- i wielorynkowe 170
1.1.1.2. Rynki produktowe o zerowej cenie (*zero-price market*) 175
1.1.1.3. Substytucyjność usług oferowanych za pośrednictwem platform internetowych 177
1.1.1.4. Definiowanie rynku produktowego w kontekście cyfrowych ekosystemów 181
1.1.1.5. Zastosowanie testu hipotetycznego monopolisty w kontekście definiowania rynku właściwego platform internetowych 185
1.1.1.6. Rynek geograficzny usług oferowanych za pośrednictwem platform internetowych 190
1.1.2. Definicje „platform" oraz „rynków cyfrowych" w regulacjach rynków cyfrowych 193
1.1.3. Ramy prawne analizy siły rynkowej operatorów platform internetowych w prawie konkurencji 196
1.1.3.1. Znaczenie udziału w rynku 198
1.1.3.2. Oferowanie bezpłatnych produktów 200

1.1.3.3. Bariery wejścia oraz inne czynniki wpływające na siłę rynkową 202
1.1.4. Klasyfikacja operatorów platform internetowych, podlegających regulacji 204
1.1.4.1. Podejście jakościowe 206
1.1.4.2. Podejście ilościowe 208
1.1.4.3. Podejście hybrydowe 211
1.2. Zakres przedmiotowy 212
1.2.1. Ogólna koncepcja nadużycia pozycji dominującej 212
1.2.2. Obowiązki przejrzystości i uczciwości wskazane w Rozporządzeniu P2B 215
1.2.3. Lista zakazów i nakazów wskazana w DMA 217
1.2.4. Regulacja niemiecka – art. 19a GWB 221
1.2.5. Regulacja brytyjska – prokonkurencyjne podejście 223
1.2.6. Klasyfikacja obowiązków regulacyjnych 225
1.3. Konkluzje 226
2. Relacja między regulacją (*ex ante*) a prawem antymonopolowym (*ex post*) 230
2.1. Komplementarny charakter regulacji rynków cyfrowych 231
2.2. Subsydiarny charakter regulacji rynków cyfrowych 233
2.3. Stosowanie regulacji rynków cyfrowych jako przeszkoda w stosowaniu prawa konkurencji oraz innych regulacji 233
2.4. Znaczenie naruszenia regulacji z perspektywy prawa konkurencji 234
2.5. Mechanizm koordynacji postępowań wskazany w DMA 235
2.6. Konkluzje 237
Rozdział IV. Zasada pewności prawa w kontekście interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych 238
1. Zakres zasady pewności prawnej oraz bezpieczeństwa prawnego 238
1.1. Stosowanie prawa konkurencji w warunkach „względnej nieznajomości faktów" oraz nowe formy nadużycia 242
1.2. Polityka konkurencji w warunkach „względnej nieokreśloności celów" 245
2. Otwarta tekstowość pojęć prawa konkurencji na przykładzie zakazu nadużywania pozycji dominującej 248

2.1. Konkurencja merytoryczna ... 251
2.2. Antykonkurencyjne skutki ... 253
2.2.1. Odczuwalność (wymagany stopień negatywnego oddziaływania na rynek) ... 257
2.2.2. Standard dowodowy (wymagany stopień prawdopodobieństwa) ... 259
2.3. Testy prawne oraz kategoryzacja praktyk stanowiących nadużywanie pozycji dominującej ... 263
2.4. Kategorie (rodzaje) nadużywania pozycji dominującej ... 266
2.5. Obiektywne uzasadnienie ... 269
2.6. Konkluzje ... 272
3. Zdefiniowane kryteria zapewniające lub sprzyjające pewności prawa w kontekście stosowania art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) oraz regulacji rynków cyfrowych ... 272
3.1. Spójność (jednolitość) stosowania prawa ... 273
3.2. Instrumenty prawa miękkiego ... 276
3.3. Domniemania prawne i standard dowodowy ... 279
3.4. Zamiar antykonkurencyjny (testy intencjonalne) ... 284
3.5. Proporcjonalność interwencji antymonopolowej i regulacyjnej ... 288
3.6. Zakres uznania organu antymonopolowego przy nakładaniu kar pieniężnych ... 291
3.7. Zakaz ponownego karania lub ścigania w kontekście równoległego stosowania art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) oraz regelacji *ex ante* rynków cyfrowych ... 296
3.8. Konkluzje ... 303
Rozdział V. Przenoszenie siły rynkowej na powiązane rynki (transfer nadużycia) ... 308
1. Prawny i ekonomiczny charakter przenoszenia siły rynkowej ... 308
1.1. Ramy prawne transferu nadużycia ... 309
1.2. Ekonomiczna analiza teorii dźwigni (strategie biznesowe) ... 311
1.3. Rodzaje transferu nadużycia ... 315
1.4. Konkluzje ... 317
2. Kryteria odróżniające poszczególne kategorie praktyk lewarowania ... 318
2.1. Wyjątki od wymogu zastosowania kryterium niezbędności ... 319

2.1.1. Kryterium środka zaradczego ... 320
2.1.2. Kryterium aktywności zachowania dominanta oraz wcześniejszego udostępnienia infrastruktury ... 322
2.2. Kryteria odróżniające praktyki dotyczące projektowania produktów lub usług w przypadku braku wymogu niezbędności ... 327
2.3. Nowe teorie szkody ... 330
2.4. Konkluzje ... 334
Rozdział VI. Dyskryminacja ... 336
1. Ramy prawne „preferowania samego siebie" (*self-preferencing*) jako formy antykonkurencyjnej dyskryminacji ... 336
1.1. Wpływ „dyskryminacji" na konkurencję (analiza ekonomiczna) ... 340
1.2. Faworyzowanie własnych usług w gospodarce cyfrowej (strategie biznesowe) ... 344
1.3. Zastosowanie ram prawnych „dyskryminacji" do modeli biznesowych platform internetowych ... 346
1.3.1. Kryterium podwójnej roli ... 346
1.3.2. Kryterium świadczeń równoważnych (porównywalnej sytuacji) ... 347
1.3.3. Kryterium środka dyskryminacji ... 351
1.3.3.1. Wykorzystanie algorytmu wyszukiwania ... 351
1.3.3.2. Wykorzystanie danych zbieranych na platformie ... 354
1.3.4. Kryterium antykonkurencyjnego skutku (zróżnicowane warunki konkurencji) 358
1.4. *Self-preferencing* jako konkurencja merytoryczna oraz obiektywne uzasadnienie. 365
1.5. Konkretyzacja *ex ante* zakazu *self-preferencing* w prawie konkurencji ... 368
1.6. Konkretyzacja *ex ante* w przepisach sektorowych ... 373
1.7. Konkluzje ... 377
Rozdział VII. Sprzedaż wiązana i pakietowa ... 379
1. Ramy prawne sprzedaży wiązanej i pakietowej ... 379
1.1. Wpływ wiązania na konkurencję (analiza ekonomiczna) ... 381
1.2. Wiązanie produktów w gospodarce cyfrowej (strategie biznesowe) ... 385

1.3. Zastosowanie ram prawnych „wiązania” do modeli biznesowych platform internetowych 388
1.3.1. Przesłanka odrębności produktów 388
1.3.2. Przesłanka przymusu 393
1.3.3. Przesłanka antykonkurencyjnych skutków (wykluczenia) 397
1.4. Wiązanie jako konkurencja merytoryczna oraz obiektywne uzasadnienie 401
1.5. Konkretyzacja *ex ante* zakazu wiązania w prawie konkurencji 406
1.6. Konkretyzacja *ex ante* w przepisach sektorowych 409
1.7. Konkluzje 414
Rozdział VIII. Odmowa kontraktowania (dostaw) 416
1. Ramy prawne odmowy dostaw 416
1.1. Kategorie i scenariusze dotyczące odmowy dostaw 419
1.2. Analiza ekonomiczna 421
1.3. Możliwe strategie biznesowe obserwowane na rynkach cyfrowych 423
1.4. Zastosowanie ram prawnych „odmowy dostaw” do modeli biznesowych platform internetowych 426
1.4.1. Kryterium niezbędności 427
1.4.1.1. Kryteria prawne przyjęte w orzecznictwie i praktyce decyzyjnej 428
1.4.1.2. Zastosowanie kryterium „niezbędności” do działalności operatorów platform internetowych 432
1.4.2. Kryterium wykluczenia konkurencji 438
1.5. Odmowa dostawy jako konkurencja merytoryczna oraz obiektywne uzasadnienie 440
1.6. Konkretyzacja *ex ante* w prawie konkurencji 443
1.7. Konkretyzacja *ex ante* w przepisach sektorowych 446
1.8. Konkluzje 451
Zakończenie 453
Bibliografia 465
Spis tabel, wykresów i rysunków 484

WYKAZ SKRÓTÓW

ACCC	–	ang. *Australian Competition and Consumer Commission*, australijski organ ochrony konkurencji
AC	–	pt. *Autoridade da Concorrência*, portugalski organ ochrony konkurencji
AdC	–	fr. *Autorité de la concurrence,* francuski organ ochrony konkurencji
AGCM	–	wł. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, włoski organ antymonopolowy
CPS	–	ang. *core platform services*, podstawowe usługi platformowe
DMA	–	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2022/1925 z 14.09.2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych), Dz.U. L 265 z 12.10.2022, s. 1-66
CMA	–	ang. *Competition and Markets Authority,* brytyjski organ antymonopolowy
ECN	–	ang. *European Competition Network*, Europejska Sieć Konkurencji
EKPC	–	Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r., Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.
ETPC	–	Europejski Trybunał Praw Człowieka
FTC	–	ang. *Federal Trade Commission,* Federalna Komisja Handlu Stanów Zjednoczonych
GWB	–	niemiecka ustawa o konkurencji z 26.06.2013 r., Bundesgesetzblatt (Federalny Dziennik Urzędowy) I, 2013,

		s. 1750, 3245, ostatnio zmieniona art. 2 ustawy z 19.07.2022 r. (Federalny Dziennik Urzędowy I, s. 1214)
ICN	–	ang. *International Competition Network*, Międzynarodowa Sieć Konkurencji
Komisja, KE	–	Komisja Europejska
KPP	–	Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. C 202 z 7.06.2016 r., s. 389-405
NCT	–	ang. *New Competition Tool*, Nowe Narzędzie Konkurencji
OECD	–	ang. *Organization for Economic Co-operation and Development*, Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
OFCL	–	ang. *open-first-close-later scheme*, strategia „*otwarta najpierw – zamknięta później*”
PSCAM	–	ang. *paramount cross-market significance*, nadrzędne znaczenie międzyrynkowe
RODO	–	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U. z 4.05.2016 r. L 119, s. 1-88.
Rozporządzenie 1/2003		rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.U. z 30.06.2009 r. L 1, s. 1, ze zm.
Rozporządzenie P2B	–	rozporządzenie nr 2019/1150 w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego, Dz.U. z 11.7.2019, L 186, s. 57-79

SMS	–	ang. *strategic market status*, strategiczny status rynkowy
SOKiK	–	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SN	–	Sąd Najwyższy
SA	–	Sąd Apelacyjny
Wytyczne Komisji	–	KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz.U. z 24.2.2009, C 45/02, s. 7–20
Prezes UOKiK	–	Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
TUE, TFUE	–	wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. C 326 z 26.10.2012, s. 47–390
TS	–	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
Unia, UE	–	Unia Europejska
u.o.k.k.	–	ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. z 2023 r. poz. 1689, ze zm.

WSTĘP

1. Temat rozprawy i uzasadnienie jego wyboru

Rewolucja cyfrowa przekształciła sposób, w jaki żyjemy, pracujemy i komunikujemy się, wprowadzając innowacyjne technologie do naszego codziennego życia. Gospodarka cyfrowa oraz rozwój platform internetowych dostarczyły społeczeństwu znaczących korzyści. Platformy internetowe oferują bezprecedensowe możliwości gospodarcze i znaczące korzyści obywatelom, przedsiębiorstwom i państwu. Dzięki tym platformom konsumenci mają możliwość komunikowania się z bliskimi, optymalizacji podróży oraz dostępu do szeregu innowacyjnych usług. Te korzyści manifestują się m.in. poprzez innowacyjne formy interakcji społecznych i funkcjonalności, które nieustannie ewoluują. Platformy internetowe oferują również nowe możliwości dla przedsiębiorstw, np. ułatwiając pokonywanie barier geograficznych oraz skalowalności usług, a także zmniejszając koszty operacyjne prowadzonej działalności[1]. Chociaż darmowe usługi internetowe, oferowane przez operatorów platform internetowych, niosą ze sobą liczne korzyści dla konsumentów i przedsiębiorców, w tym w postaci innowacyjnych form interakcji społecznych oraz funkcjonalności, obserwuje się także rosnące obawy dotyczące potencjalnie dominujących pozycji rynkowych kluczowych operatorów platform, takich jak Google, Apple, Facebook (obecnie Meta), Amazon, Microsoft. Działalność tych podmiotów stawia przed organami ochrony konkurencji szereg wyzwań, które obejmują określenie rynku właściwego, ocenę siły rynkowej i analizę ich strategii biznesowych pod kątem potencjalnego nadużywania pozycji dominującej.

W obliczu dynamicznie rozwijających się rynków cyfrowych, niniejsza praca doktorska koncentruje się na analizie, w jaki sposób dominujący operatorzy platform internetowych[2] nie tylko wykorzystują, ale i rozszerzają swoją siłę rynkową na powiązane (sąsiednie) rynki, co jest określane w niniejszej pracy jako „przenoszenie siły rynkowej”[3]. Jak zostanie wyjaśnione w

[1] Dzięki platformom cyfrowym, małe i średnie przedsiębiorstwa mogą konkurować na globalnym rynku, co wcześniej było zarezerwowane głównie dla dużych korporacji. Zmniejszenie kosztów operacyjnych wynika z automatyzacji procesów biznesowych, cyfryzacji łańcuchów dostaw oraz ograniczenia potrzeby posiadania fizycznych zasobów, takich jak magazyny czy biura. Przez pokonywanie barier geograficznych, przedsiębiorcy mogą dotrzeć do klientów na całym świecie bez konieczności inwestowania w fizyczne punkty sprzedaży czy ekspansję międzynarodową, co tradycyjnie wiązałoby się z ogromnymi kosztami.

[2] Innymi słowy, dominujący przedsiębiorcy wykorzystujący model biznesowy platformy internetowej.

[3] W polskiej i zagranicznej literaturze poświęconej prawu konkurencji, omawiane zachowania określane są m.in. jako: transfer nadużycia, lewarowanie, praktyki (wykluczenia) lewarujące lub przenoszenie pozycji dominującej. Zob.: A. Jurkowska-Gomułka, *Komentarz do art. 9 u.o.k.k.*, [w:] T. Skoczny (red.), *Komentarz do Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, nb. 31; K. Kohutek, *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 1, s. 64; M. Czerniak, *Ochrona konkurencji a własność intelektualna na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2018, s. 68; M. Szydło,

pracy doktorskiej, model biznesowy platformy internetowej odnosi się do strategii prowadzenia działalności gospodarczej, która wykorzystuje technologię cyfrową oraz Internet do pośrednictwa między różnymi grupami (stronami) użytkowników, najczęściej oferentami i odbiorcami usług lub produktów. Cechą charakterystyczną tego modelu jest tworzenie wartości poprzez ułatwienie interakcji między użytkownikami, co różni go od tradycyjnych modeli biznesowych, w których przedsiębiorstwo bezpośrednio sprzedaje produkty lub usługi swoim klientom.

W pracy doktorskiej zostanie wskazane, że na rynkach cyfrowych obserwuje się, że operatorzy platform internetowych wchodzą na sąsiednie rynki, a zatem wykorzystują oraz rozszerzają (przenoszą) swoją siłę rynkową. Przedsiębiorcy [4] działający jako operatorzy platform internetowych często pełnią również podwójną rolę, działając w stosunku do użytkowników biznesowych zarówno jako konkurenci, jak i kontrahenci, co jest typowe dla modelu hybrydowego i wertykalnej integracji w gospodarce cyfrowej. W modelu hybrydowym (wertykalnej integracji) przedsiębiorca może jednocześnie zarządzać platformą internetową, wykorzystywaną przez niezależnych dostawców, jak i oferować lub świadczyć na niej własne produkty lub usługi. Działalność tych przedsiębiorców, rozciągająca się od zarządzania platformami do tworzenia złożonych cyfrowych ekosystemów, odgrywa kluczową rolę w gospodarce cyfrowej. Podczas gdy wykorzystywanie i rozszerzanie siły rynkowej może być

Nadużycie pozycji dominującej a cel działania przedsiębiorcy (uwagi na tle art. 82 TWE), „Państwo i Prawo" 2007, nr 10, s. 87; M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 201; E. Stawicki, *Komentarz do art. 18 u.o.k.k.*, [w:] A. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz,* Warszawa 2016, s. 525. Terminem „transfer (przenoszenie) pozycji dominującej" posługuje się także orzecznictwo; zob. np. wyrok SN z 19.02.2009 r., sygn. akt III SK 31/08, a także ustawodawca (zob. art. 25e ust. 1 ustawy z 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. z 2024 r. poz. 34). W odniesieniu do zachowań operatorów platform internetowych, podlegających zarówno regulacji rynków cyfrowych oraz prawu antymonopolowemu, zasadnym jest przyjęcie bardziej generalnego określenia, używanego również w literaturze ekonomicznej, tj. przenoszenie siły rynkowej (ang. *transfer of market power*), zamiast przenoszenia (transferu) pozycji dominującej. Zob. m.in.: T. Eilmansberger, *How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses*, "Common Market Law Review" 2005, nr 1, s. 155, 161; S. Holzweber, *Tying and bundling in the digital era*, "European Competition Journal" 2018, nr 2-3, s. 248; P. Crocioni, *Leveraging of market power in emerging markets: A review of cases, literature, and a suggested framework*, "Journal of Competition Law and Economics" 2008, nr 2, s. 450.

[4] W niniejszej pracy doktorskiej pojęcie „przedsiębiorca" odnosi się również do pojęcia „przedsiębiorstwa" używanego na gruncie prawa konkurencji UE, DMA, Rozporządzenia P2B. Adresatami zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 6 i 9 u.o.k.k. oraz art. 101 i 102 TFUE są podmioty posiadające status przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa). Przedsiębiorcą, zgodnie z art. 4 pkt 1 u.o.k.k., jest m.in. przedsiębiorca w rozumieniu ustawy z 6.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 162 z późn. zm.), czyli osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą (zob.: art. 4 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy Prawo przedsiębiorców). Z kolei w myśl art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców, działalność gospodarcza to zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Z kolei prawo unijne posługuje się pojęciem „przedsiębiorstwo", które nie zostało legalnie zdefiniowane. Zakres tego pojęcia ukształtowany został w judykaturze. Zgodnie z orzecznictwem TS, pod pojęciem przedsiębiorstwa rozumie się jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą, rozumianą jako jakakolwiek działalność polegająca na oferowaniu towarów i usług na określonym rynku, niezależnie od formy prawnej tej jednostki i sposobu finansowania. Wyrok TS z: 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90, *Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH*, EU:C:1991:161, pkt 21; 18.06.1998 w sprawie C-35/96, *Komisja przeciwko Włochom*, EU:C:1998:303, pkt 36; 12.07.2012 w sprawie C-138/11, *CompassDatenbank GmbH przeciwko Republice Austrii*, EU:C:2012:449, pkt 35.

przejawem zdrowej, dozwolonej konkurencji, poprzez zwiększoną innowacyjność, lepszą jakość usług i dostosowywanie oferty do potrzeb konsumentów, istnieją przypadki, gdzie takie działania mogą prowadzić do nielegalnych praktyk rynkowych i naruszeń prawa antymonopolowego. Niektóre ze strategii biznesowych, takie jak dyskryminacja, wiązanie lub odmowa dostaw, które są szczegółowo analizowane w niniejsze pracy doktorskiej, budzą obawy dotyczące potencjalnie negatywnego wpływu na konkurencję i dynamikę rynków cyfrowych. Niniejsza praca bada cienką granicę między pozytywnymi, jak i negatywnymi aspektami takich strategii z perspektywy prawa antymonopolowego (zakazów nadużywania pozycji dominującej) oraz regulacji rynków cyfrowych (w szczególności nakazów i zakazów uregulowanych w DMA).

Zagadnienie przenoszenia siły rynkowej operatorów platform internetowych odgrywa istotną rolę z perspektywy prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych. Szczególną uwagę poświęcono platformom internetowym, które poprzez wertykalną integrację – czyli proces łączenia różnych etapów produkcji i dystrybucji w ramach jednego przedsiębiorstwa – oraz tworzenie cyfrowych ekosystemów, stanowią miejsce skupienia tych wyzwań. Jak zostanie wskazane w pracy doktorskiej cyfrowe ekosystemy to złożone struktury, w których różnorodne usługi i aplikacje są wzajemnie powiązane, tworząc wartość dodaną dla użytkowników i generując nowe modele zarabiania dla przedsiębiorców. Taki wybór tematu jest motywowany obserwacjami dotyczącymi tych unikalnych wyzwań, które stają przed rynkami cyfrowymi, szczególnie w kontekście wspomnianych platform internetowych działających w modelach hybrydowych oraz tworzących cyfrowe ekosystemy.

Chociaż temat poruszany w niniejszej pracy cieszy się zainteresowaniem na całym świecie, to w pracy doktorskiej przyjęto perspektywę europejską, rozpatrując tytułowe zagadnienie na gruncie zakazu nadużywania pozycji dominującej, sformułowanego w art. 102 TFUE oraz w krajowych odpowiednikach tego przepisu, w szczególności art. 9 u.o.k.k.[5] Jednocześnie

[5] W niniejszej pracy doktorskiej nie przeprowadzono równoległej (odrębnej) analizy omawianych praktyk odrębnie w świetle art. 102 TFUE oraz regulacji krajowych (w tym art. 9 u.o.k.k.), lecz dokonano łącznej analizy obu systemów prawnych (zarówno unijnego, jak i krajowego prawa konkurencji). Autor pracy doktorskiej opiera się na założeniu, że system prawny Unii Europejskiej i system prawny krajowy, w kontekście prawa antymonopolowego, tworzą spójny system regulacji. Taka perspektywa wynika z przekonania, że obie jurysdykcje, mimo możliwości dokonywania bardziej restrykcyjnej oceny zachowań jednostronnych na poziomie krajowym, zgodnie z art. 3 ust. 2 Rozporządzeniem 1/2003, powinny dążyć do zachowania spójności (jednolitości) w interpretacji i stosowaniu zasad ochrony konkurencji. Praca podkreśla, że takie podejście jest kluczowe dla zapewnienia efektywnej ochrony konkurencji oraz prewencji przed antykonkurencyjnymi praktykami na rynku wewnętrznym, jak również na rynkach krajowych. Powyższe jest również potwierdzone opiniami wyrażonymi w literaturze. Jak wskazał K. Dobosz: „*konwergencja przepisów materialnoprawnych w oparciu o model unijny może de facto uczynić irrelewantnym, czy postępowanie organu konkurencji państwa członkowskiego jest prowadzone pod kątem ewentualnego naruszenia art. 101-102 TFUE czy wyłącznie ich odpowiedników z krajowych systemów prawnych. Takie podejście zrównuje do pewnego stopnia oba systemy prawne*". Zob.: K. Dobosz, *W stronę unifikacji systemów prawa konkurencji Unii Europejskiej i państw członkowskich – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii*

kompleksowość omawianego przedmiotu badań uległa zwiększeniu na skutek regulacji rynków cyfrowych, które zostały wprowadzone zarówno na poziomie UE, jak i w ramach poszczególnych państw członkowskich. Europejski akt o rynkach cyfrowych (DMA[6]) oraz krajowe regulacje, takie jak niemiecka sekcja 19a ustawy o ograniczeniu konkurencji (GWB), ilustrują, jak działania legislacyjne mogą wyprzedzać akademickie rozważania dotyczące zasadności interwencji antymonopolowej na rynkach cyfrowych. Osiągnięty konsensus polityczny wskazuje na uznane niedoskonałości samego prawa konkurencji w przeciwdziałaniu niekorzystnym zjawiskom, takim jak wykorzystywanie dominującej pozycji operatorów platform internetowych czy ograniczenia w otwartości i uczciwej konkurencji na rynkach cyfrowych. Kluczowym staje się zatem pytanie nie to, czy regulować działalność operatorów platform internetowych, ale w jaki sposób to robić efektywnie, biorąc pod uwagę wzajemną zależność i synergię między prawem konkurencji a regulacjami rynków cyfrowych. Praktyki polegające na przenoszeniu siły rynkowej przez operatorów platform, które dotychczas były oceniane głównie w świetle zakazu nadużywania pozycji dominującej, obecnie, w kontekście niektórych podmiotów, takich jak tzw. strażnicy dostępu zdefiniowani w DMA, podlegają bardziej szczegółowym i specyficznym przepisom. Taka zmiana wprowadza znaczną komplikację w ramach obrazu regulacyjnego, wymuszając na tych przedsiębiorstwach stosowanie się do różnorodnych ram prawnych. To z kolei prowadzi do zwiększenia złożoności i potencjalnego ryzyka regulacyjnego w kontekście ich działalności rynkowej, nakładając na nich wymóg adaptacji do nowego otoczenia prawnego.

W związku z powyższym istotne jest przyczynienie się do debaty dotyczącej roli prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych w kontekście działań operatorów platform internetowych. Szczególnie ważne jest zbadanie, w jaki sposób działania tych operatorów, w tym ich ekspansja na sąsiednie rynki oraz potencjalne antykonkurencyjne praktyki, wpływają na dynamikę konkurencyjną i innowacyjność w sektorze cyfrowym. Rozprawa ta dąży do ustalenia, jak zbalansować potrzebę ochrony konkurencji oraz celów regulacyjnych (np. uczciwości i otwartości rynków cyfrowych) z możliwościami rozwoju i innowacji

Europejskiej w zakresie spraw o charakterze czysto krajowym, „Europejski Przegląd Sądowy" 2017, nr 10, s. 35. Z kolei w ocenie G. Materny: „*Prawo unijne wraz z prawem krajowym tworzy dwa podsystemy prawa ochrony konkurencji*". Zob.: G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 26.

[6] Warto wskazać, że oprócz DMA, który jest przedmiotem szczegółowej analizy w niniejszej pracy, równolegle przyjęto rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dnia 19.10.2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych, Dz.U. L 277 z 27.10.2022, s. 1-102) (ang. *Digital Services Act* – DSA). Choć DSA realizuje inne cele, skupiając się na regulacji usług cyfrowych i odpowiedzialności online, oba akty prawne są elementami szerszej strategii Unii Europejskiej mającej na celu stworzenie bezpiecznego i otwartego cyfrowego rynku wewnętrznego, promującego innowacje oraz chroniącego prawa i wolności obywateli w przestrzeni cyfrowej.

oferowanymi przez te wielkie przedsiębiorstwa technologiczne, co stanowi kluczowe wyzwanie dla współczesnego prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych.

Istotnym wyzwaniem badawczym jest analiza problematyki, która stała się przedmiotem intensywnych dyskusji na wielu płaszczyznach – politycznej, ekonomicznej, społecznej oraz akademickiej. Charakterystyczną cechą tej debaty jest to, że odbywa się ona w warunkach ciągłych zmian, zarówno przedmiotu debaty, jakim są platformy i ich modele biznesowe, jak i otoczenia regulacyjnego, w jakim działają. Przejawia się to w liczbie prowadzonych postępowań antymonopolowych przez organy ochrony konkurencji, szybkości przyjmowania oraz egzekwowania nowych aktów prawnych, a także w licznych raportach ekonomicznych i aktywności w środowiskach naukowych. Dodatkowo, debata ta jest silnie spolaryzowana, oscylując między poglądami neobrandeisianizmu a tezami reprezentującymi nurty neoliberalne. Antagonizm między tymi dwoma podejściami, zarówno politycznym jak i ekonomicznym, do konkurencji i regulacji rynków cyfrowych, dodatkowo komplikuje dyskusję. Spolaryzowane podejścia wpływają na interpretację przepisów, strategii rynkowych i ich konsekwencji, co wymaga starannego i zrównoważonego podejścia w formułowaniu wniosków, które uwzględnia ocenę różnych perspektyw i interesów, przy jednoczesnym unikaniu stronniczości[7].

Zauważalne jest, że pomimo rosnącego zainteresowania tą tematyką oraz jej multidyscyplinarnego charakteru, wciąż brakuje kompleksowej pracy naukowej, która by w sposób całościowy i dogłębny poruszała problemy badawcze prezentowane w niniejszej rozprawie doktorskiej. Chociaż kwestia nadużywania pozycji dominującej przez operatorów platform internetowych była już przedmiotem kilku monografii, a zarazem licznych opracowań i artykułów naukowych, to jednak te prace monograficzne albo skupiały się na roli dużych zbiorów danych (*big data*) [8] lub analizowały strategie biznesowe operatorów platform głównie z perspektywy nadużywania pozycji dominującej[9] lub znacznie szerzej z perspektywy art. 101

[7] Niektóre badania w tej dziedzinie były finansowane przez czołowe przedsiębiorstwa technologiczne, które jednocześnie podlegają regulacjom. Inni badacze mogą natomiast reprezentować stanowisko organów antymonopolowych lub regulatorów, bądź też autorzy sami byli zaangażowani w działania na rzecz tych przedsiębiorców reprezentując je w trakcie postępowań i sporów antymonopolowych. Autor niniejszej rozprawy doktorskiej, w czasie przygotowywania niniejszej rozprawy, był zatrudniony w Wydziale Nowych Technologii w Departamencie Ochrony Konkurencji UOKiK (wszystkie opinie i oceny wyrażone w niniejszej pracy stanowią opinie i oceny autora).

[8] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016; I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021.

[9] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023. W pracy tej poruszono kwestie związane z regulacją, lecz prezentowane rozważania miały charakter ogólny, opierając się na jasno określonym ramowym podejściu do kategoryzacji interwencji regulacyjnych w obszarze platform.

i 102 TFUE[10]. Niniejsza praca ma na celu wypełnienie tej luki, dostarczając kompleksowej analizy oraz syntezę dotychczasowych badań, przemyśleń i dyskusji, jednocześnie wnosząc nowe spojrzenie i perspektywę na omawiane zagadnienia.

Nowatorskim elementem niniejszej pracy doktorskiej jest kompleksowa ocena zachowań przedsiębiorców wykorzystujących model biznesowy platform internetowych, obejmująca wykorzystywanie i rozszerzanie (przenoszenie) przez nich siły rynkowej. Analiza ta uwzględnia zarówno aspekty prawa konkurencji (zakazu nadużywania pozycji dominującej), jak i regulacji rynków cyfrowych. W pracy dokonano również oceny interwencji antymonopolowej i regulacyjnej z perspektywy zasady pewności prawa, przedstawiając kryteria zapewniające lub sprzyjające tej zasadzie. Dodatkowo, dokonana zarówno porównania interwencji antymonopolowej (*ex post*)[11] i regulacyjnej (*ex ante*), a także wskazano kryteria odróżniające poszczególne formy nadużyć w stosunku do obserwowanych strategii biznesowych platform internetowych, zaliczanych do szerokiej kategorii praktyk lewarujących. Ta praca dąży do stworzenia solidnego fundamentu akademickiego dla dalszych badań i debat w tej dynamicznie rozwijającej się dziedzinie.

2. Cele i pytania badawcze

Głównym celem prezentowanej rozprawy doktorskiej jest zbadanie, w jakim stopniu zakaz nadużywania pozycji dominującej, przewidziany w art. 102 TFUE oraz odpowiednikach tego zakazu w prawie konkurencji państw członkowskich, takich jak art. 9 u.o.k.k., wraz z regulacjami rynków cyfrowych (w szczególności nakazami i zakazami określonych zachowań uregulowanych w DMA), może efektywnie zagwarantować korzyści wynikające z funkcjonowania innowacyjnych platform internetowych i oferowanych przez nie bezpłatnych usług cyfrowych, jednocześnie minimalizując związane z tym ryzyka, takie jak ograniczenie konkurencji związane z przenoszeniem siły rynkowej przez tych operatorów. W ramach prowadzonych badań, uwzględnione zostały również aspekty regulacji rynków cyfrowych wykraczające poza problematykę nadużywania pozycji dominującej. Celem jest zbadanie, w jaki sposób te regulacje rynków cyfrowych (w szczególności DMA), w tandemie z prawem konkurencji, wpływają na kontrolę nad wykorzystywaniem i rozszerzaniem (przenoszeniem) siły rynkowej operatorów platform oraz na ogólną dynamikę rynków cyfrowych, ich

[10] D. Mândrescu, *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms*, Bodegraven 2022.
[11] Należy zaznaczyć, że interwencja antymonopolowa dotycząca praktyk ograniczających konkurencję ma charakter *ex post*, co oznacza, że jest stosowana po zidentyfikowaniu i ocenie działań naruszających przepisy antymonopolowe. Z kolei kontrola koncentracji ma charakter prewencyjny i odnosi się do oceny planowanych fuzji, przejęć czy innych form koncentracji przed ich finalizacją, aby zapobiec powstaniu struktur rynkowych mogących negatywnie wpływać na konkurencję.

innowacyjność i konkurencyjność. W związku z tak postawionym celem badawczym, stawiane są trzy hipotezy badawcze:

(i) należy zmodyfikować istniejące koncepcje praktyk uznawanych za nadużycie pozycji dominującej w celu zapewnienia, że egzekwowanie zakazu nadużywania pozycji dominującej bierze pod uwagę specyficzne cechy darmowych usług internetowych oraz innowacyjnych platform internetowych;

(ii) efektywna kontrola wykorzystywania i rozszerzania (przenoszenia) siły rynkowej operatorów platform internetowych wymaga połączenia elastycznego i twórczego stosowania prawa konkurencji przez organy ochrony konkurencji z precyzyjnie zdefiniowanymi zakazami i nakazami określonych zachowań w regulacjach rynków cyfrowych; elastyczność prawna powinna umożliwić efektywną adaptację do dynamicznie zmieniającego się środowiska rynkowego, podczas gdy precyzyjne regulacje w formie nakazów i zakazów, takie jak te określone w DMA, powinny zapewnić szybką interwencję w stosunku do najbardziej szkodliwych zachowań operatorów platform internetowych;

(iii) efektywna kontrola nad działaniami operatorów platform internetowych musi być zrównoważona z koniecznością zapewnienia praw przedsiębiorców, w szczególności w aspekcie pewności prawa; oznacza to, że podczas elastycznego stosowania zakazów nadużywania pozycji dominującej oraz projektowania i wdrażania regulacji oraz mechanizmów kontrolnych, kluczowe jest uwzględnienie wpływu tych działań na stabilność prawno-gospodarczą, umożliwiając przedsiębiorcom działanie w przewidywalnym i sprawiedliwym środowisku.

Badanie dotyczące oceny efektywności prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych koncentruje się na trzech kluczowych aspektach:

(i) analizie, w jakim stopniu obecne przepisy prawa konkurencji efektywnie wspierają rozwój i funkcjonowanie innowacyjnych platform internetowych, jednocześnie minimalizując ryzyko ograniczenia konkurencji i utrzymania dynamiki rynkowej;

(ii) badaniu, jak współdziałanie regulacji rynków cyfrowych i prawa konkurencji wpływa na kontrolę siły rynkowej operatorów platform, a także na dynamikę rynków cyfrowych, w tym na ich innowacyjność i otwartość (kontestowalność);

(iii) poszukiwaniu optymalnych sposobów równoważenia potrzeby efektywnej kontroli nad potencjalnie szkodliwymi praktykami rynkowymi operatorów platform internetowych z zapewnieniem pewności prawnej dla przedsiębiorców w procesie egzekwowania tych przepisów.

Powyższy cel badawczy zostanie zrealizowany poprzez odpowiedź na szereg kluczowych pytań badawczych, które koncentrują się na roli i efektywności obecnych przepisów antymonopolowych i regulacji rynków cyfrowych (w szczególności DMA) w kontekście dynamicznie rozwijających się rynków cyfrowych oraz strategii biznesowych operatorów platform internetowych polegających na transferze siły rynkowej.

Pierwsze z pytań badawczych dotyczy stopnia, w jakim istniejące przepisy prawa konkurencji, ze szczególnym uwzględnieniem zakazu nadużywania pozycji dominującej określonego w art. 102 TFUE oraz jego krajowych odpowiednikach tego przepisu (w szczególności art. 9 u.o.k.k.), efektywnie wspierają rozwój oraz funkcjonowanie innowacyjnych platform internetowych oraz oferowanych przez nie bezpłatnych usług cyfrowych. Badanie to skupia się na ocenie, jak prawo konkurencji przyczynia się do tworzenia korzystnego środowiska dla innowacji cyfrowych, równocześnie minimalizując negatywne skutki dla konkurencji.

W celu udzielania odpowiedzi na to pytanie, sformułowano następujące pytania pomocnicze: (i) jakie są charakterystyczne cechy rynków cyfrowych, a także modele i strategie biznesowe operatorów platform internetowych, które są istotne z punktu widzenia kontroli przenoszenia siły rynkowej tych operatorów na sąsiednie rynki; (ii) jakie wyzwania oraz potencjalne niedostatki w obecnych materialnych przepisach prawa konkurencji mogą utrudniać efektywne przeciwdziałania niekorzystnym zjawiskom gospodarczych wynikającym w wykorzystywaniem i rozszerzaniem (przenoszenia) siły rynkowej operatorów platform internetowych; (iii) czy zakaz nadużywania pozycji dominującej, oparty na klauzulach generalnych takich jak „nadużywanie pozycji dominującej", interpretowany w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej, zapewnia wystarczającą pewność prawną, gwarantującą uzasadnione prawa przedsiębiorców.

Drugie pytanie badawcze koncentruje się na zrozumieniu, w jaki sposób równoległe stosowanie regulacji rynków cyfrowych i prawa konkurencji wpływa na kontrolę wykorzystywania i rozszerzania siły rynkowej operatorów platform internetowych oraz na ogólną dynamikę rynków cyfrowych z punktu widzenia ich innowacyjności i konkurencyjności. To badanie ma na celu uchwycenie złożonych interakcji między różnymi aspektami prawa konkurencji i

regulacji oraz ich konsekwencji dla niezakłóconej konkurencji i innowacji w sektorze cyfrowym.

Aby odpowiedzieć na to pytanie, zostały opracowane następujące pytania pomocnicze: (i) jakie są podobieństwa i różnice między prawem konkurencji, ze szczególnym uwzględnieniem zakazu nadużywania pozycji dominującej, a regulacjami rynków cyfrowych, szczególnie w kontekście przeciwdziałania niekorzystnym konsekwencjom przenoszenia siły rynkowej przez operatorów platform internetowych; (ii) jak kształtuje się relacja między prawem konkurencji a regulacjami rynków cyfrowych w kontekście ich równoległego stosowania; (iii) jakie są optymalne metody regulacyjne, które równoważą elastyczność w stosowaniu przepisów z zapewnieniem szybkości działania i oferują przedsiębiorcom potrzebną pewność prawną. Te pytania mają na celu kompleksowe zrozumienie dynamiki i wyzwań stojących przed regulacjami wpływającymi na rynki cyfrowe oraz prawem konkurencji, co jest istotne dla efektywnego zarządzania tymi dynamicznie rozwijającymi się sektorami.

Trzecie pytanie dotyczy kwestii równoważenia interwencji prawnej wobec potencjalnie szkodliwych praktyk operatorów platform internetowych i wymogu zapewnienia tym przedsiębiorcom pewności prawnej. Celem tego aspektu badania jest znalezienie optymalnej równowagi pomiędzy zapobieganiem niekorzystnym zjawiskom gospodarczym związanym z wykorzystywaniem i rozszerzaniem siły rynkowej operatorów platform a zapewnieniem jasnego i stabilnego środowiska regulacyjnego dla przedsiębiorców, co jest kluczowe dla zachowania niezakłóconej konkurencji i innowacyjności na rynkach cyfrowych.

W ramach badania sformułowano następujące pytania pomocnicze: (i) jakie są kryteria zapewniające lub sprzyjające pewności prawa w kontekście stosowania prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych; (ii) czy obecne ramy prawa konkurencji sformułowały wystarczające kryteria pozwalające odróżnić poszczególne typy praktyk lewarujących; (iii) czy specyficzne cechy rynków cyfrowych oraz modele i strategie biznesowe operatorów platform internetowych przyczyniają się do powstawania nowych form nadużywania pozycji dominującej, a jeśli tak, to w jaki sposób należy ocenić te nowe formy nadużyć w świetle obecnych ram analitycznych.

Odpowiedzi na te pytania pozwolą na kompleksowe zrozumienie aktualnych wyzwań, jakie stoją przed prawem konkurencji oraz regulacją rynków cyfrowych, a także ich potencjału do zapewnienia odpowiedniego środowiska regulacyjnego, tj. takiego, które jest dostosowane do

szybko zmieniającej się rzeczywistości cyfrowej i skutecznie wspiera rozwój cyfrowej gospodarki.

3. Metody badawcze

Metody badawcze zastosowane w niniejszej rozprawie naukowej zostały dobrane i dostosowane do specyfiki dziedziny prawa, tj. polskiego i unijnego prawa konkurencji[12] oraz unijnej regulacji rynków cyfrowych (DMA). W pracy dominuje metoda formalno-dogmatyczna, która jest tradycyjnie wykorzystywana w naukowych opracowaniach z zakresu prawa. Ze względu na ograniczony materiał normatywny, a w szczególności na art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiednikach tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.), znaczącą część analizy stanowi badanie praktyki orzeczniczej i decyzyjnej. Rozważania te są również wzbogacone o przykładowe krajowe przepisy dotyczące regulacji rynków cyfrowych, przede wszystkim niemieckie oraz projekt brytyjski, które charakteryzują się najbardziej rozwiniętym i zaawansowanym podejściem. Ponadto, z uwagi na to, że prawo konkurencji ściśle współgra z ekonomią, istotny nacisk położono na analizę literatury ekonomicznej. Szczególną uwagę skupiono na modelach biznesowych platform internetowych i rynkach cyfrowych, co pozwala na lepsze zrozumienie ekonomicznych podstaw działania tych platform oraz ich wpływu na konkurencję i konsumentów. Niemieckie i brytyjskie podejście wyróżnia się na tle innych krajów dzięki wdrożeniu szczegółowych ram prawnych, które są specjalnie zaprojektowane, aby adresować wyzwania stawiane przez dominujących operatorów platform internetowych, włączając w to aspekty takie jak przenoszenie siły rynkowej przez tych operatorów[13].

Dążąc do realizacji postawionego celu badawczego, weryfikacji hipotez i odpowiedzi na pytania badawcze, przeprowadzone zostaną analizy hipotetycznych scenariuszy nadużycia pozycji dominującej, bazując na literaturze prawniczej i ekonomicznej, własnych obserwacjach oraz działalności organów antymonopolowych. Badania skoncentrują się na analizie

[12] W pracy doktorskiej poświęcono również uwagę praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych w kontekście porządków prawnych innych niż polski, w szczególności prawa niemieckiego i włoskiego. Takie ujęcie jest w pełni uzasadnione, biorąc pod uwagę wzmożoną aktywność krajowych organów regulacyjnych na rynkach cyfrowych. W ramach pracy doktorskiej nie zastosowano metody komparatystycznej w analizie praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych w kontekście prawa krajowego i unijnego, ponieważ te systemy prawne, w ocenie autora, tworzą spójny względem prawa unijnego system prawa konkurencji. Krajowe organy antymonopolowe, zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 1/2003, są zobowiązane do stosowania unijnego prawa konkurencji równolegle do własnych regulacji krajowych.

[13] Niemcy, poprzez zmiany w Ustawie o Ograniczeniu Konkurencji (GWB), wprowadziły specyficzne dla sektora cyfrowego narzędzia regulacyjne, które umożliwiają szybsze i bardziej zdecydowane działanie w przypadku przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na rynku. Z kolei Wielka Brytania, pracując nad projektem Digital Markets Unit (DMU) w ramach CMA, zamierza stworzyć dedykowany organ do nadzorowania platform cyfrowych, których działalność uznana została za strategiczną dla konkurencji i konsumentów. Inne regulacje rynków cyfrowych, w tym dotyczące relacji między operatorem platformy oraz użytkownikiem biznesowym (np. Rozporządzenie P2B) zostaną przywołane jedynie uzupełniająco, ponieważ nie jest to głównym tematem niniejszej pracy.

bezpłatnych usług internetowych oraz rywalizacji opartej na innych aspektach niż cena, czyli tzw. konkurencji pozacenowej[14]. Praca doktorska zawiera szczegółową analizę różnych strategii operatorów platform internetowych, skupiając się na zagadnieniach związanych z wykorzystywaniem i rozszerzaniem siły rynkowej, czyli tzw. praktykach lewarujących. Celem pracy jest identyfikacja kluczowych czynników wpływających na te strategie rynkowe oraz zrozumienie ich implikacji dla prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych. W pracy doktorskiej badaniu poddano także, jak regulacje rynków cyfrowych oraz prawo konkurencji mogą oddziaływać na stosowanie tych praktyk, dążąc do zrozumienia, w jaki sposób te przepisy kształtują rynek i zapewniają uczciwą konkurencję oraz zachęcają do innowacji w środowisku platform internetowych.

Ocena efektywności regulacji, która została przeprowadzana w pracy doktorskiej, opiera się na szeregu starannie dobranych kryteriów. Przeprowadzona analiza koncentruje się głównie na aspektach materialnoprawnych, takich jak przepisy art. 102 TFUE oraz odpowiednikach tego przepisu w prawie konkurencji państw członkowskich (w tym art. 9 u.o.k.k.), a także na zakazach i nakazach dotyczących regulacji rynków cyfrowych, ze szczególnym uwzględnieniem DMA. Wybór ten wynika z rozpoznania specyfiki rynków cyfrowych, na których dominacja poszczególnych podmiotów oraz sposób jej wykorzystania mają kluczowe znaczenie dla utrzymania niezakłóconej konkurencji na rynkach cyfrowych. Na rynkach cyfrowych szczególne znaczenie nabiera monitorowanie i regulacja praktyk jednostronnych dużych platform, co wynika z ich zdolności do transferu ich siły rynkowej na sąsiednie rynki. Zagadnienia odnoszące się do przepisów kontroli koncentracji oraz decyzji wydawanych w tym zakresie będą w pracy tej badane w ograniczonym zakresie, niezbędnym do oceny kwestii rynku właściwego lub siły rynkowej[15]. Zasadniczo, praca doktorska nie skupia się natomiast na kwestiach proceduralnych.

[14] Wybór koncentracji na bezpłatnych usługach internetowych oraz rywalizacji opartej na innych aspektach niż cena, znanej jako konkurencja pozacenowa, podyktowany jest obserwacją panujących modeli biznesowych platform internetowych. Modele te często opierają się na oferowaniu usług bezpośrednio konsumentom bez opłat finansowych, generując przychody w inny sposób, na przykład przez reklamy lub gromadzenie danych. Konkurencja pozacenowa, obejmująca jakość, innowacyjność, czy dostęp do dużej bazy użytkowników, odgrywa kluczową rolę w tych modelach. Precyzyjne określenie przedmiotu pracy, skupiające się na takich aspektach, pozwala na głębsze zrozumienie dynamiki konkurencji w środowisku cyfrowym.

[15] Problematyka zabójczych przejęć („*killing acquisitions*") obserwowanych na rynkach cyfrowych oraz ogólniej kwestia koncentracji rynkowej na rynkach cyfrowych, choć ściśle powiązana z omawianą tematyką, wymagała oddzielnego spojrzenia i powinna być przedmiotem innej pracy. Zob. szerzej: M. Woźniak-Cichuta, *Koniec „zabójczych przejęć" czy pewności prawa? Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2022, nr 4, s. 53-69.

Ważne jest podkreślenie, że w ocenie efektywności regulacji nie będą wykorzystywane metody ilościowe lub jakościowe, typowe dla nauk ekonomicznych czy socjologicznych[16]. Zamiast tego, skoncentrowano się na analizie prawnej oraz interpretacji literatury przedmiotowej. W ocenie zostanie uwzględniona zgodność danych regulacji i sposobu ich egzekwowania z celami prawodawcy. Wykładnia celowościowa przepisów zostanie wykorzystana do zrozumienia, jak intencje ustawodawców są odzwierciedlone w istniejącym prawie, co pozwoli na ocenę, czy regulacje faktycznie realizują założone cele legislacyjne. Dodatkowo, na podstawie literatury ekonomicznej, zostanie przeprowadzona ocena określonych praktyk operatorów internetowych. Analiza ta umożliwi zrozumienie, dlaczego niektóre analizowane zachowania tych przedsiębiorców powinny być bezwzględnie lub warunkowo zakazane w ramach prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych. Spójność obecnych regulacji rynków cyfrowych (głównie DMA) z orzecznictwem sądów unijnych również zostanie poddana analizie, aby zbadać, czy zakaz nadużywania pozycji dominującej opiera się na jasnych i przewidywalnych ramach prawnych, umożliwiających skuteczną kategoryzację i klasyfikację scenariuszy działania operatorów platform internetowych. Jasność i precyzja prawa staną się kolejnym aspektem, który zostanie oceniony, z uwzględnieniem stosowania precyzyjnych kryteriów prawnych, które powinny być zrozumiałe dla adresatów prawa, ułatwiając im stosowanie się do regulacji. Zostanie oceniona również kwestia elastyczności i adaptowalności prawa konkurencji (zakazu nadużywania pozycji dominującej) do dynamicznie zmieniającego się środowiska cyfrowego. Zostanie zbadane, w jaki sposób prawo reaguje na nowe wyzwania technologiczne i rynkowe, przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony praw przedsiębiorców. Podsumowując, podejście do oceny efektywności regulacji będzie oparte na wszechstronnej analizie prawnej, z uwzględnieniem istotnych aspektów ekonomicznych i technologicznych, co pozwoli na zrozumienie skuteczności omawianych przepisów w kontekście dynamicznego rynku cyfrowego.

Rozprawa uwzględnia stan prawny oraz orzecznictwo na dzień 22 lutego 2024 r. Oznacza to, że praca nie uwzględnia orzecznictwa, decyzji Komisji Europejskiej, raportów oraz informacji prasowych, które zostały wydane po tej dacie.

[16] Jak zauważyła A. Piszcz: "*Do badania skuteczności aksjologicznej prawa, a tym samym postaw adresatów norm, w tym postaw oportunistycznych, polegających na przestrzeganiu prawa w obawie przed sankcjami, nie wystarczy instrumentarium nauk prawnych, konieczne jest natomiast prowadzenie badań wielodyscyplinarnych, których wyniki interpretowane byłyby również przez pryzmat socjologii, psychologii i ekonomii*". Zob. A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Bialystok 2013, s. 67.

4. Struktura pracy

Struktura rozprawy doktorskiej została podporządkowana jej celom oraz pytaniom badawczym i obejmuje wstęp, osiem rozdziałów w ujęciu problemowym oraz zakończenie. Każdy z rozdziałów skoncentrowany jest na analizie odmiennego aspektu działalności platform internetowych, regulacji rynków cyfrowych i prawa konkurencji, co pozwala na kompleksowe i wielowymiarowe podejście do tematu.

Rozdział I poświęcony jest ekonomicznym aspektom rynków cyfrowych, platform internetowych oraz konkurencji na tych rynkach. Rozważania zawarte w tym rozdziale mają na celu wyjaśnienie kwestii związanych z charakterystyką oraz definicją rynków cyfrowych.

Przeprowadzona analiza służyła udzieleniu odpowiedzi m.in. na następujące pytania: (i) jak definiowane są rynki cyfrowe, (ii) w jakim zakresie rynki cyfrowe mają tendencję do tworzenia monopoli i jakie czynniki ekonomiczne przyczyniają się do tego zjawiska oraz (iii) w jaki sposób „darmowe" usługi wpływają na dynamikę rynków cyfrowych. Rozważania koncentrowały się również na modelach oraz strategiach biznesowych platform internetowych. Szczególnie uwzględnione zostały kwestie związane z platformami jako rynkami dwustronnymi, efektami sieciowymi między użytkownikami, różnymi rodzajami platform oraz ich rolą jako usługodawców i nadzorców rynków. Analizie poddane zostały strategie biznesowe stosowane na różnych etapach funkcjonowania platform, zwłaszcza te związane z przenoszeniem siły rynkowej oraz tworzeniem cyfrowych ekosystemów. Oprócz tego, rozdział zawiera przykłady konkretnych modeli platform internetowych, takich jak np. wyszukiwarki i sieci społecznościowe. W ostatniej trzeciej tego rozdziału przedstawiona została charakterystyka oraz parametry konkurencji na rynkach cyfrowych.

Rozdział II rozprawy doktorskiej skupia się na aspektach prawnych interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych oraz został podzielony na cztery główne części. W pierwszej części przedstawiona została charakterystyka i uzasadnienie interwencji antymonopolowej oraz regulacyjnej, w tym analiza kontroli nad siłą rynkową przedsiębiorców i obecna debata na ten temat. W drugiej części tego rozdziału zaprezentowano różne metody regulacji rynków cyfrowych, wskakując m.in. na różnice między regulacją horyzontalną a regulacją sektorową, a także rodzaje interwencji prawnej – *ex post* i *ex ante*. Trzecia część koncentruje się na badaniu aksjologicznych, prawnych i ekonomicznych podstaw prawa konkurencji. W czwartej części dokonano natomiast analizy podstaw regulacji rynków

cyfrowych, w tym przedstawiono krajowe regulacje rynków cyfrowych, z przykładami z Niemiec i Wielkiej Brytanii.

W rozdziale tym głównymi pytaniami badawczymi są: (i) podstawy i uzasadnienia dla interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych; (ii) metody regulacji stosowane na tych rynkach i ich znaczenie; (iii) prawne i ekonomiczne fundamenty prawa konkurencji w kontekście rynków cyfrowych; (iv) cele i mechanizmy wdrażania regulacji *ex ante* na rynkach cyfrowych.

W rozdziale III autor dokonuje porównania interwencji antymonopolowej (*ex post*) i regulacyjnej (*ex ante*). Przedstawia w nim instrumenty prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych dotyczące kontroli przenoszenia siły rynkowej przez operatorów platform internetowych na powiązane (sąsiednie) rynki. Rozdział ten jest podzielony na dwie części.

Pierwsza część skupia się na instrumentach prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych, które są stosowane do kontroli przenoszenia siły rynkowej przez operatorów platform internetowych. W tej części omówiono zakres podmiotowy i przedmiotowy rynków cyfrowych w prawie konkurencji oraz w regulacji rynków cyfrowych. Druga część rozdziału skupia się na relacji między regulacją (*ex ante*) a prawem antymonopolowym (*ex post*). Przedstawiono komplementarny i subsydiarny charakter regulacji rynków cyfrowych w stosunku do prawa konkurencji, a także rozważono konsekwencje stosowania regulacji rynków cyfrowych jako przeszkody w stosowaniu prawa konkurencji oraz innych regulacji. Ponadto, omawiane jest znaczenie naruszenia regulacji z perspektywy prawa konkurencji oraz mechanizm koordynacji postępowań prowadzonych na gruncie prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych wskazany w DMA.

Główne pytania badawcze tego rozdziału dotyczą następujących zagadnień: (i) jakie są kluczowe różnice i podobieństwa między interwencją antymonopolową (*ex post*) a regulacyjną (*ex ante*) na rynkach cyfrowych; (ii) jakie są instrumenty i metody stosowane w prawie konkurencji oraz w regulacji rynków cyfrowych do kontroli działań operatorów platform internetowych.

W rozdziale IV autor analizuje zasadę pewności prawa w kontekście interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych. Rozważany jest zakres tej zasady oraz jej znaczenie dla stosowania prawa konkurencji i regulacji sektorowych. Rozdział ten jest podzielony na trzy główne części, w każdej z nich odpowiadając na specyficzne pytania badawcze.

W pierwszej części analizie poddano zakres zasady pewności prawnej oraz bezpieczeństwa prawnego, zwracając uwagę na stosowanie prawa konkurencji w warunkach „względnej nieznajomości faktów" oraz nowe formy nadużycia. W pracy doktorskiej wskazano, jak niepewność co do faktów i celów wpływa na skuteczność i przewidywalność stosowania prawa konkurencji. W drugiej części skupiono się na otwartej tekstowości pojęć prawa konkurencji, szczególnie na przykładzie zakazu nadużywania pozycji dominującej. Badane są kwestie konkurencji merytorycznej, antykonkurencyjnych skutków, testów prawnych, kategorii nadużyć oraz obiektywnego uzasadnienia dla jednostronnych zachowań dominantów. W trzeciej części rozdziału skoncentrowano się na zdefiniowanych, wybranych przez autora pracy doktorskiej, kryteriach zapewniających lub sprzyjających pewności prawa w kontekście stosowania art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiednikach tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.) oraz regulacji rynków cyfrowych. W pracy doktorskiej poddano analizie kwestie związane ze spójnością prawa, rolą instrumentów prawa miękkiego (aktów prawa miękkiego), domniemaniami prawnymi, standardami dowodowymi, zamiarem antykonkurencyjnym, a także proporcjonalnością interwencji antymonopolowej i regulacyjnej.

W tym rozdziale odpowiedziano na następujące pytania badawcze: (i) w jaki sposób zasada pewności prawnej i bezpieczeństwa prawnego jest realizowana w ramach prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych; (ii) jak otwarta tekstowość pojęć prawa konkurencji wpływa na interpretację i stosowanie zakazu nadużywania pozycji dominującej; (iii) jakie kryteria i narzędzia mogą zapewnić lub sprzyjać pewności prawnej w kontekście stosowania prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych oraz w jaki sposób mogą być one efektywnie wykorzystane w tym celu.

W rozdziale V autor analizuje praktyki polegające na przenoszeniu siły rynkowej operatorów platform internetowych (zwane również jako: praktyki lewarujące oraz transfer nadużycia) i ich prawny oraz ekonomiczny charakter, a także zasady dotyczące stosowania kryterium niezbędności w kontekście takich praktyk. Rozdział ten został podzielony na dwie główne części. W pierwszej części przedstawiono ramy prawne oraz ekonomiczną analizę tzw. teorii dźwigni, odnosząc się do strategii biznesowych stosowanych przez platformy internetowe. Autor analizuje różne rodzaje transferu nadużycia i ich wpływ na konkurencję oraz rynki cyfrowe. W drugiej części rozdziału skupiono się na wyjątkach od wymogu stosowania kryterium niezbędności w kontekście przenoszenia siły rynkowej operatorów platform internetowych. W pracy doktorskiej rozważono także nowe teorie szkody nadużywania pozycji dominującej dotyczące omawianych strategii biznesowych.

Główne pytania badawcze, na które odpowiada ten rozdział, to: (i) jakie są prawne i ekonomiczne aspekty transferu nadużycia w działalności operatorów platform internetowych; (ii) w jaki sposób różne rodzaje praktyk lewarujących wpływają na konkurencję i dynamikę rynków cyfrowych; (iii) jakie są wyjątki od wymogu zastosowania kryterium niezbędności w kontekście praktyk lewarujących i jakie nowe teorie szkody mogą być zastosowane w tym kontekście.

Rozdziały VI, VII i VIII rozprawy doktorskiej stanowią dogłębną analizę konkretnych praktyk operatorów platform internetowych dotyczących przenoszenia siły rynkowej w świetle prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych. Rozdział VI koncentruje się na problemie antykonkurencyjnej dyskryminacji, w szczególności na zjawisku „preferowania samego siebie" (ang. *self-preferencing*) i jego wpływie na konkurencję. Rozdział VII dotyczy sprzedaży wiązanej i pakietowej, badając jej ramy prawne, wpływ na konkurencję oraz metody regulacji stosowane w gospodarce cyfrowej. Ostatni, VIII rozdział, poświęcony jest analizie odmowy kontraktowania (dostaw), jej scenariuszom i możliwym strategiom biznesowym na rynkach cyfrowych.

W rozdziałach tych rozważono, w jaki sposób rozpatrywane praktyki operatorów platform internetowych są rozumiane zarówno z prawnego, jak i ekonomicznego punktu widzenia, oraz jak wpływają one na dynamikę konkurencji, innowacje i wybory konsumenckie. W pracy doktorskiej analizowane jest także stosowanie prawa konkurencji i regulacji sektorowych do kontroli tych praktyk, z naciskiem na wyzwania i możliwości regulacyjne wynikające z charakteru i praktyk działania platform internetowych. Szczególna uwaga skupiona jest na tym, jak obecne przepisy prawne oraz narzędzia regulacyjne są wykorzystywane do kontroli negatywnych skutków tych praktyk, a także na tym, jak prawo konkurencji i regulacje sektorowe mogą dostosowywać się do szybko zmieniających się rynków cyfrowych, zapewniając równocześnie uczciwą konkurencję, otwartość rynków cyfrowych i ich innowacyjność.

Ostatnią częścią rozprawy jest zakończenie, w którym podsumowywane są główne wnioski wynikające z przeprowadzonych analiz.

ROZDZIAŁ I.
EKONOMICZNE ASPEKTY RYNKÓW CYFROWYCH, PLATFORM INTERNETOWYCH ORAZ KONKURENCJI NA RYNKACH CYFROWYCH

W niniejszym rozdziale skupiono uwagę na ekonomicznych aspektach rynków cyfrowych, platform internetowych oraz konkurencji na tych rynkach. Przeanalizowano definicję i specyfikę rynków cyfrowych, w tym ich tendencję do tworzenia monopoli i wpływ „darmowych" usług na ich dynamikę. Rozpatrywane są także modele i strategie biznesowe platform internetowych, w tym ich rola jako rynków dwustronnych, efekty sieciowe i rodzaje platform. Szczególną uwagę poświęcono strategiom biznesowym związanym z przenoszeniem siły rynkowej oraz tworzeniem cyfrowych ekosystemów. Dodatkowo, w rozdziale tym zawarto charakterystykę konkurencji na rynkach cyfrowych, opisano rolę innowacji, jakości usług, danych i uwagi użytkowników w kontekście funkcjonowania rynków cyfrowych. Wyjaśniono również zjawisko i znaczenie uprzedzeń behawioralnych obserwowanych na rynkach cyfrowych. Niniejszy rozdział ma na celu przygotowanie gruntu pod dokonanie złożonych analiz prawnych i ekonomicznych w dalszej części pracy doktorskiej, jednocześnie przedstawiając szerszy kontekst omawianych problemów, aby lepiej zrozumieć ich zakres i znaczenie.

1. Pojęcie oraz specyfika rynków cyfrowych

Pomimo obaw związanych z gospodarką cyfrową w ostatnich latach[17], warto podkreślić, że innowacyjne modele biznesowe znacząco przyczyniają się do rozwoju gospodarczego i poprawy dobrobytu konsumentów. Przedsiębiorcy wykorzystujący model biznesowy platform internetowych zmniejszyli bariery geograficzne i asymetrię informacji, a także umożliwili powstanie nowych rynków[18]. Rozwój technologiczny dostarczył konsumentom nowych produktów i usług, często oferowanych bezpłatnie. Platformy internetowe oferują innowacyjne

[17] Zob. United States House Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, *Investigation Of Competition In Digital Markets: Majority Staff Report And Recommendations* (2020), https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/html/CPRT-117HPRT47832.htm (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: "**Podkomisja ds. Antymonopolowych Izby Reprezentantów USA, *Raport: Badanie Konkurencji na Rynkach Cyfrowych***").

[18] J. Crémer, Y.-A. de Montjoye H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Bruksela 2019, https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**Raport Crémera**"), s. 12; J. Furman, *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel* (2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**Raport Furmana**"), s. 19-21.

i popularne usługi, rewolucjonizując komunikację, dostęp do informacji i interakcje z przedsiębiorstwami. Znajdują się one w centrum tych zmian, zapewniając infrastrukturę cyfrową i usługi pośrednictwa na różnych rynkach, takich jak handel elektroniczny (Amazon), sklepy z aplikacjami (Apple), portale społecznościowe (Facebook) i wyszukiwarki (Google).

Pomimo niezaprzeczalnych korzyści gospodarki cyfrowej dla dobrobytu konsumentów, charakterystyczne cechy rynków cyfrowych sprzyjają powstawaniu „naturalnych monopoli". W różnych raportach eksperckich zwraca się uwagę, że szybka autokorekta na rynkach zdominowanych przez duże platformy internetowe jest mało prawdopodobna. Podkreśla się również, że szkody dla dobrobytu gospodarczego wynikające z wykorzystywania władzy rynkowej na takich rynkach mogą być znaczne[19]. Nowe, innowacyjne podmioty mogą nie być zdolne do konkurowania na rynku cyfrowym, który jest już „zasiedlony" przez obecnych monopolistów.

W tej części pracy doktorskiej przedstawiono pojęcię oraz charakterystykę rynków cyfrowych, a także wyjaśniono, z jakich zjawisk ekonomicznych wynika silna koncentracja siły rynkowej przedsiębiorców obserwowana na tych rynkach. Ponadto, został zdefiniowany termin „darmowe rynki" w odniesieniu do usług oferowanych przez operatorów platform internetowych.

1.1. Definicja rynków cyfrowych

Nie ma jednoznacznej i precyzyjnej definicji rynków cyfrowych, gdyż ten sektor zawiera różnorodne modele biznesowe i rynki produktowe[20]. Większość współczesnych branż w pewnym stopniu korzysta z technologii cyfrowych, a niemal wszyscy przedsiębiorcy w jakimś zakresie wykorzystują narzędzia cyfrowe w swojej działalności gospodarczej[21]. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 4 DMA „sektor cyfrowy" oznacza sektor produktów dostarczanych i usług świadczonych przy użyciu lub za pośrednictwem usług społeczeństwa informacyjnego[22].

---

[19] Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report, Chicago 2019, https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 81 (dalej: „**Raport Stiglera**").

[20] Zob. szerzej: K. Śledziewska, K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020, s. 76-78.

[21] Jak zauważyła Komisja Europejska w strategii jednolitego rynku cyfrowego dla Europy z 6.05.2015 r. COM(2015) 192 final, globalna gospodarka szybko staje się gospodarką cyfrową, a technologie informacyjne i komunikacyjne nie stanowią już osobnego sektora, lecz są fundamentem wszystkich nowoczesnych, innowacyjnych systemów gospodarczych.

[22] W rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy nr 2015/1535 z 9.09.2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. z 17.9.2015 r., L 241, s. 1), usługa ta musi być normalnie świadczona: (i) za wynagrodzeniem, (ii) na odległość, (iii) drogą elektroniczną oraz (iv) na

W literaturze poświęconej prawu konkurencji nowe technologicznie rynki cyfrowe są często określane jako sektory (branże) nowych technologii, branże charakteryzujące się dynamiczną konkurencją, branże innowacyjne lub gospodarka cyfrowa[23]. Wspólną cechą wszystkich tych wyrażeń jest to, że odnoszą się one do tzw. „nowej gospodarki", do której zaliczane są sektory, w których przedsiębiorcy świadczą usługi związane z oprogramowaniem komputerowym oraz Internetem (np. dostawcy dostępu do Internetu, usługi internetowe oraz treści internetowe), a także sektor dostarczający sprzęt komputerowy oraz usługi komunikacyjne, które są przeznaczone do obsługi dwóch wcześniej wymienionych sektorów[24]. Cechą wspólną wszystkich rynków „nowej gospodarki"[25] jest zasadniczo występowanie takich zjawisk ekonomicznych jak korzyści skali (zob. pkt I.1.1.1 pracy doktorskiej), efekt sieciowy (zob. pkt I.2.1.1.1 pracy doktorskiej) oraz wysoki współczynnik innowacyjności (zob. pkt I.3.3 pracy doktorskiej)[26]. Sektory te związane są z silnym rozwojem technologicznym oraz innowacyjnością, w tym występowaniem tzw. konkurencji dynamicznej.

Na cele niniejszej pracy doktorskiej rynki cyfrowe są definiowane, z perspektywy ekonomicznej, jako branże (rynki), w których przedsiębiorcy dostarczają swoim klientom cyfrowe produkty lub usługi, gdzie rozwój i zarządzanie platformą internetową jest kluczowym aspektem ich działalności (np. aplikacje, systemy operacyjne, sieci społecznościowe, platformy handlu elektronicznego, wyszukiwarki)[27]. Stanowią je rynku, w których przedsiębiorcy opracowują i stosują nowe technologie lub tworzą nowe usługi z wykorzystaniem możliwości

indywidualne żądanie odbiorcy usług. Zob. szerzej: P. Polański, *Europejskie prawo handlu elektronicznego. Mechanizmy regulacji usług społeczeństwa informacyjnego*, Warszawa 2014, s. 45-122.

[23] M. P. L. Rato, N. Petit, *Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered?*, "European Competition Journal" 2013, nr 1, s. 2.

[24] R. A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, "Law & Economics Working Papers" 2000, nr 106, s. 2.

[25] W literaturze podkreśla się również, że transakcje na rynkach nowej gospodarki dotyczą często dóbr niematerialnych, jak np. pliki cyfrowe, patenty, rozwiązanie informatyczne i technologiczne. Obserwowane są częste wejścia i wyjścia, wysoki współczynnik innowacyjności oraz korzyści skali konsumpcji. Cykl życiowy produktów uległ znacznemu skróceniu, innowacyjne produkty charakteryzuje specyficzna struktura kosztów – ich stworzenie wymaga wysokich nakładów początkowych, natomiast koszty krańcowe są niewielkie. Na tradycyjnych rynkach współczynnik innowacji jest natomiast niski, wejścia na rynek wolne i nieregularne, nie występują gwałtowne zmiany struktury rynku, a przedsiębiorstwa cechuje wielozakładowy proces produkcji. Zob.: K. Klincewicz, *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft,* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s.159; M. Swora, *Prawo ochrony konkurencji a przedsiębiorstwa nowej gospodarki - aktualne problemy,* „Prawo i Administracja" 2006, nr 5, s. 218.

[26] M. Swora, *Prawo ochrony konkurencji a przedsiębiorstwa nowej gospodarki - aktualne problemy*, „Prawo i Administracja" 2006, nr 5, s. 218.

[27] M. Kadar, *European Union* competition *law in the digital era*, „Zeitschrift für Wettbewerbsrecht" 2015, nr 4, s. 342. W doktrynie prawa konkurencji często używa się także pojęcia nowej gospodarki, przez co można rozumieć zmiany strukturalne spowodowane wdrażaniem na masową skalę nowoczesnych technologii z zakresu komunikacji i przetwarzania danych; zob. np. A. Szmigielski, *Rola polityki antymonopolowej Unii Europejskiej w erze cyfrowej – wyzwania oraz praktyczne implikacje*, „Refleksje" 2017, nr 15, s. 151, wraz z przywołaną tam literaturą.

cyfrowych[28]. Innymi słowy jest to sektor gospodarki, w którym platformy internetowe bezpośrednio wpływają na podaż towarów lub usług. Platformy te są zwykle opisywane jako podmioty działające na co najmniej dwustronnych rynkach, które korzystają z Internetu w celu umożliwienia interakcji między przynajmniej dwiema odrębnymi, ale współzależnymi grupami użytkowników, w celu wygenerowania wartości dla choćby jednej grupy (zob. pkt I.2.1.1 pracy doktorskiej).

Rynki produktów i usług cyfrowych często charakteryzują się występowaniem takich zjawisk jak np.: wysoka innowacyjność (stałe pojawianie się nowych, znacznie lepszych od poprzednich produktów, zob. pkt I.2.2 pracy doktorskiej), wielostronność (współzależność między różnymi grupami klientów, zob. pkt I.2.1.1 pracy doktorskiej), wysokie koszty stałe przy zbliżonych do zera kosztach krańcowych, efekty sieciowe (wzrost wartości produktu wraz ze wzrostem liczby jego użytkowników, zob. pkt I.2.1.1.1 pracy doktorskiej), kluczowe znaczenie danych (zob. pkt I.3.4 pracy doktorskiej), oraz zjawiska typu „zwycięzca bierze wszystko" (po okresie konkurencji rynek zostaje zdominowany przez jednego przedsiębiorcę). Należy przy tym podkreślić, że rynki cyfrowe nie mają jednej cechy, która odróżnia je od rynków tradycyjnych. Rynki cyfrowe mogą nie tylko różnić się od rynków tradycyjnych, ale też między sobą. Z tego względu wyciąganie wniosków jedynie na podstawie ich „cyfrowego" charakteru jest niewłaściwe, a każdy z tych rynków wymaga odrębnej analizy[29].

Siła rynkowa przedsiębiorców wykorzystujących model biznesowy platform internetowych jest wynikiem kilku znaczących niedoskonałości rynku[30] występujących na rynkach cyfrowych, w szczególności koncentracji i konglomeracji (zob.: pkt I.1.1.1 pracy doktorskiej). To połączenie różnych powyżej wskazanych zjawisk ekonomicznych mających miejsce na tych rynkach uzasadnia ich odrębną analizę[31]. Ta wyjątkowa kombinacja cech ekonomicznych może

---

[28] CMA, *The CMA's Digital Markets Strategy* (2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/814709/cma_digital_strategy_2019.pdf (data dostępu: 14.01.2023) (dalej: „**Strategia Rynków Cyfrowych CMA**"), s. 5.

[29] ICN, *Report* on the *Results* of the *ICN Survey* on *Dominance/Substantial Market Power* in *Digital Markets* (2020), https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_RP_DomMarPower.pdf (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**Raport ICN**"), s. 5.

[30] „Niedoskonałości (zawodności) rynku" (ang. *market failures*) to występowanie sytuacji, w których mechanizmy rynkowe same z siebie nie doprowadzają do wyniku optymalnego z punktu widzenia dobra społecznego. Obejmuje to m.in. przypadki znaczącej siły rynkowej (i jej nadużycia), dóbr publicznych, efektów zewnętrznych/eksternalie (ang. *externalities*), co odnosi się do sytuacji w ekonomii, gdy działania jednostki lub przedsiębiorcy mają niezamierzone skutki pozytywne lub negatywne na osoby trzecie, które nie są bezpośrednio zaangażowane w daną transakcję lub działalność gospodarczą) oraz asymetrii informacji lub informacji niekompletnych. A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 61.

[31] Poszczególne zjawiska występujące na rynkach cyfrowych łącznie występują zwykle samodzielnie na innych rynkach. Raport Stiglera, s. 34; Raport Furmana, s. 37; Commission 'Competition Law 4.0', *A New Competition Framework for the Digital Economy* (2019), https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf? blob=publicationFile&v=14 (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: **Raport Commission 'Competition Law 4.0'**), s. 16-17.

zapewnić trwałą siłę rynkową na niektórych rynkach cyfrowych (zob.: pkt I.1.1.1 pracy doktorskiej).

W literaturze ekonomicznej często analizuje się poszczególne zjawiska (czynniki) obserwowane na rynkach cyfrowych oddzielnie, podczas gdy w literaturze dotyczącej strategii biznesowych podkreśla się, w jaki sposób wszystkie te czynniki mogą ze sobą współdziałać. Opisane wyżej czynniki obserwowane na rynkach cyfrowych tworzą rodzaj „koła zamachowego" – każde z tych zjawisk ekonomicznych oddziałuje na pozostałe czynniki, wpływając na siłę rynkową największych przedsiębiorców działających na rynkach cyfrowych[32].

1.1.1. Koncentracja na rynkach cyfrowych: tendencja do tworzenia „naturalnych monopoli"

Bardzo szybki rozwój dostawców poszczególnych produktów i usług cyfrowych oraz wysoka koncentracja na wielu rynkach cyfrowych skutkują tym, że niewielka liczba bardzo dużych platform zdobyło dominującą pozycję na rynku, stając się w skrajnych przypadkach nieodzownym kanałem dostępu do klientów. Charakterystyczne cechy rynków cyfrowych, na których funkcjonują określone platformy internetowe, przyczyniają się do silnej koncentracji obserwowanej na tych rynkach. To zjawisko zostało już zidentyfikowane i szczegółowo opisane, zwłaszcza w różnych raportach eksperckich oraz w literaturze[33]. Poniżej krótko wskazano i opisano wybrane kwestie, które mają znaczenie dla celów niniejszej pracy doktorskiej.

Przyczyną koncentracji w sektorze platform są trzy główne zjawiska. Po pierwsze, na wielu rynkach cyfrowych występują duże korzyści skali, gdzie koszty rosną znacznie wolniej niż liczba klientów. Kluczową cechą usług świadczonych za pośrednictwem platform internetowych jest ich skalowalność, czyli możliwość zwiększenia skali działalności gospodarczej poprzez zwiększenie liczby użytkowników. Po utworzeniu i uruchomieniu platformy koszty obsługi dodatkowych użytkowników rosną znacznie wolniej niż wzrost liczby użytkowników tej platformy. Wynika to z faktu, że po wdrożeniu platformy jej rozbudowa wymaga stosunkowo niewielkich nakładów, czyli występują tu wysokie koszty stałe przy

[32] A. Fletcher, *Digital competition policy: Are ecosystems different?*, OECD 2020, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), s. 7.

[33] Przykładowo, w Raporcie Crémera opisano to zjawisko, przedstawiając szczegółowy opis sił ekonomicznych prowadzących do koncentracji. Raport Furmana, sporządzony dla brytyjskiego urzędu CMA, przedstawia te same kwestie w uzupełniający, bardziej empiryczny sposób.

zbliżonych do zera kosztach krańcowych. Silne korzyści skali podnoszą bariery wejścia, co przyczynia się do tworzenia lub utrzymania siły rynkowej. Nowi uczestnicy rynku mogą skutecznie konkurować z już istniejącymi operatorami, oferując usługi o co najmniej równoważnej jakości, co wymaga prowadzenia podobnych operacji na dużą skalę[34]. Fakt, że znaczące korzyści skali przyczyniają się do koncentracji jest jedną z przyczyn tego, co zwykle określane jest „monopolem naturalnym"[35].

Drugą istotną cechą ekonomii platform jest efekt sieci – użytkownicy platformy zyskują tym bardziej, im więcej jest innych użytkowników (zob. pkt. I.2.1.1.1 pracy doktorskiej). W przypadku platform jednostronnych[36], gdzie użytkownicy chcą jedynie komunikować się ze sobą za pomocą sieci społecznościowych (takich jak Facebook czy Twitter) lub narzędzi komunikacyjnych (np. telefony, WhatsApp, Skype), istnieje rosnące prawdopodobieństwo, że osoby, z którymi użytkownik chce się skontaktować, również znajdują się na danej platformie. Bezpośredni efekt sieciowy można zilustrować na przykładzie telefonu, który dla pierwszych użytkowników może być nieprzydatny, ale w miarę wzrostu liczby użytkowników umożliwia komunikację między nimi.

W przypadku platform dwustronnych[37], które są głównym przedmiotem zainteresowania niniejszej pracy doktorskiej, sytuacja jest podobna, ponieważ użytkownicy mogą znaleźć więcej potencjalnych partnerów handlowych. Przykładem mogą być platformy służące do rezerwacji miejsc w restauracjach: im więcej restauracji dostępnych na platformie, tym bardziej przydatna jest ona dla potencjalnych gości, a z drugiej strony, im więcej potencjalnych gości korzysta z platformy, tym więcej klientów restauracja może przyciągnąć dzięki tej platformie. To samo dotyczy platform handlowych, gdzie sprzedawcy dążą do dotarcia do jak największej liczby klientów, a klienci chcą mieć dostęp do jak największej liczby ofert sprzedających[38].

---

[34] D. Geradin, D. Katsifis, *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform markets*, "European Competition Journal" 2022, nr 2, s. 363.
[35] Raport Crémera, s. 20.
[36] Mianem „platform jednostronnych" określa się takie, które umożliwiają interakcję między tą samą grupą użytkowników. Przed erą cyfrową platformą jednostronną był telefon; w erze cyfrowej platformami takimi są podmioty odgrywające podobną rolę, jak np. Skype. D. Aziewicz, J. Górka, T. Skoczny, *Ekspertyza naukowa. Analiza antymonopolowa w przypadku koncentracji przedsiębiorców na rynkach dwustronnych*, Warszawa 2015, https://cars.wz.uw.edu.pl/images/badania/54/Ekspertyza.docx (data dostępu: 14.01.2023), s. 17; D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Free*, "Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics" 2011, nr 555, s. 21-22.
[37] W ekonomii wyróżnia się również podmioty, które określane są „platformami dwustronnymi". Dobrymi przykładami są tu karty kredytowe, portale randkowe i platformy handlu elektronicznego. Platformy te łączą dwie grupy użytkowników i starają się dopasowywać użytkowników obu grup lub wspierać innego rodzaju interakcje między nimi. D. Aziewicz, J. Górka, T. Skoczny, *Ekspertyza naukowa. Analiza antymonopolowa w przypadku koncentracji przedsiębiorców na rynkach dwustronnych*, Warszawa 2015, https://cars.wz.uw.edu.pl/images/badania/54/Ekspertyza.docx (data dostępu: 14.01.2023), s. 17; D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Free*, "Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics" 2011, nr 555, s. 21-22.
[38] *Ibidem*, s. 20-21.

Aby stanąć w konkurencji z ugruntowanym operatorem, potencjalny nowy uczestnik rynku musiałby przekonać użytkowników do migracji na swoją platformę. Jednak użytkownicy zwykle niechętnie opuszczają istniejącą platformę, na której już skorzystali z ustalonymi efektami sieciowymi, chyba że zmiany te dokonywałyby się masowo[39].

Po trzecie, operatorzy platform doskonale opanowali efektywne wykorzystywanie danych. Operator platformy internetowej dysponujący dostępem do obszerniejszych zbiorów danych, zasadniczo zyskuje przewagę konkurencyjną przynajmniej w dwóch obszarach. Pierwszy z nich to zdolność do lepszego dostosowania usług, wynikająca z posiadania szczegółowych informacji o użytkowniku. Na przykład, platforma handlowa może oferować bardziej spersonalizowane produkty. Drugi obszar wiąże się z danymi na temat większej liczby użytkowników, co umożliwia głębsze zrozumienie ich zachowań na platformie i pozwala na udoskonalanie jej funkcjonalności[40] (zob. szerzej: pkt. I.3.4 pracy doktorskiej).

1.1.2. „Darmowe" usługi oferowane na rynkach cyfrowych

W dzisiejszej cyfrowej gospodarce otaczają nas usługi i produkty o zerowej cenie, za które nie płacimy w formie pieniężnej[41]. Chociaż bezpłatne usługi, takie jak radio czy telewizja, istniały od zawsze, to pojawienie się Internetu drastycznie zwiększyło ich liczbę i różnorodność[42]. Do tych usług należą m.in. wyszukiwarki, media społecznościowe, mapy, aplikacje randkowe, gry wideo, wiadomości, usługi przechowywania danych i wiele innych. Siedem z dziesięciu największych światowych przedsiębiorstw działających w branżach cyfrowych, w tym GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), oferuje swoje produkty i usługi za darmo[43]. Od ponad 10 lat na stronie rejestracyjnej Facebooka widniało hasło: „*To jest (i zawsze będzie) darmowe!*"[44], co podkreśla, że najpopularniejszy serwis społecznościowy na świecie nie zamierza pobierać opłat od swoich użytkowników.

---

[39] Przykładem takiej sytuacji w Polsce było odchodzenie użytkowników z platformy „Nasza Klasa" oraz masowe przechodzenie użytkowników do Facebook.
[40] Raport Crémera, s. 24.
[41] Użycie określenia „bezpłatne" usługi jest uważane za wprowadzające w błąd, ponieważ nawet usługi o zerowej cenie zazwyczaj wiążą się z kosztami w postaci poświęconej uwagi lub przekazania danych osobowych. Z tego powodu uczeni preferują termin „cena zerowa". J. M. Newman, *The Myth of Free*, "The George Washington Law Review" 2018, nr 2, s. 514-515.
[42] D. Evans, *The Antitrust Economics of Free*, "Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics" 2011, nr 555.
[43] OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets,* Paryż 2018, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), s. 4.
[44] Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie Facebook: „*Nie, nie pobieramy opłat za korzystanie z Facebooka. Zamiast tego pobieramy od reklamodawców opłaty za wyświetlanie reklam w Produktach firm Meta. Dzięki temu możemy zapewnić wszystkim użytkownikom bezpłatny dostęp do Facebooka*". https://www.facebook.com/help/186556401394793 (data dostępu: 25.11.2023 r.). Hasło to zostało usunięte przez Facebooka w sierpniu 2019 r.

W cyfrowej gospodarce narodziły się nowe, darmowe rynki charakteryzujące się unikalnymi cechami. Codziennie wielu konsumentów korzysta z przynajmniej kilku bezpłatnych usług oferowanych przez platformy internetowe. Kluczowe znaczenie w analizie konkurencji pozacenowej na tych rynkach ma pytanie, dlaczego przedsiębiorstwa decydują się oferować swoje produkty i usługi cyfrowe bez bezpośredniej zapłaty finansowej. Powszechnie uznaje się, że głównymi motywacjami dla takiej strategii biznesowej są: pozyskiwanie danych od użytkowników, tworzenie i wykorzystanie internetowych usług reklamowych oraz dążenie do zbudowania i utrzymania dużej bazy użytkowników[45].

Oferowanie darmowych usług jest często postrzegane jako efektywna strategia biznesowa, szczególnie dla platform dwustronnych, które łączą ze sobą dwie różne, ale wzajemnie powiązane grupy klientów. Jednym z głównych wyzwań, z którymi musi się zmierzyć nowo powstająca platforma, jest osiągnięcie tzw. masy krytycznej użytkowników po obu stronach, co jest niezbędne do wygenerowania efektów sieciowych. W literaturze przedmiotu to wyzwanie często określane jest jako problem „kury i jajka"[46]. Aby osiągnąć ten cel, operatorzy platform internetowych mogą, na przykład, zdecydować się nie pobierać opłat pieniężnych od użytkowników, a zamiast tego generować przychody ze świadczonych usług poprzez sprzedaż przestrzeni reklamowej. W modelu platformy dwustronnej użytkownicy mogą być subsydiowani przez drugą stronę platformy[47], np. przez reklamodawców. Przykładowo, przedsiębiorcy tacy jak Facebook czy Google osiągają większość swoich przychodów właśnie z reklam[48]. W takim modelu konsumenci ponoszą koszt alternatywny w postaci ograniczonej uwagi, która jest częściowo poświęcana na oglądanie reklam.

---

[45] Zob. szerzej: M. Sznajder, *No Strings Attached? Zero-Price Practices on Social Media Markets under EU Abuse of Dominance Assessment*, "Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2021, nr 14, s. 39; S. Shekhar, *Zero Pricing Platform Competition. MPRA*, "MPRA Paper" 2020, nr 99364, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/99364/1/MPRA_paper_99364.pdf (data dostępu: 14.01.2023); CMA, *Online platforms and digital advertising Market study final report (2020)*, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**Raport CMA nt. platform internetowych i reklamy cyfrowej**"); ACCC, *Digital platforms inquiry - final report (2019)*, https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**Raport AAAC nt. platform internetowych**").

[46] B. Caillaud, B. *Jullien, Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, "The Rand Journal of Economics" 2003, nr 2, s. 309- 328; P. Belleflamme, M. Peitz, *The economics of platforms. Concepts and strategies*, Cambridge 2021, s. 113-114.

[47] G. Parker i G. van Alystine zauważają, że optymalna struktura cenowa zależy od cenowej elastyczności popytu po każdej stronie platformy oraz względnej siły i charakterystyki pośrednich efektów sieciowych między dwiema stronami. G. Parker, M. van Alstyne, *Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design*, "Management Science" 2005, nr 10, s. 1494-1504; OECD, *Roundtable on Two-Sided Markets*, Paryż 2009, https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf (data dostępu: 14.01.2023).

[48] Fakt, że przedsiębiorstwa takie jak Facebook i Google osiągają większość swoich przychodów z reklam, jest dobrze udokumentowany. Według analizy modeli biznesowych tych przedsiębiorstw, Facebook w 2022 roku osiągnął ponad 97% swoich przychodów z reklam. Google również generował większość swoich przychodów z reklam, z różnych źródeł takich jak reklamy w wyszukiwarce, reklamy w serwisie YouTube oraz reklamy w sieci Google Ads. Oba przedsiębiorstwa cyfrowe skupiają się na monetyzacji poprzez gromadzenie i wykorzystanie danych użytkowników do celów reklamowych. Zob. sprawozdanie finansowe Alphabet (Google) za 2022 r., https://abc.xyz/assets/d4/4f/a48b94d548d0b2fdc029a95e8c63/2022-

W modelu platform transakcyjnych (opisanym w pkt I.2.1.1.2 pracy doktorskiej) operator platformy może zdecydować się na pobieranie opłat wyłącznie od użytkowników biznesowych (np. sprzedawców)[49]. Inny model to strategia „freemium", gdzie podstawowa wersja usługi jest dostępna za darmo (po zerowej cenie), a za bardziej zaawansowaną wersję „premium" pobierana jest opłata[50] (co zostało szerzej opisane w pkt I.2.2.1 pracy doktorskiej).

Zamiast pobierać od użytkowników biznesowych opłatę lub prowizję za prezentację ich ofert lub produktów, operatorzy platform mogą pobierać opłaty za udostępnianie narzędzi, które umożliwiają tym użytkownikom wyróżnienie się na tle konkurencji. Takie narzędzia pozwalają im na lepsze dotarcie do konsumentów na platformach dwustronnych, gdzie panuje intensywna konkurencja o uwagę klientów wśród wielu przedsiębiorców [51] (zob. pkt I.3.4 pracy doktorskiej).

Usługi oferowane przez platformy internetowe są tylko pozornie bezpłatne, ponieważ w rzeczywistości użytkownicy „płacą" za ich używanie swoją uwagą oraz udostępnianymi danymi[52]. W relacji pomiędzy platformami cyfrowymi a konsumentami istnieje wzajemna wymiana korzyści: konsumenci uzyskują dostęp do innowacyjnych usług cyfrowych, natomiast platformy czerpią wartość z uwagi i danych użytkowników. Jednak oszacowanie korzyści i kosztów dla użytkowników platform internetowych jest zadaniem skomplikowanym, gdyż same koszty finansowe nie odzwierciedlają w pełni wymiany wartości w takich interakcjach[53]. Niektórzy naukowcy starali się oszacować korzyści dla konsumentów z korzystania z

alphabet-annual-report.pdf (data dostępu: 14.01.2023) oraz sprawozdania finansowe Meta (Facebook) za 2022 r., https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2023/Meta-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2022-Results/default.aspx (data dostępu: 14.01.2023).

[49] Mimo że konsumenci nie płacą bezpośredniej, widocznej opłaty, mogą jednak ponosić jej część lub nawet całość, jeśli sprzedawcy zdecydują się włączyć tę opłatę w ceny produktów. Na przykład, jeśli platforma *e-commerce* podnosi prowizję od sprzedaży, sprzedawcy mogą uwzględnić tę dodatkową opłatę w cenach swoich produktów. J.-U. Franck, M. Peitz, *Market Definition in the Platform Economy*, "Discussion Paper Series" 2021, nr 259, s. 17.

[50] Przykładowo, LinkedIn, platforma społecznościowa skoncentrowana na kontaktach zawodowych i biznesowych, zachęca użytkowników do zakupu płatnej wersji LinkedIn Premium z dodatkowymi funkcjami. YouTube, umożliwiający bezpłatne dodawanie, oglądanie i komentowanie filmów, oferuje zarówno darmową wersję usługi z reklamami, jak i płatną wersję premium bez przerw reklamowych podczas oglądania filmów.

[51] Na przykład, właściciel strony internetowej może poprawić pozycję swojej witryny w wynikach wyszukiwania Google dzięki optymalizacji pod kątem wyszukiwarek (SEO), co nie generuje bezpośrednich przychodów dla Google. Niemniej, niektórzy właściciele stron mogą zdecydować się na zakup płatnych miejsc reklamowych za pośrednictwem Google Ads, co umożliwia wyświetlanie ich linków sponsorowanych w wynikach wyszukiwania Google. G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You,* Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 119-120.

[52] S. M. Gal, D. L. Rubinfeld, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, „Antitrust Law Journal" 2016, nr 3, s. 527; I. Małobęcka*, Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, "internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2017, nr 3, s. 33.

[53] Tradycyjne podejście do oceny kosztów i korzyści, które koncentruje się głównie na aspektach finansowych, może być niewystarczające w kontekście cyfrowym. W przypadku platform cyfrowych, takich jak media społecznościowe czy usługi streamingowe, użytkownicy często nie płacą bezpośrednich opłat finansowych za dostęp do usług. Zamiast tego „płacą" innymi zasobami, takimi jak swoja uwaga (spędzając czas na platformie, oglądając reklamy) lub dane osobowe (które mogą być wykorzystywane do celów marketingowych czy sprzedaży dla innych przedsiębiorców). Te niematerialne „koszty" nie są łatwe do zmierzenia w konwencjonalnych jednostkach finansowych. Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 47.

produktów i usług platform cyfrowych, wykorzystując do tego koncept gotowości do zapłaty (ang. *willingness to pay* – WTP) oraz gotowości do przyjęcia rekompensaty (ang. *willingness to accept compensation* – WTA). WTP to maksymalna suma, którą konsument jest gotów zapłacić za określony produkt lub usługę, natomiast WTA odnosi się do minimalnej kwoty, jakiej konsument oczekuje jako rekompensaty za rezygnację z dostępu do danego produktu czy usługi. Takie podejście pozwala ocenić wartość, jaką konsumenci przypisują tym produktom i usługom, wyrażając ją w kategoriach finansowych[54].

Dla operatorów platform internetowych, dostęp do danych użytkowników umożliwia wyświetlanie reklam lepiej dopasowanych do ich zainteresowań (na podstawie historii wyszukiwania), co z kolei przyczynia się do poprawy jakości oferowanych usług. Tak zwany pośredni efekt sieciowy (opisany w pkt I.2.1.1.1 pracy doktorskiej) sprawia, że wzrost liczby osób korzystających z darmowych usług internetowych przyciąga więcej reklamodawców (jak w przypadku wyszukiwarek i mediów społecznościowych) oraz więcej sprzedawców (jak na platformach handlu elektronicznego). Dostarczanie bezpłatnych usług przez przedsiębiorców może być także postrzegane jako inwestycja polegająca na gromadzeniu danych od użytkowników, które później są przetwarzane i wykorzystywane do celów komercyjnych, takich jak ulepszanie produktów lub opracowywanie skuteczniejszych strategii reklamowych. Inną motywacją jest budowanie dużej bazy konsumentów, co umożliwia generowanie przychodów poprzez zwiększenie popytu na produkty komplementarne oferowane za opłatą, lub poprzez wprowadzenie płatnej wersji premium usługi. Jednak, podobnie jak w przypadku oceny wartości platform cyfrowych dla konsumentów, nie istnieje precyzyjna metoda mierzenia wartości, jaką konsumenci dostarczają platformom cyfrowym. Wartość ta wynika zarówno z czasu, jaki spędzają na platformie (uwagi), jak i z danych, które pozwalają platformom na sprzedaż ukierunkowanych ofert reklamowych[55].

Zbieranie danych i przyciąganie uwagi użytkowników nie tylko tworzy wartość rynkową, ale także, jak wskazują wysokie marże zysku operatorów platform internetowych, potwierdza, że ta wartość jest daleka od zerowej. Nawet gdy cena usługi wynosi zero, przedsiębiorcy mogą

[54] Zazwyczaj WTP (*willingness to pay*) i WTA (*willingness to accept compensation*) są szacowane za pomocą ankiet konsumenckich. W badaniu przeprowadzonym w Stanach Zjednoczonych w 2019 r. uczestnicy byli proszeni o rozważenie możliwości rezygnacji z dostępu do różnych usług cyfrowych. Badanie to obejmowało osiem najczęściej używanych aplikacji i stron internetowych. Wyniki wykazały, że 50% respondentów wymagało co najmniej 17 530 USD, aby zrezygnować z dostępu do wszystkich wyszukiwarek internetowych na okres jednego roku. Podobnie, połowa uczestników badania potrzebowała co najmniej 322 USD za rezygnację ze wszystkich mediów społecznościowych, a 50% respondentów wymagało co najmniej 155 USD, aby zrezygnować ze wszystkich usług przesyłania wiadomości. Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 48.

[55] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 51.

obniżać jakość świadczonych usług, ze szkodą dla konsumentów. Przykładem jest afera z 2018 r. z udziałem przedsiębiorstwa Cambridge Analytica, która pozyskała dane dziesiątek milionów użytkowników Facebooka w celu manipulowania zachowaniami wyborczymi [56]. Raport Stiglera podkreśla, że platformy takie jak Facebook mogą narzucać użytkownikom zasady dotyczące gromadzenia, przetwarzania, łączenia i udostępniania danych, jednocześnie utrzymując zerowe ceny („darmowe" usługi), co pozwala im pobierać wyższe lub dodatkowe opłaty za reklamy. Raport ten opisuje również, jak zerowe ceny podkreślają znaczenie ekonomii behawioralnej (opisanej w pkt I.3.5 pracy doktorskiej) w dynamice konkurencji na rynkach cyfrowych. Darmowe usługi zmuszają przedsiębiorców do konkurowania w oparciu o trudne do porównania parametry pozacenowe, które mogą nieproporcjonalnie faworyzować ugruntowanych operatorów rynkowych[57].

Niektórzy autorzy jednak zwracają uwagę, że udostępnianie danych przez użytkowników nie jest równoznaczne z dostarczaniem produktu w zamian za możliwość korzystania z wyszukiwarek lub funkcji sieci społecznościowych. W odróżnieniu od tradycyjnych transakcji gospodarczych, użytkownicy jako „dostawcy danych" nie mają kontroli nad ilością i rodzajem informacji, które przekazują ani nie mogą decydować, co otrzymają w zamian. Zamiast tego, to dostawcy usług internetowych jednostronnie ustalają, jakie dane będą zbierane, i narzucają użytkownikom swoje warunki (na zasadzie: „*weź lub zostaw*", ang. "*take it or leave it*"). W związku z tym interakcja pomiędzy użytkownikami a dostawcami usług wydaje się być bardziej formą jednostronnego pozyskiwania informacji, niż równoprawną transakcją gospodarczą[58].

1.2. Konkluzje

Rynki cyfrowe stanowią dynamiczne i niejednolite środowisko, w którym współistnieje wiele modeli biznesowych i rynków produktowych. Charakteryzują się one wysokim stopniem innowacyjności, a także obecnością zjawisk takich jak korzyści skali, efekt sieciowy i kluczowe znaczenie danych. Te elementy tworzą unikalne warunki rynkowe, które różnią się od tradycyjnych rynków i wymagają odrębnej analizy. W szczególności rynki cyfrowe często wykazują tendencję do tworzenia silnie skoncentrowanych struktur rynkowych, gdzie niewielka liczba dużych operatorów platform internetowych zdobywa dominującą pozycję. Ta koncentracja jest częściowo wynikiem korzyści skali, gdzie koszty stałe są wysokie, ale koszty

[56] Zob. szerzej: K. Śledziewska, K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020, s. 127-128.
[57] Raport Stiglera, s. 55; Raport Furmana, s. 22.
[58] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 80.

krańcowe zbliżają się do zera, a także efektu sieciowego, który sprawia, że wartość platformy rośnie wraz z liczbą jej użytkowników. W efekcie nowi gracze na rynku stają przed wysokimi barierami wejścia.

Innym charakterystycznym elementem rynków cyfrowych jest rosnące znaczenie danych. Platformy internetowe, które dysponują większą ilością danych, mają przewagę konkurencyjną, pozwalającą na lepsze dostosowanie usług do potrzeb użytkowników oraz ulepszanie funkcjonalności platformy. Zgromadzone dane są kluczowe zarówno dla indywidualnego dopasowania oferty, jak i dla zrozumienia ogólnych trendów i zachowań użytkowników.

Rynki cyfrowe charakteryzują się także oferowaniem „darmowych" usług, gdzie użytkownicy nie płacą bezpośrednio za korzystanie z platformy, ale „płacą" swoją uwagą i danymi osobowymi. Ta wymiana wartości pomiędzy platformami a użytkownikami jest złożona i trudna do oceny w tradycyjnych kategoriach finansowych opierających się na analizie ceny.

2. Modele oraz strategie biznesowe platform internetowych

Różnorodne produkty i usługi są obecnie dostarczane za pośrednictwem platform internetowych. Platformy te zazwyczaj działają jako rynki dwu lub wielostronne, których charakter i wymiar należy uwzględniać przy stosowaniu prawa konkurencji i regulacji sektorowej. W ostatnich latach jest to temat szeroko dyskutowany w kręgach eksperckich i akademickich[59] oraz w praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych[60].

W niniejszej części pracy doktorskiej poszukiwana będzie odpowiedź na pytanie, czym jest model biznesowy platform internetowych, a także jakie są strategie biznesowe przedsiębiorców wykorzystujących ten model biznesowy. Przedstawione zostaną różne role pełnione przez platformy internetowe, istotne z perspektywy przedmiotu pracy doktorskiej, a także

---

[59] Zob. np.: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paryż 2018, https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**OECD 2018**"); Bundeskartellamt, *Working Paper The Market Power of Platforms and Networks Executive Summary (2016)*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/OECD_2022_Competition_Committee_Concept_Market_Power_Digital_Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**Raport Bundeskartellamt nt. siły platform**"); KE, *Support study accompanying the Commission Notice on the evaluation of the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, Bruksela 2021, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/kd0221712enn_market_definition_notice_2021_1.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.)(dalej: „**Raport KE nt. wyznaczania rynku właściwego**"); D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, „Competition Policy International" 2007, nr 1.

[60] Zob. np.: decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*; Decyzja Bundeskartellamt z 22.10.2015 r. w sprawie B6-57/15, *Elite Partner*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2016/B6-57-15.pdf;jsessionid=41A2F438B04497B761EE73D05B38F91A.2_cid387?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023).

scharakteryzowane zostaną przykłady takich modeli biznesowych. Analizie poddane zostaną strategie operatorów platform internetowych dotyczące wykorzystywania i rozszerzania siły rynkowej, w szczególności polegające na tworzeniu cyfrowych ekosystemów.

2.1. Definicja platform internetowych

Złożony charakter pojęcia „platforma internetowa" sprawia, że trudno jest przyjąć jednolitą i akceptowaną powszechnie definicję tego zjawiska gospodarczego[61]. Wyzwaniem jest przyjęcie definicji, która byłaby precyzyjna, a jednocześnie uniwersalna, zwłaszcza w kontekście dynamicznie zmieniającego się wykorzystania Internetu oraz różnorodności modeli biznesowych w sektorze cyfrowym.

Różnorodność platform internetowych, obserwowana w kontekście ich działalności, sektora, modelu biznesowego oraz wielkości, jest znacząca. Platformy internetowe obejmują zarówno niewielkie strony internetowe o zasięgu lokalnym, jak i globalne korporacje generujące miliardowe przychody. Platformy te oferują szeroki zakres usług, w tym wyszukiwarki internetowe (takie jak Google, Yahoo, Bing), internetowe platformy handlowe (eBay, Booking.com, Allegro, Amazon), platformy do udostępniania wideo (na przykład YouTube), sieci społecznościowe (takie jak Facebook, Twitter), platformy ekonomii współpracy (AirBnB, Uber, BlaBlaCar) oraz gry online (na przykład Steam). Wszystkie te platformy łączą kluczowe cechy, takie jak wykorzystanie technologii informacyjno-komunikacyjnych do ułatwienia interakcji między użytkownikami, gromadzenie i przetwarzanie danych o tych interakcjach, oraz generowanie efektów sieciowych. To właśnie efekty sieciowe sprawiają, że platformy z większą bazą użytkowników są bardziej wartościowe dla innych użytkowników, ponieważ zapewniają szersze możliwości interakcji i wymiany, co zostało przedstawione w pkt I.2.1.1.1 pracy doktorskiej.

[61] Nie ma zgody co do jednej definicji platform internetowych, ponieważ jednoznaczna definicja byłaby zbyt wąska lub odwrotnie, miałaby zastosowanie do bardzo szerokiego zakresu usług internetowych. Odzwierciedla to dyskusja podczas prac Izby Lordów; House of Lords, European Union Committee, *Defining 'online platforms', Online Platforms and the Digital Single Market* (2016), https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldeucom/129/12906.htm#footnote-524 (data dostępu: 14.01.2023 r.)(dalej: „**Raport Izby Lordów**"). Podobnie w literaturze wskauje się, że: „*Właściwe zdefiniowanie platform jest nie tylko ćwiczeniem akademickim: (...) Zbyt szeroka definicja platform groziłaby przeszacowaniem ich wpływu na gospodarkę i niemożnością uchwycenia ich specyfiki jako modelu biznesowego*". .: K. Śledziewska, K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020, s. 98.

Pierwsze zastosowanie pojęcia platformy w literaturze z zakresu zarządzania wiązało się z koncepcją „platformy produktu”[62], pochodzącą z projektowania inżynierskiego[63]. W tej koncepcji platformy definiowano jako specyficzne, modułowe architektury produktów[64]. Z kolei w literaturze ekonomicznej wykształciło się odrębne rozumienie tego terminu jako rynków dwu- lub wielostronnych, które ułatwiają wymianę i umożliwiają bezpośrednie transakcje między różnymi grupami konsumentów (członkami tzw. „stron” platformy), którzy inaczej nie mieliby możliwości dokonywania transakcji[65]. Zostanie to szczegółowo przeanalizowane w pkt I.2.1.1 pracy doktorskiej.

W literaturze dotyczącej zarządzania platformy definiuje się z kolei jako model biznesowy. Tradycyjny model dystrybucyjny (hurtowy) ma charakter liniowy i układa się w wertykalny ciąg podmiotów gospodarczych, łącząc grupy producentów z hurtownikami i detalistami[66]. Natomiast niektóre rodzaje usług (np. lotnicze, turystyczne, ubezpieczeniowe) świadczone są przez agentów, którzy pośredniczą przy zawieraniu umów pomiędzy danym przedsiębiorcą a nabywcą (tzw. model agencyjny). Rozwój Internetu zrewolucjonizował niniejsze sposoby świadczenia dóbr i usług. Nie jest on jedynie nowym kanałem sprzedaży, który umożliwił przeniesienie fizycznych sklepów do nowej wirtualnej rzeczywistości. Pozwolił również

---

[62] W literaturze często używa się pojęcia platform w odniesieniu do specyficznej technologii, nad którą nadbudowują się inne elementy. Oprócz platformy produktowej, przywołuje się również inne pojęcia z tym związane jak: platforma obliczeniowa, platforma przemysłowa. Zob.: K. Śledziewska, K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020, s. 99.

[63] Koncepcja ta została wprowadzona w latach 90. XX wieku i dotyczyła tworzenia modułowych systemów projektowania produktów, które umożliwiały efektywniejszą produkcję i personalizację ofert dla różnych segmentów rynku. W tej koncepcji, „platforma produktu” jest zdefiniowana jako zbiór wspólnych elementów, części lub technologii, które są używane w serii różnych produktów. Pozwala to przedsiębiorstwom na oszczędności skali i zakresu, jednocześnie umożliwiając szybką adaptację do zmieniających się potrzeb rynku poprzez modyfikację lub dodawanie specyficznych funkcji i cech do podstawowej platformy produktu. Jednym z pionierów tej koncepcji byli Marc H. Meyer i Alvin P. Lehnerd, którzy w swojej książce “The Power of Product Platforms” z 1997 roku opisali, jak przedsiębiorcy mogą wykorzystywać platformy produktowe do tworzenia nowych produktów i zdobywania przewagi konkurencyjnej. M. H. Meyer, A.P. Lehnerd, *The Power of Product Platforms,* Nowy Jork 1997.

[64] Chociaż platformy internetowe nie są „platformami produktu” w tradycyjnym sensie, korzystają z modułowości i skalowalności w projektowaniu swoich systemów informatycznych. Zarówno w tradycyjnych platformach produktów, jak i w cyfrowych platformach internetowych, istotne jest tworzenie wartości poprzez wykorzystanie wspólnych fundamentów (np. technologii, infrastruktury) do obsługi różnorodnych potrzeb i aplikacji.

[65] Chociaż biznesy wielostronne istnieją już od dłuższego czasu, to dopiero około 2002 roku zostały dostrzeżone jako reprezentujące szczególny typ branży, który zasługuje na specjalną uwagę ze strony organów ochrony konkurencji. Kilku naukowców przyczyniło się do rozwoju tego pojęcia, ale termin „rynek dwustronny” został wprowadzony przez J.-C. Rocheta i J. Tirole’a (zob.: J.-C. Rochet, J. Tirole, *Cooperation among Competitors: Some Economics of* Payment Card Associations, “The RAND Journal of Economics” 2002, nr 4, s. 549; idem, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, “Journal of the European Economic Association” 2003, nr 4, s. 990; idem, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, “The RAND Journal of Economics” 2006, nr 3, s. 645). M. Armstrong używa tego samego terminu (zob.: M. Armstrong, *Competition in Two-Sided Markets*, “The RAND Journal of Economics” 2006, nr 3, s. 668), podczas gdy D. S. Evans i R. Schmalensee używają terminu „platformy wielostronne”, aby odróżnić przedsiębiorstwa obsługujące kilka grup klientów od rynków, na których konkurują (D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, “Competition Policy International” 2007, nr 1, s. 152-153).

[66] W tradycyjnym modelu przedsiębiorcy tworzą wartość, kontrolując liniową serię działań (łańcuch wartości). Dostarczone na początku łańcucha materiały lub półprodukty są poddawane serii kroków przetwarzania, które przekształcają je w finalny produkt o wyższej wartości. M. W. Van Alstyne, G. G. Parker, S. P. Choudary, *Pipelines, Platforms and the New Rules of Strategy*, “Harvard Business Review” 2016.

stworzyć platformy internetowe, a w tym jedne z największych i najszybciej rozwijających się przedsiębiorstwa ostatnich dziesięcioleci[67].

Tworzenie wartości przez przedsiębiorców niewykorzystujących modelu platform zwykle przebiega liniowo przez cały łańcuch dystrybucji od produkcji do klienta końcowego, gdzie każde ogniwo w łańcuchu dodaje określoną jednostkę wartości przed dalszą sprzedażą. Z kolei tworzenie wartości w przypadku platform następuje po udanym dwu- lub wielostronnym związku, w którym wartość dodana platformy polega na umożliwieniu interakcji między dwiema (lub więcej) odrębnymi grupami klientów[68]. Niektóre najważniejsze zalety tego modelu zostały przedstawione w poniższej tabeli 1.

Tabela 1 – zalety platform internetowych

Zaleta platformy internetowej	**Wyjaśnienie**	**Przykłady platform internetowych**
Uproszczenie transakcji biznesowych		
Dostępne informacje	Wiele modeli biznesowych platform internetowych koncentruje się na dostarczaniu informacji, które są łatwo i szybko dostępne, ponieważ znajdują się w sieci.	Wyszukiwarki internetowe (Google, Bing)
Łatwa komunikacja i interakcja	Internet ułatwia komunikację i interakcję, często na dużych odległościach. Mechanizmy komunikacyjne są kluczową częścią wielu platform internetowych.	Sieci (serwisy) społecznościowe (Facebook, Instagram)
Lepsze dopasowanie popytu i podaży	Platformy internetowe są łatwo dostępne i proste w użyciu. W ten sposób przyciągają dużą liczbę użytkowników i są w stanie lepiej dopasować popyt do podaży.	Platformy *e-commerce* (Amazon, Ebay)
Tworzenie możliwości		
Zwiększony wybór	Platformy internetowe zapewniają przegląd produktów i usług, często obejmując każdą możliwą opcję. To stwarza przestrzeń do rozwijania i oferowania jeszcze większej liczby wyborów, ponieważ konsumenci są łatwiej osiągalni niż w świecie fizycznym.	Sklepy z aplikacjami (App Store, Google Play)
Tworzenie nowych rynków i możliwości biznesowych	Cyfryzacja ogólnie i koncepcja platformy internetowej w szczególności oferują ogromną przestrzeń do innowacji dzięki nowym (technologicznym) możliwościom.	Platformy ekonomii współdzielenia (Airbnb, Uber)
Obniżenie cen i kosztów		
Przejrzystość cen	Ceny są łatwo dostępne w Internecie i łatwe do porównania.	Porównywarki cenowe (Ceneo, Google Shopping)
Niższe ceny	Dostęp do i porównanie cen utrudnia oferowanie porównywalnego produktu po wyższej cenie niż konkurencja. Wynikają z tego bardziej konkurencyjne, możliwie niższe ceny.	Specjalistyczne narzędzia wyszukiwania (wyszukiwarki wertykalne – Booking)
Zwiększona konkurencja	Niektóre platformy internetowe wchodzą na rynki, które przez długi czas były zdominowane przez kilku przedsiębiorców. Wykorzystując swój unikalny model biznesowy na swoją	Platformy ekonomii współdzielenia (Uber)

[67] D. S. Evans, R. Schmalensee, *Kod katalizatora. Strategie najbardziej dynamicznych firm świata*, Warszawa 2010.
[68] J.-Ch. Rochet, J. Tirole, *Two-sided markets: a progress report*, "The RAND Journal of Economics" 2006, nr 3, s. 645.

Zaleta platformy internetowej	Wyjaśnienie	Przykłady platform internetowych
	korzyść są w stanie zwiększyć konkurencję na tych rynkach, co może prowadzić do obniżenia cen.	
Niższy koszt dostępu do konsumentów	Platformy internetowe zapewniają dostęp do dużej liczby konsumentów przy niewielkich kosztach, ponieważ koszty ponoszone przez platformę są znacznie niższe niż w świecie fizycznym	Porównywarki cenowe, platformy *e-commerce*, platformy rynkowe

Źródło: opracowanie własne na podstawie: V. Demary, *The platformization of digital markets: Comments on the public consultation of the European Commission on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, "IW Policy Paper" 2015, nr 39, s. 6-8.

Jak wskazano w powyższej tabeli 1, modele biznesowe platform internetowych oferują szereg kluczowych zalet, które znacząco upraszczają i optymalizują transakcje biznesowe. Są nimi m.in. łatwiejszy dostęp do informacji i ułatwiona komunikacja dzięki sieciom społecznościowym i wyszukiwarkom internetowym, co jednocześnie przyspiesza i ułatwia transakcje. Ponadto, platformy te poszerzają możliwości wyboru produktów i usług oraz stwarzają nowe okazje biznesowe, co jest efektem rosnącej cyfryzacji i innowacji technologicznych. Kluczową korzyścią jest również obniżenie cen i kosztów, dzięki większej przejrzystości cen i zwiększonej konkurencji, co prowadzi do niższych cen i mniejszych kosztów dostępu do konsumentów.

2.1.1. Platformy jako rynki dwustronne

Wiele definicji platform internetowych kładzie nacisk na ich dwustronny (wielostronny) charakter. W publicznych konsultacjach KE zostały one zdefiniowane jako przedsiębiorstwa[69] działające na dwustronnych rynkach, które korzystają z Internetu w celu umożliwienia interakcji między dwiema lub większą liczbą odrębnych, ale współzależnych grup użytkowników, w celu wygenerowania wartości dla co najmniej jednej grupy [70]. W Zawiadomieniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., wskazano, że „*Platformy wielostronne wspierają interakcje między różnymi grupami użytkowników, tworząc sytuację, w której popyt jednej grupy użytkowników ma wpływ na popyt pozostałych grup. W tej sytuacji reakcja jednej grupy na zmianę warunków podaży może wpłynąć również na pozostałe grupy, co z kolei przyczynia się do wygenerowania*

[69] Należy jednak zaznaczyć, że definiowanie platformy internetowej jako przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa) jest pewnym skrótem myślowym. Dla zachowania precyzji w pracy doktorskiej używane będzie określenie „przedsiębiorca wykorzystujący model biznesowy platformy internetowej" lub „operator platformy internetowej". Termin „platforma internetowa", w myśl wskazanej definicji, to natomiast model biznesowy działający na dwustronnych (lub wielostronnych) rynkach, który wykorzystuje Internet do umożliwienia interakcji między dwoma lub więcej różnymi, ale wzajemnie zależnymi grupami użytkowników, aby wygenerować wartość dla wszystkich tych grup.

[70] KE, *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, Bruksela 2015, s. 6.

reakcji zwrotnych między poszczególnymi stronami platformy, tj. pośrednich efektów sieciowych. Platformy zazwyczaj internalizują te pośrednie efekty sieciowe pomiędzy różnymi grupami przy ustalaniu swoich warunków podaży" [71]. Podobnie, krajowe organy ochrony konkurencji przyjmują, że przedsiębiorcy są uznawani za platformę, jeśli świadczą usługi pośrednictwa umożliwiające bezpośrednią interakcję[72] między dwiema lub większą liczbą odrębnych grup użytkowników, które łączy pośredni efekt sieciowy (tj. gdy liczba użytkowników po jednej stronie platformy wpływa na użyteczność użytkowników po jej drugiej stronie)[73].

Ekonomiczne aspekty rynków dwustronnych po raz pierwszy były poruszone m.in. przez D. S. Evansa oraz R. Schmalensee'a[74]. Podobnie jak w przypadku powyżej podanych definicji, wskazywali oni, że przedsiębiorstwa działające na rynkach dwustronnych (tzw. platformy dwustronne) świadczą swoje usługi dwóm odrębnym grupom podmiotów, pomiędzy którymi można zidentyfikować pośredni efekt sieciowy. J. C Rochet i J. Tirole podkreślali znaczenie efektów zewnętrznych, które mogą powstać, gdy użytkownik po jednej stronie platformy dba o liczbę użytkowników po drugiej stronie. Zwracali oni także uwagę, jak się zachowują wówczas ci użytkownicy, np. jak intensywnie korzystają z platformy[75]. W opinii tych autorów, istotnym elementem definiowania platform jest oplata określana dla obu stron platformy oraz występowanie międzyplatformowych efektów dobrobytu[76].

Platformy internetowe, będące przedsiębiorstwami działającymi na rynku dwustronnym, mogą zostać porównane do centrów handlowych działających w trybie online, gdzie dochodzi do spotkania między sprzedawcami a kupującymi (tj. stronami)[77]. Z tego względu ekonomiści definiują platformy jako podmioty, które kontaktują ze sobą użytkowników. Przykładowo,

---

[71] Zob.: Komunikat KE, *Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji*, Dz. U. C/2024/1645 z 22.02.2024 r., pkt 94 (dalej: „**Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r.**").

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

[73] Zob.: Raport Bundeskartellamt nt. siły platform, s. 2.

[74] D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, „Competition Policy International" 2007, nr 3, s. 152.

[75] J. C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, "Journal of the European Economic Association" 2003, nr 4, s 990-1029.

[76] Zob. szerzej: D. Aziewicz, J. Górka, T. Skoczny, *Ekspertyza naukowa. Analiza antymonopolowa w przypadku koncentracji przedsiębiorców na rynkach dwustronnych*, Warszawa 2015, https://cars.wz.uw.edu.pl/images/badania/54/Ekspertyza.docx (data dostępu: 14.01.2023), s. 17; D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Free*, "Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics" 2011, nr 555, s. 7-13.

[77] Wskazuje się, że kluczowe dla działalności takich przedsiębiorców jest zapewnienie wspólnej, wirtualnej przestrzeni spotkań oraz ułatwienie interakcji pomiędzy dwoma grupami klientów. Zob. D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, „Competition Policy International" 2007, nr 3, s. 152.

strony internetowe służące do rezerwacji hotelowych to platformy dwustronne umożliwiające kontakt między podróżnymi i hotelami. Platforma handlowa, taka jak Amazon czy Ebay, to platforma dwustronna pozwalająca na kontakt między kupującymi i sprzedającymi. W obu podanych przypadkach platformy te robią jednak więcej niż same umożliwianie kontaktu – świadczą również usługi ułatwiające przeprowadzenie transakcji, są to tzw. platformy transakcyjne. Ponadto platformy internetowe tworzą wartość dla swoich użytkowników, używając zasobów, których nie posiadają i nie kontrolują. Podstawową rolą danej platformy jest przez to służenie swoim użytkownikom, których aktywność i interakcje (np. komentarze, rezerwacje czy zakupy) pośrednio przekładają się na wartość całej platformy.

Platformy – w porównaniu z innymi pośrednikami – zmniejszają koszty transakcyjne oraz dokonują internalizacji efektów zewnętrznych, pozwalając dwóm grupom użytkowników czerpać korzyści z efektów sieciowych. Platforma dwustronna zapewnia miejsce spotkania stronom, które łączą wzajemne powiązane interesy. Z tego względu można stwierdzić, że platformy te jednocześnie działają jako pośrednicy lub usługodawcy. Rynki dwustronne charakteryzują się więc specyficzną strukturą, na którą składają się jedna platforma oraz dwie odrębne grupy klientów[78].

Niektóre przedsiębiorstwa z branży cyfrowej nie są platformami w rozumieniu opisanym powyżej (choć często określa się je jako platformy w innym kontekście). Wykorzystują one Internet lub inne technologie cyfrowe do świadczenia usług swoim klientom. Na przykład Netflix kupuje lub tworzy materiały wideo i rozpowszechnia je przez Internet samodzielnie oraz na podstawie umów z dostawcami Internetu[79]. Amazon z kolei na początku działalności wykorzystywał Internet, by zbierać zamówienia na swoje książki, rozwinął się jako (głównie) sprzedawca różnych towarów[80].

2.1.1.1. Efekty sieciowe występujące między użytkownikami platform

Pośredni efekt sieciowy występujący pomiędzy stronami platformy internetowej polega na tym, że liczba użytkowników po jednej stronie platformy wpływa na użyteczność użytkowników po

[78] D. S. Evans, R. Schmalensee, *Markets with Two-Sided Platforms*, "Competition Policy International" 2008, nr 1, s. 667 i nast.
[79] Wielostronność wydaje się być arbitralną cechą, na którą powinna być skierowana regulacja, ponieważ przedsiębiorstwa mogą z łatwością przejść z bycia jednostronnymi do wielostronnych i odwrotnie. Netflix – często określany jako platforma cyfrowa – oferuje swoje usługi tylko użytkownikom końcowym. Aktualnie jest to więc usługa jednostronna, lecz gdyby zmienił swój model przychodów i finansował swoje treści poprzez reklamy zamiast opłat abonamentowych, stałby się platformą dwustronną. Należy wziąć pod uwagę, czy taka zmiana modelu przychodów powinna być decydująca przy określaniu, czy dany cyfrowy podmiot podlega regulacji. O. Lynskey, *Regulating 'Platform Power'*, "LSE Law, Society and Economy Working Papers" 2017, nr 1, s. 5.
[80] K. Śledziewska, K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020, s. 101.

jej drugiej stronie. Innymi słowy, im większa liczebność obu tych grup, tym większy jest pośredni efekt sieci[81]. Zjawisko to oznacza, że wartość platformy wzrasta wraz ze wzajemnym wzrostem jej użytkowników. Pomiędzy popytami stron występuje wzajemna zależność, co z kolei wymaga zachowania między nimi odpowiednich proporcji[82]. Przykładowo, w przypadku platformy handlu elektronicznego sprzedawcy są bardziej skłonni korzystać z danej platformy, gdy posiada ona wielu potencjalnych kupujących. Z kolei liczba kupujących zwiększa się, gdy mają oni duży wybór dóbr i usług, a więc gdy platforma świadczy swoje usługi wielu sprzedawcom[83].

Jako przykład na występowanie pośredniego efektu sieciowego 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 usług[84]. 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.

Z uwagi na występowanie pośredniego efektu sieciowego oraz zazwyczaj różną cenową elastyczność popytu po stronie uczestników platformy, przedsiębiorstwa działające na rynku dwustronnym muszą przyjąć odpowiednią strukturę cenową za korzystanie ze swoich usług. Jako przykład można podać model biznesowy platform handlowych oraz aukcji internetowych. W przypadku tych platform wzrost wzajemnych dopasowań stron, tj. sprzedawców i kupujących, a co za tym idzie liczba udanych transakcji, jest uzależniony od jednoczesnego i proporcjonalnego wzrostu liczby sprzedawców i kupujących[85]. W związku z tym, grupa

[81] 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.

[82] T. Doligalski, *Platformy wielostronne: istota i rozwój relacji z klientami*, „e-mentor" 2013, nr 1, s. 63–73.

[83] Bardziej niż liczbą sprzedających, konsumenci są zainteresowani liczbą oferowanych produktów oraz cenami, po jakich są sprzedawane. Wzrost liczby sprzedających zwykle zwiększa różnorodność produktów i dzięki większej konkurencji między sprzedającymi prowadzi do obniżenia cen.

[84] 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" 2003, nr 2, s. 309-328.

[85] D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, „Competition Policy International" 2007, nr 3, s. 155.

kupujących, która często wykazuje większą wrażliwość na zmiany cen, może być faworyzowana przez operatora platformy poprzez zwolnienie jej z opłat za korzystanie z platformy. Taka strategia ma na celu zwiększenie popytu na określone produkty lub usługi[86].

W przeciwieństwie do rynków jednostronnych, na rynkach dwustronnych cena nie jest kształtowana wyłącznie na podstawie kalkulacji kosztów jednostkowych przedsiębiorcy, które zwykle maleją z każdą dodatkowo wyprodukowaną jednostką produktu, zgodnie z korzyściami skali[87]. Na rynkach dwustronnych 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[88].

2.1.1.2. Rodzaje platform internetowych z perspektywy zachodzących interakcji

Istnieje wiele rodzajów platform dwustronnych, a presja konkurencyjna, którą doświadczają może być różna w przypadku odmiennych modeli biznesowych platform. W praktyce wielostronny charakter platform internetowych przekłada się na ułatwienie jakiejś formy kojarzenia (dopasowywania) interakcji pomiędzy ich różnymi odrębnymi grupami klientów. Interakcje na platformach można podzielić na dwie główne kategorie: unilateralne oraz bi- lub multilateralne[89]. Sposób ich monetyzacji zależy od wartości, jaką operator platformy pragnie dostarczyć użytkownikom z określonej strony platformy. Z perspektywy zachodzących na nich interakcji można wyróżnić platformy dopasowujące (w tym platformy umożliwiające przeprowadzenie transakcji) – zapewniające kojarzenie bi- lub multilateralne – oraz platformy zapewniające „publiczność" – zapewniające dopasowanie jednostronne[90]. Dopasowanie jednostronne występuje, gdy dwie grupy użytkowników platformy są ze sobą łączone, ale tylko jedna grupa aktywnie dąży do dopasowania. Z kolei dopasowanie bi- lub multilateralne ma miejsce, gdy platformy łączą członków dwóch lub więcej grup klientów, przy czym wszystkie zaangażowane strony są zainteresowane interakcją[91].

---

[86] D. Zimmer, M. Blaschczok, *Most-favoured-customer clauses and two-sided*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2014, nr 4, s. 188-189.

[87] W mikroekonomii korzyści skali (ang. *economies of scale*) oznaczają redukcję kosztów jednostkowych płynących z produkcji masowej (czyli wzrostem produkcji). Zob. szerzej: K. Śledziewska, K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020, s. 116-117.

[88] Por.: S. Behringer, L. Filistrucchi, *Areeda-Turner in Two-Sided Markets*, "CentER Discussion Paper Series" 2014, nr 38, s. 20-21.

[89] Raport Bundeskartellamt nt. siły platform, s. 3.

[90] Zob. m.in: F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 22-26; I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 59-60; Raport Bundeskartellamt nt. siły platform, s. 3-4.

[91] Raport Bundeskartellamt nt. siły platform, s. 3.

Dla niektórych platform dwustronnych głównym przedmiotem działalności jest pomaganie obu stronom w odnalezieniu się – są to platformy dopasowujące (kojarzeń)[92]. Jako przykład platformy transakcyjnej można podać serwisy agregujące ogłoszenia sprzedaży nieruchomości czy też porównywarki cenowe, natomiast przykładem platformy zapewniającej jednostronne dopasowania są media społecznościowe typu Facebook lub wyszukiwarki internetowe[93]. Wartość wyszukiwarki lub sieci społecznościowej 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 na platformie Facebook lub w wynikach wyszukiwania Google. Z kolei YouTube zapewnia zarówno dopasowania jednostronne (reklamy wyświetlane użytkownikom), jak idwustronne polegające na łączeniu użytkowników z twórcami filmów wyświetlanych na tej platformie[94].

Niektóre platformy handlowe, np. Amazon, pomagają kupującym i sprzedającym odnaleźć się – sprzedający mają tu bardziej bierną rolę, polegającą na oferowaniu towarów i cen, natomiast kupujący – bardziej aktywną, polegającą na wyszukiwaniu. Platformy te oferują również usługi ułatwiające przeprowadzenie transakcji, od zarządzania „koszykiem" i systemem płatności, poprzez pomoc logistyczną, aż po oferowanie gwarancji konsumentom. Platformy zapewniające publiczność (platformy reklamowe) są finansowane głównie poprzez zapewnienie przestrzeni dla reklam, na które mogą zwrócić uwagę ich użytkownicy[95]. Platformy reklamowe działają na zasadzie świadczenia bezpłatnych usług na rzecz konsumentów w zamian za zgodę na gromadzenie ich danych. Następnie sprzedają przedsiębiorcom możliwość wyświetlania reklam ukierunkowanej i wysoce spersonalizowanej „publiczności" (użytkownikom danej platformy).

---

[92] Inne platformy dwustronne nie pomagają w żaden istotny sposób w dopasowaniu między dwiema stronami, zapewniają natomiast usługi wspomagające transakcje – są to np. operatorzy kart kredytowych i wiele innych przedsiębiorstw z sektora FinTech.

[93] W doktrynie pojawił się problem z określeniem, czy wyszukiwarki internetowe typu Google stanowią przykład rynku dwustronnego. W opinii F. Thépot Google jest rynkiem dwustronnym, natomiast zdaniem G. Luchetta – nie jest. F. Thépot, *Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, „World Competition" 2013, nr 2, s. 200-203; G. Luchetta, *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*, "Journal of Competition Law & Economics" 2012, nr 4, s. 185-207. Google oraz Facebook Google są rynkami dwustronnymi, ale przejawia cechy specyficzne – zapewniają one dopasowania jednostronne. Zob.: A. Szmigielski, *Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2016, nr 6, s. 196.

[94] Różnicę między tymi dwoma typami interakcji dopasowani (jedno-, bi- lub multilateralnych) odzwierciedla kierunek i charakter (pozytywny lub negatywny) pośrednich efektów sieciowych, które są nieodłącznie związane z platformami internetowymi stron, które łączą. Można to zaobserwować w przypadku platform do rezerwacji hoteli, takich jak Booking.com. Im więcej hoteli uczestniczy w platformie, tym więcej klientów przyciągnie i odwrotnie. W przypadku jednostronnych interakcji dopasowujących pośredni efekt sieciowy będzie jednak pozytywny tylko dla jednej lub kilku grup klientów, które łączą.

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

2.1.2. Platformy jako usługodawcy (pośrednicy)

Operatorzy platform internetowych przyjmują dwie zasadnicze role – jako usługodawcy oraz pośrednicy. Pełniąc funkcję usługodawcy, platforma internetowa bezpośrednio dostarcza swoje usługi użytkownikom. Obejmuje to szeroki zakres możliwości, od hostingu treści, poprzez narzędzia komunikacyjne, aż po usługi strumieniowania. W tym kontekście pojęcie „platforma internetowa" odnosi się do różnorodnych usług dostępnych w Internecie, takich jak pośrednictwo w sprzedaży na platformach *e-commerce*, wyszukiwarki internetowe, sklepy z aplikacjami online, media społecznościowe itp.

Na mocy Rozporządzenia P2B platformy internetowe zostały określone jako „*usługi pośrednictwa internetowego*", a operator takiej platformy jako „dostawca usług pośrednictwa internetowego", którym jest przedsiębiorca (osoba fizyczna lub prawna) świadcząca lub oferująca usługi pośrednictwa dla użytkowników biznesowych (art. 2 pkt 3 Rozporządzenia P2B). Z kolei, na gruncie DMA, nie używa się pojęcia „platforma" tylko „podstawowe usługi platformowe" (CPS), do których zaliczono 10 takich usług, co zostało wyjaśnione w pkt III.1.1.2 pracy doktorskiej. Ułatwiają one interakcje między dwoma różnymi grupami użytkowników poprzez Internet. W tym kontekście, pojęcie „platforma internetowa" koncentruje się bardziej na tym, co platforma oferuje swoim użytkownikom, niż na sposobie jej działania. W zależności od rodzaju zasobu w tabeli 2 przedstawiono różnego rodzaju platformy internetowe.

Tabela 2 – podział platform internetowych ze względu na rodzaj zasobu

Rodzaj platformy internetowej	**Rodzaj zasobów (usługi podstawowe)**	**Przykład**
Wyszukiwarki ogólne (horyzontalne)	Dostęp do informacji lub treści	Google, Bing, Yahoo
Wyszukiwarki wyspecjalizowane (wertykalne)	Dostęp do informacji lub treści	TripAdvisor
Platformy handlu elektronicznego	Dostęp do towarów lub usług oferowanych przez niezależnych sprzedawców	Amazon, Allegro, eBay
Portale społecznościowe	Dostęp do danych osobowych lub prywatnych treści	Facebook, LinkedIn
Sklepy z aplikacjami	Dostęp do towarów lub usług oferowanych przez strony trzecie	Apple App Store, Google Play
Platformy gospodarki opartej na współpracy	Dostęp do towarów lub usług oferowanych przez strony trzecie	Airbnb, Uber, Taskrabbit, BlaBlaCar
Platformy udostępniania wideo	Dostęp do informacji lub treści	Youtube
Systemy płatności	Systemy płatności	PayPal, Apple Pay

Źródło: opracowanie własne na podstawie: KE, *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, Bruksela 2015, s, 5.

Jak wskazano w powyższej tabeli 2, operatorzy platform mogą świadczyć różnorodne usługi[96]. Jednocześnie jeden operator platformy internetowej (np. Amazon), oprócz usługi podstawowej (CPS) może oferować wiele różnych usług. Są one świadczone zarówno sprzedawcom (logistyka, doradztwo itp.), jak i konsumentom (gwarancje w razie sporu ze sprzedawcą, udogodnienia płatnicze dla użytkowników biznesowych itd.)[97].

Platformy często określane są również mianem cyfrowych pośredników, których funkcją jest „*łączenie lub ułatwianie transakcji między stronami trzecimi w Internecie*"[98]. Jako pośrednik, operator platformy internetowej łączy różne grupy użytkowników, np. kupujących ze sprzedającymi lub dostawców usług z ich klientami. W tej roli operator platformy nie dostarcza bezpośrednio treści ani usług, lecz umożliwia prezentowanie i oferowanie produktów lub usług pochodzących od zewnętrznych dostawców.

Jako pośrednicy, wielu operatorów platform internetowych podkreśla, że nie są właścicielami aktywów będących przedmiotem obrotu. Etsy zdefiniowało siebie jako „pośrednika", który „*pomaga kupującym i sprzedającym odnaleźć się nawzajem oraz ułatwia transakcje, ale nie produkuje żadnych produktów, nie przechowuje zapasów ani nie wysyła towarów do konsumentów*" [99]. Z kolei Airbnb oświadczyło, że zapewniło „*gospodarzom i gościom narzędzia, niezbędne do stworzenia bezpieczniejszego i bardziej zaufanego środowiska do komunikacji*"; nie „*kontroluje, nie zarządza ani nie wynajmuje tych nieruchomości – czynności te wykonują gospodarze*"[100].

W przypadku platform *e-commerce*, takich jak Amazon lub Allegro, pośrednictwo polega na zapewnieniu przedsiębiorcom miejsca, gdzie mogą wystawiać swoje produkty, a konsumentom – łatwo dostępnej przestrzeni do ich wyszukiwania i zakupu. Platforma w tej sytuacji zapewnia infrastrukturę techniczną, bezpieczeństwo transakcji oraz wsparcie w obszarze obsługi klienta. Podobnie, w przypadku usług takich jak Airbnb czy Uber, platforma łączy osoby oferujące wynajem mieszkań lub przejazdy z tymi, którzy tych usług szukają. Pośrednictwo tutaj

[96] W literaturze podkreśla się, że prawie wszystkie platformy oferują swoim użytkownikom kilka (a czasami wiele) usług. Przykładem jest platforma Open Table, służąca do rezerwowania miejsc w restauracji. Open Table dopasowuje potencjalnych gości i restauracje. Początkowo właściciel platformy miał trudności z przekonaniem restauracji do korzystania z niej. Udało się to dzięki opracowaniu oprogramowania do zarządzania rezerwacjami, które nieodpłatnie udostępniono restauratorom. Mogli z niego korzystać niezależnie od własnego systemu rezerwacji – mogła go używać np. restauracja, która przyjmowała rezerwacje przez telefon. D. S. Evans, R. Schmalensee, *Multi-sided Platforms*, [w:] *The New Palgrave Dictionary of Economics* Londyn 2017, s. 1-9.

[97] W tym kontekście, np. usługi logistyczne Amazon, na mocy DMA, nie zostały zaklasyfikowane przez KE jako CPS (usługi pośrednictwa internetowego).

[98] OECD, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, Paryż 2010, s. 9.

[99] Raport Izby Lordów, pkt 47.

[100] *Ibidem*.

obejmuje nie tylko stworzenie i utrzymanie platformy internetowej, ale również zarządzanie systemem rezerwacji, płatności oraz opinii, co jest kluczowe dla budowania zaufania między użytkownikami. Operator platformy internetowej może być zatem zdefiniowany jako „pośrednik”[101] w dostępie do informacji, treści, usług lub towarów, które zazwyczaj są tworzone lub dostarczane przez podmioty trzecie[102].

2.1.3. Platformy jako projektanci oraz nadzorcy rynków

Operatorzy platform internetowych nie tylko działają jako pośrednicy w procesie dopasowywania, ale także ustanawiają wewnętrzne zasady rządzące wszystkimi użytkownikami w ich ekosystemach[103]. Pojęcie regulacji samo w sobie jest szerokie i nieuchwytne. Zazwyczaj kojarzone jest z wykonywaniem publicznej kontroli nad prywatną działalnością, czy to poprzez konkretny zestaw poleceń, czy też szerzej, jako obejmujące wszelkie działania państwa mające na celu wpływanie na zachowania biznesowe lub społeczne[104], co zostało szerzej omówione w pkt II.1.1 pracy doktorskiej. W przypadku operatorów platform, zasady te, określane i egzekwowane przez nich, obejmują wiele aspektów: od wyglądu strony i funkcjonowania wyszukiwarki (algorytmów selekcji), po zasady płatności oraz warunki określające, co użytkownicy mogą robić na platformie. Operatorzy platform wpływają również na sposób, w jaki użytkownicy ze sobą współdziałają[105].

Chociaż operatorzy platform nie należą do strefy władzy publicznej, wprowadzają własne zasady i polityki, które określają, jak użytkownicy, w tym przedsiębiorcy, mogą ze sobą współdziałać na tych platformach. Przez ustalanie tych zasad, operatorzy ci w pewien sposób kontrolują i wpływają na zachowania ekonomiczne i społeczne w swoich ekosystemach[106]. To działanie jest jednak często niezamierzone i wynika z funkcjonowania ich modeli biznesowych oraz rodzaju oferowanych usług. Innymi słowy, operatorzy platform stają się regulatorami nie

---

[101] Pojęcie „pośrednik” nie odnosi się do umowy pośrednictwa zdefiniowanego w prawie prywatnym, lecz do kwestii ekonomicznej (modelu biznesowego).

[102] Jak wskazała Komisja, „*relacje między różnymi stronami rynku, które spotykają się za pośrednictwem platformy, są organizowane przez dostawcę platformy*”. Stwierdziła, że: „*Ta pośrednia rola nadaje platformom siłę ekonomiczną, ale w niektórych przypadkach także umożliwia kształtowanie doświadczeń klientów online w sposób spersonalizowany oraz filtrowanie tego, co klient widzi*”. KE, *Commission Staff Working Document. A Digital Single Market for Europe: Analysis and Evidence*, SWD(2015)100, Bruksela 2015, s. 53

[103] J. Jia, G.Z. Jin, L. Wagman, *Platform as a Rule Maker: Evidence from Airbnb's Cancellation Policies*, 2021, https://ssrn.com/abstract=3851754 (data dostępu: 27.11.2023 r.); Raport Crémera, s. 6.

[104] Termin ten można interpretować jeszcze bardziej obszernie, obejmując nim wszystkie mechanizmy, które oddziałują na zachowania ekonomiczne czy społeczne, niezależnie od tego, czy mają swoje źródło w sferze publicznej, czy prywatnej. R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oksford 2011, s. 3.

[105] Raport Crémera, s. 60-61.

[106] N. Dunne, *Platforms as Regulators*, SSRN 2020, s. 4, https://ssrn.com/abstract=3665007 (data dostępu: 27.11.2023 r.).

dlatego, że mają taki zamiar, ale jako efekt uboczny swojej normalnej działalności[107]. Platformy to złożone, wielostronne systemy, które zarządzają dużymi sieciami użytkowników pełniących różne role i wchodzących w interakcje na wiele sposobów. Źle zaprojektowana platforma może generować niewielką lub żadną wartość dla użytkowników oraz słabe efekty sieciowe, albo nawet nie generować ich wcale. Aby skutecznie koordynować strony platformy (cyfrowe ekosystemy), operatorzy muszą stworzyć i dostosować odpowiednią architekturę ekosystemu. Obejmuje to zarówno elementy techniczne, takie jak wymagania dotyczące interoperacyjności, jak i zasady dotyczące samej platformy, które określają stopień zaangażowania użytkowników (np. kto i na jakich warunkach może korzystać z danej platformy)[108].

Odpowiednia architektura platformy powinna: (i) zachęcać do uczestnictwa i tworzyć znaczącą wartość dla wszystkich jej użytkowników; (ii) dostarczać narzędzia i usługi, które ułatwiają interakcje przynoszące obopólne korzyści; (iii) promować pozytywne efekty sieciowe, minimalizując jednocześnie te negatywne. Dlatego operatorzy platform muszą realizować trzy kluczowe funkcje, aby zachęcić do licznych wartościowych interakcji: (i) przyciągać użytkowników, na przykład producentów i konsumentów, do platformy umożliwiającej interakcje między nimi; (ii) ułatwiać te interakcje, dostarczając odpowiednich narzędzi i tworząc zasady, które ułatwiają łączenie się oraz wartościową wymianę, a jednocześnie zniechęcać do działań niepożądanych; (iii) efektywnie dopasowywać producentów i konsumentów, wykorzystując informacje o nich w celu stworzenia satysfakcjonujących dla obu stron połączeń[109].

Cechy, które przyczyniają się do szybkiego wzrostu efektów sieciowych na platformach, mogą również stać się przyczyną ich równie szybkiego upadku. W przypadku rozwoju platform, negatywne efekty sieciowe mogą odstraszać uczestników, co w skrajnych przypadkach może doprowadzić nawet do zakończenia ich działalności Skuteczne minimalizowanie negatywnych efektów sieciowych [110] wymaga odpowiedniego zarządzania platformą [111]. Celem jest zwiększenie szans na tworzenie pozytywnych połączeń między użytkownikami, poprzez

---

[107] R. Allan, *Platforms as Regulators*, https://regulate.tech/platforms-as-regulators-6th-june-2020/ (data dostępu: 27.11.2023 r.).

[108] A. Fletcher, *Digital competition policy: Are ecosystems different?*, OECD 2020, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), s. 10.

[109] G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 38-39.

[110] Negatywne efekty sieciowe odnoszą się do możliwości, w której wzrost liczby źle zarządzanej społeczności platformy może zmniejszyć wartość wytwarzaną dla każdego użytkownika. *Ibidem*, s. 17.

[111] Termin "zarządzanie" („moderowanie") w tym kontekście odnosi się do zestawu zasad ustanowionych przez operatora platformy w celu określenia, którzy aktorzy są uprawnieni do uczestnictwa w platformie i regulowania działań takich stron podczas interakcji na platformie. Obejmuje to takie kwestie, jak otwartość, kontrola, zapewnienie jakości i możliwości wykluczenia użytkowników (lub inne kary).

zapewnienie im pozytywnych doświadczeń. Jednakże, wyzwanie stanowi fakt, że platformy internetowe angażują różne strony z często rozbieżnymi interesami. Sprawia to, że operatorom platform internetowych może być trudno zapewnić pozytywne doświadczenia z korzystania z usług pośrednictwa wszystkim swoim użytkownikom. Zarządzanie platformą ma na celu przyciąganie odpowiednich użytkowników oraz promowanie ich interakcji, co z kolei przyczynia się do wzrostu pozytywnych efektów sieciowych[112]. W związku z tym, operatorzy platform internetowych pełnią rolę „regulatorów" w systemach gospodarczych, które tworzą te platformy[113]. Operatorzy platform dwustronnych muszą nie tylko ustalać swoje ceny, ale również decydować o sposobie zarządzania interakcjami między użytkownikami oraz o rodzajach oferowanych usług[114]. Mają bezpośredni wpływ na to, jak i na jakich warunkach odbywają się transakcje między stronami trzecimi[115].

W przypadku internetowych platform handlu elektronicznego, porównywarek cenowych czy platform rezerwacyjnych, centralną rolę odgrywa algorytm dopasowywania, będący algorytmem wyszukiwania. Sugeruje on kupującym te produkty lub usługi, które najlepiej odpowiadają ich potrzebom, biorąc pod uwagę cenę. Tym samym, platformy te kształtują sposób, w jaki konsumenci podejmują decyzje zakupowe, co pozwala im wpływać na rynek. Dodatkowo, oferując sprzedawcom narzędzia do prezentacji ich towarów lub usług, platformy te umożliwiają efektywne dopasowanie oferty do popytu. Jest to niezwykle ważne, ponieważ umożliwia sprzedawcom skuteczną promocję ich produktów lub usług, co bezpośrednio przekłada się na ich sukces w cyfrowym świecie handlu. To kluczowy element ekonomii platform, który nie może być rozpatrywany wyłącznie w kontekście działania w ogólnie pojętym „interesie użytkowników", ponieważ użytkownicy z obu stron platformy mogą mieć

[112] D. Mândrescu, *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms*, Bodegraven 2022, https://hdl.handle.net/1887/3466333 (data dostępu: 14.01.2023 r.), s. 156.

[113] Można przeprowadzić analogię do klubów nocnych, które muszą wprowadzać politykę dotyczącą wejścia i pobierać opłaty za wstęp; od czasu do czasu muszą także wyrzucać nietrzeźwych bądź hałaśliwych gości. W podobny sposób platformy muszą nałożyć opłaty przynajmniej na niektórych użytkowników i czasem mogą być zmuszone odmówić współpracy lub usunąć dostawców bądź produkty o niskiej jakości lub stanowiące zagrożenie. W nawiązaniu do analogii z klubem nocnym, D. Evans określa tę możliwość – a niekiedy konieczność – dla operatora platformy do eliminowania nieodpowiednich aktorów mianem „prawa bramkarza". D. Evans, *Governing Bad Behavior by Users of Multi-Sided Platforms*, "Berkeley Technology Law Journal" 2012, nr 2, s. 1201-1250.

[114] Ten aspekt strategii platform jest często podkreślany w literaturze z zakresu zarządzania i ekonomii platform. Raport Crémera, s. 60.

[115] Na przykład, działania operatora platformy mogą wpływać na to, czy transakcja w ogóle może się odbyć, jak w sytuacji, gdy dostawca zależy od widoczności w wynikach wyszukiwania na platformie, aby dotrzeć do klientów. Platforma może również ustalać ceny, jakie dostawcy mogą naliczać swoim klientom, podobnie jak w modelu dynamicznego ustalania cen stosowanym przez serwis Uber. G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 159.

rozbieżne interesy[116]. Zatem, oprócz ustalania cen, konieczne będzie także zrównoważenie interesów obu stron platformy przy projektowaniu algorytmu dopasowywania.

Powyżej omawiana kwestia może być rozpatrywana z dwóch uzupełniających się perspektyw. Po pierwsze, operatorzy platform internetowych mogą być postrzegani jako „regulatorzy", nadzorujący ekonomiczny system, którego są gospodarzami. Po drugie, można ich również uważać za projektantów, czyli „architektów", definiujących sposób, w jaki przebiegają interakcje na ich platformach.[117]. Modernizacja platformy w celu optymalizacji interakcji prowadzi do ciągłego zmniejszania różnych kosztów ponoszonych przez grupy klientów, takich jak koszty informacji, wyszukiwania i transakcji[118].

2.2. Strategie biznesowe odnoszące się do modelu biznesowego platform internetowych

Strategia biznesowa platform internetowych, obok jej modelu biznesowego, to kluczowa kwestia, która decyduje o sukcesie lub porażce modelu biznesowego platformy. Przykładowo, w kontekście polityki cenowej, operatorzy platform internetowych muszą rozważyć wiele aspektów, takich jak: (i) czy powinni oni pobierać opłatę za dostęp do platformy; (ii) czy platforma powinna być darmowa w początkowej fazie działalności, aby przyciągnąć jak najwięcej użytkowników; (iii) jakie opłaty powinny być naliczane za transakcje realizowane na platformie; (iv) czy model subskrypcyjny jest odpowiedni dla danej platformy, (v) czy też platforma powinna generować dochody z reklam.

Polityka cenowa modelu biznesowego platform internetowych różni się od tradycyjnych modeli biznesowych, szczególnie w sektorze produkcyjnym. W modelach tradycyjnych koszt krańcowy odgrywa kluczową rolę w kształtowaniu polityki cenowej[119]. Jednak w kontekście platform internetowych koszt krańcowy jest często bliski zeru. Gdy platforma została już stworzona, dodanie nowego użytkownika (np. dołączenie kolejnego sprzedawcy na platformie *e-commerce* czy wstawienie kolejnego posta[120] na platformie społecznościowej) zwykle nie

---

[116] *Ibidem*.
[117] M. W. Van Alstyne, G. G. Parker, S. P. Choudary, *Pipelines, Platforms and the New Rules of Strategy*, "Harvard Business Review" 2016.
[118] Kluczowym elementem takiej modernizacji dla wielu platform jest wybór odpowiedniego algorytmu dopasowywania. Negatywne efekty sieciowe mogą pojawiać się, gdy wzrost liczby użytkowników, co umożliwia więcej dopasowań (np. między producentami a konsumentami), skutkuje jednocześnie trudnościami w znalezieniu najlepszego dopasowania, np. przy zastosowaniu odpowiedniego algorytmu. Przykładowo platforma randkowa musi wybierać potencjalnych partnerów do pokazania swoim użytkownikom, podczas gdy platforma oferująca nieruchomości decyduje, które z nich prezentować klientom. Musi to robić, uwzględniając wiedzę o preferencjach kupujących, na podstawie ich wcześniejszych wyszukiwań czy przekazanych informacji, takich jak zakres cenowy czy lokalizacja. Jednocześnie platforma musi brać pod uwagę interesy zarówno swoich biznesowych użytkowników (dostawców określonych produktów i usług) jak i końcowych użytkowników.
[119] Koszt krańcowy to koszt wyprodukowania jednej dodatkowej jednostki produktu. Na przykład, jeśli produkcja 100 sztuk kosztuje 1000 złotych, a produkcja 101 sztuk kosztuje 1010 złotych, koszt krańcowy wynosi 10 złotych.
[120] Tj. wpisu na portalu społecznościowym.

generuje znaczących dodatkowych kosztów dla operatora platformy. W tradycyjnych biznesach większość kosztów stanowią koszty zmienne, które rosną wraz z produkcją. Natomiast w modelu biznesowym platform internetowych dominują koszty stałe (np. koszt stworzenia platformy, rozumianej jako cyfrowej infrastruktury, strony internetowej lub aplikacji), a koszty zmienne są minimalne. Niski koszt krańcowy sprawia, że platformy internetowe są wyjątkowo skalowalne[121]. Ponieważ koszty krańcowe są bliskie zeru, operatorzy platform mogą świadczyć swoje usługi za darmo lub po bardzo niskiej cenie, licząc na zyski z innych aspektów ekosystemu platformy, takich jak reklama czy dane użytkowników.

Strategie biznesowe platform internetowych różnią się w zależności od jej fazy rozwoju. Ulegają one ewolucji wraz z upływem czasu, w odpowiedzi na zmieniające się warunki rynkowe i konkurencyjne. W początkowym etapie, aby platforma odniosła sukces, musi przyciągnąć obie jej strony. To właśnie interakcje między tymi dwiema stronami stanowią o wartości platformy. W drugiej fazie, gdy platforma staje się popularna, a jej operator uzyska siłę rynkową nad co najmniej jedną stroną platformy, przedsiębiorca ten może wykorzystać oraz rozszerzyć swoją pozycję, np. wchodząc na sąsiednie rynki oraz tworząc cyfrowe ekosystemy.

Niniejsza część pracy doktorskiej ma na celu przybliżenie złożonej problematyki strategii biznesowych platform internetowych i zidentyfikowanie kluczowych czynników wpływających na ich sukces w różnych fazach rozwoju. Analiza ta stworzy podstawy teoretyczne do zrozumienia, jak operatorzy platform internetowych wykorzystują swoją pozycję rynkową, a także jakie wyzwania związane z konkurencją i regulacją pojawiają się w miarę rozrostu ekosystemu.

2.2.1. Strategie biznesowe dotyczące początkowego etapu funkcjonowania platformy internetowej

Na wczesnych etapach wszystkie platformy (zarówno online, jak i offline) napotykają ten sam problem przy podejmowaniu decyzji o wejściu na określony rynek, a mianowicie „włączenie" wszystkich niezbędnych grup klientów (stron)[122]. Aby pomyślnie wejść na rynek, platforma

[121] W kontekście platform internetowych, „skalowalność" odnosi się do zdolności platformy do obsługi rosnącej liczby użytkowników, transakcji lub danych bez konieczności proporcjonalnego zwiększania zasobów lub kosztów. Gdy mówimy, że platforma internetowa jest „skalowalna", oznacza to, że może ona obsługiwać znacznie większą ilość ruchu bez degradacji jakości usług lub znaczącego wzrostu kosztów. G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016.

[122] Przykładowo, rynek pozbawiony sprzedawców jest równie nieatrakcyjny dla kupujących, co rynek bez potencjalnych nabywców dla sprzedawców, niezależnie od tego, czy jest to rynek cyfrowy, czy fizyczny.

musi najpierw „przekonać" co najmniej jedną stronę do przyłączenia się, zanim dołączą członkowie innych niezbędnych grup klientów. Kiedy jedna grupa klientów dołączy, staje się częścią oferty, czy innymi słowy wartości, którą platforma prezentuje, aby przyciągnąć inne potrzebne strony[123].

Kierunek i intensywność pośrednich efektów sieciowych, które występują na platformie, wpływają na cały proces decyzyjny w cyklu życia platformy. Kluczowe dla działania takich modeli gospodarczych jest zapewnienie wspólnej, wirtualnej przestrzeni spotkań i ułatwienie interakcji między dwoma grupami klientów. Platformy internetowe tworzą wartość dla swoich użytkowników, wykorzystując zasoby, które nie są ich własnością ani nie są przez nie kontrolowane[124]. Podstawową rolą danej platformy jest zatem służenie użytkownikom, których aktywność i interakcje (np. komentarze, rezerwacje, zakupy) pośrednio przekładają się na wartość całej platformy[125].

Istnieje wiele wyzwań związanych z uruchomieniem i utrzymaniem platformy. Jednym z głównych problemów jest tzw. dylemat „jajka czy kury" (ang. *chicken and egg problem*) [126]. Polega on na tym, że dostawcy chcą dołączyć do platformy, na której jest już wielu klientów, a klienci wolą korzystać z platformy, która ma wielu dostawców. Jest to klasyczny problem koordynacji, gdzie każda strona oczekuje inicjatywy od drugiej[127]. Rozwiązanie tego problemu wymaga kreatywnych strategii. Dlatego niektóre platformy oferują początkowe dotacje dla dostawców lub użytkowników. Przykładem może być Uber, który początkowo oferował promocje i zniżki dla kierowców i pasażerów[128]. Wartość platformy dla użytkowników wzrasta wraz z liczbą użytkowników obu stron, co nazywane jest efektem sieciowym. Dlatego też wiele

---

[123] D. Mândrescu, *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms*, Bodegraven 2022, https://hdl.handle.net/1887/3466333 (data dostępu: 14.01.2023 r.), s. 152.

[124] Jak to obrazowo określono w literaturze: „*Facebook, najpopularniejszy na świecie właściciel środków masowego przekazu, nie tworzy żadnej treści, a Alibaba, najbardziej wartościowy sprzedawca, nie posiada żadnych magazynów*". K. Kanton, J. Łukawski, Sz. Murek, *Rynek uwagi: pojęcie i wyzwania przy antymonopolowej ocenie koncentracji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8, s. 17.

[125] A. Szmigielski, *Regulacja nieuczciwych i nietransparentnych praktyk handlowych w relacji między użytkownikami biznesowymi a platformami – znaczenie prawa antymonopolowego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2020, nr 9, s. 47

[126] B. Caillaud, B. *Jullien, Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, "The Rand Journal of Economics" 2003, nr 2, s. 309- 328.

[127] W szczególności ekonomiści Jean-Charles Rochet i Jean Tirole w sposób znaczący przyczynili się do badania ekonomii platform dwustronnych. Ich prace pomogły zrozumieć, jak platformy mogą kształtować swoją politykę cenową w odpowiedzi na interakcje pomiędzy obiema stronami rynku. Zob.: J.-C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, "Journal of the European Economic Association" 2003, nr 4, s. 990-1029; J.-C. Rochet, J. Tirole, *Two-sided markets: A progress report*, "The RAND Journal of Economics" 2006, nr 3, s. 645-667.

[128] Niektóre platformy starają się samodzielnie dostarczyć wartość zarówno dla dostawców, jak i konsumentów, zanim osiągną masę krytyczną. Przykładem mogą być tzw. rozwiązania hybrydowe, tj. sytuacje, w których operatorzy platformy zaczynają działalność jako rynki jednostronne, a następnie przechodzą na model dwustronny. Przykładem może być przedsiębiorca, który zaczyna od sprzedaży własnych produktów *online*, a następnie po osiągnięciu pewnej popularności otwiera się dla zewnętrznych sprzedawców (np. Amazon).

platform na początku oferuje swoje usługi za darmo lub z dużymi zniżkami, aby przyciągnąć jak najwięcej użytkowników, po czym wprowadza strategie monetyzacji, gdy osiągnie odpowiednią skalę działalności.

W wielu modelach platformowych jedna ze stron jest bardziej „wartościowa" niż druga[129]. Przykładem może być platforma Uber, gdzie na początku subsydiowano kierowców, aby zachęcić ich do dołączenia. Gdy liczba kierowców wzrosła, platforma stała się bardziej atrakcyjna dla pasażerów. Darmowe usługi i subsydiowanie jednej ze stron platformy to strategie często stosowane w celu przyciągnięcia użytkowników i osiągnięcia masy krytycznej, co jest kluczem do sukcesu wielu platform internetowych. Subsydiowanie jednej strony platformy jest więc jednym z głównych narzędzi stosowanych w celu przyspieszenia wzrostu i rozwoju platform dwustronnych. Polega to na tym, że jedna strona (na przykład dostawcy) otrzymuje zachęty finansowe lub inne korzyści, aby dołączyć do platformy i z niej korzystać, co ma na celu przyciągnięcie drugiej strony (na przykład konsumentów). Jeśli jedna strona platformy jest bardziej wrażliwa na ceny, czyli ma większą elastyczność cenową, operator platformy może zdecydować się na subsydiowanie tej strony, aby przyciągnąć użytkowników z przeciwnej strony platformy[130]. Na przykład, jeżeli kierowcy są bardziej wrażliwi na zachęty finansowe niż pasażerowie, platforma do współdzielenia przejazdów może zdecydować się na subsydiowanie kierowców.

Niektóre platformy proponują użytkownikom tzw. modele *freemium,* w których podstawowe funkcje są dostępne bezpłatnie, natomiast za bardziej zaawansowane funkcje lub dodatkowe korzyści trzeba zapłacić. Przykładem jest Spotify, oferujący podstawową wersję umożliwiającą słuchanie muzyki za darmo, jednak z reklamami, podczas gdy wersja premium eliminuje

[129] Oznacza to, że w wielu modelach platformowych jedna strona platformy, czyli np. użytkownicy, dostawcy lub reklamodawcy, jest bardziej wartościowa lub istotna dla sukcesu operatora platformy niż druga strona, np. konsumenci. W takich przypadkach, platforma może wybrać subsydiowanie tej „bardziej wartościowej" strony, aby zwiększyć jej zaangażowanie i przyciągnąć więcej użytkowników z przeciwnej strony. W literaturze ekonomicznej przeprowadzono obszerną analizę polityki cenowej, czyli struktury cen stosowanej przez operatorów platform, a także problemów koordynacyjnych, z którymi się oni spotykają. Zob.: D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets,* "Yale Journal on Regulation" 2003, nr 2, s. 325-381; D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, "Competition Policy International" 2007, nr 1, s. 151-179.

[130] Według J.-C. Rochet i J. Tirole, operatorzy platform muszą zdecydować, która strona rynku jest bardziej elastyczna cenowo i mogą subsydiować tę stronę (często oferując niższe opłaty lub nawet darmowe usługi), jednocześnie pobierając wyższe opłaty od drugiej strony. Decyzja ta zależy od „elastyczności krzyżowej", czyli jak reagują użytkownicy jednej strony na zmiany cen dla drugiej strony. Przykładowo, jeśli przyciągniecie większej liczby sprzedawców do platformy zakupowej przyciągnie znacznie więcej kupujących, platforma może zdecydować się obniżyć opłaty dla sprzedawców (lub nawet je subsydiować) i zwiększyć opłaty dla kupujących. Zob.: J.-C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, "Journal of the European Economic Association" 2003, nr 4, s. 990-1029; J.-C. Rochet, J. Tirole, *Two-sided markets: A progress report*, "The RAND Journal of Economics" 2006, nr 3, s. 645-667.

reklamy i udostępnia dodatkowe funkcje[131]. W przypadku wielu platform, które świadczą usługi bez opłat, użytkownicy „płacą" swoimi danymi. Google i Facebook, na przykład, oferują darmowe usługi w zamian za dane użytkowników, które później wykorzystywane są do celów reklamowych. Takie darmowe usługi mogą przyciągnąć szerokie grono użytkowników, co z kolei może uczynić platformę bardziej atrakcyjną dla płatnych reklamodawców, deweloperów czy innych partnerów biznesowych. Sposób monetyzacji roli pośredniczącej platformy zależy od rodzaju jej modelu biznesowego[132]. Polityka cenowa platform łączących (*matching platform*) obejmuje w szczególności: opłaty prowizyjne[133], opłaty abonamentowe[134] oraz opłaty za wyróżnienia (reklamy)[135]. Z kolei strategie monetyzacji dla platform reklamowych (*advertising platform*) obejmują m.in. płatność za kliknięcie[136], opłatę za sponsorowane treści[137] czy też sprzedaż danych i analiz[138].

2.2.2. Strategie biznesowe dotyczące wykorzystywania i rozszerzania siły rynkowej: cyfrowe ekosystemy

Gdy operator platformy internetowej zdoła osiągnąć krytyczną masę użytkowników, przechodzi do fazy optymalizacji swoich usług w celu dalszego wzrostu i zwiększenia przychodów, co obejmuje zmniejszanie kosztów, takich jak koszty wyszukiwania, informacji i transakcji, dla użytkowników. Jednakże istnieje punkt nasycenia, po którym dalsza optymalizacja nie przynosi większych korzyści finansowych, prowadząc platformy do poszukiwania nowych ścieżek wzrostu poprzez ekspansję. Po osiągnięciu znaczącej siły rynkowej, operatorzy platform internetowych często stają przed decyzją, jak wykorzystać

---

[131] Zgodnie z pkt 2 regulaminu usługi Spotify (https://www.spotify.com/pl/legal/end-user-agreement/, data dostępu: 14.01.2023 r.): „*Oferujemy wiele opcji dostępności Usługi Spotify. Niektóre opcje Usługi Spotify są udostępniane bezpłatnie, natomiast dostęp do innych opcji jest odpłatny*".

[132] Innymi słowy, w zależności od tego, jak platforma działa i co oferuje, będzie miała różne metody zarabiania. Na przykład, jeśli platforma pomaga łączyć kupujących ze sprzedającymi, może pobierać od nich prowizje za transakcje. Jeśli natomiast jest platformą reklamową, może zarabiać na opłatach za wyświetlanie reklam lub za kliknięcia w te reklamy. Więc w zależności od tego, co robi platforma i jakie ma cele biznesowe operator tej platformy, będzie wybierać różne sposoby na zarabianie pieniędzy. Zob. szerzej: I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 72-73.

[133] Pobieranie prowizji od transakcji dokonanej przez platformę. Na przykład Airbnb pobiera opłatę zarówno od gospodarza, jak i od gościa za każde udane rezerwacje.

[134] Niektóre platformy mogą pobierać opłatę abonamentową za dostęp do premium funkcji lub lepszego widoczności oferty.

[135] Dostawcy mogą płacić dodatkową opłatę, aby ich oferta była bardziej widoczna dla konsumentów.

[136] Reklamodawcy płacą za każde kliknięcie w ich reklamę. Przykładowo model *Pay-Per-Click* (PPC) oznacza model reklamowy, w którym reklamodawca płaci za każde pojedyncze kliknięcie w jego reklamę przez użytkownika. PPC jest popularne w reklamach wyszukiwarkowych (na przykład Google Ads) oraz w niektórych formatach reklam w mediach społecznościowych. Natomiast model *Cost Per Mille* (CPM) oznacza model reklamowy, w którym reklamodawca płaci np. za każde tysiąc wyświetleń (impresji) swojej reklamy, niezależnie od tego, czy użytkownik kliknął w reklamę, czy nie. CPM jest często używane w reklamach wyświetlanych na stronach internetowych, w reklamach wideo oraz w mediach społecznościowych.

[137] Operatorzy platform mogą pobierać opłatę za promowanie treści wśród użytkowników. Na przykład post sponsorowany na Facebooku.

[138] Tj. sprzedaż przez operatora platformy dostępu do danych i analiz użytkowników dla reklamodawców, co pozwala im na lepsze targetowanie swoich kampanii.

swoją pozycję. W takiej sytuacji jedną z kluczowych strategii jest decyzja o wykorzystaniu i rozszerzeniu swojej siły na sąsiednie rynki. Taka dywersyfikacja działalności nie tylko wzmacnia ich pozycję, ale również może tworzyć nowe bariery wejścia dla konkurencji oraz zwiększać zależność użytkowników od jednego dostawcy. Pomimo że różne modele platform mogą się znacząco różnić pod względem swojej struktury czy oferowanych usług, to wiele z nich łączy fakt pełnienia podwójnej roli. Platformy te działają nie tylko jako dostawcy usług dla swoich bezpośrednich użytkowników, ale także jako pośrednicy pomiędzy różnymi stronami transakcji, co może dotyczyć zarówno rynku B2B, jak i B2C. To stawia je w szczególnej pozycji do moderowania interakcji rynkowych, ale również do wpływania na warunki rynkowe w sposób, który może być korzystny dla ich własnych interesów.

Tworzenie cyfrowych ekosystemów to kolejna strategia, która umożliwia platformom wzmocnienie ich rynkowej pozycji. Przez integrację różnorodnych usług i produktów – od aplikacji po systemy płatności – platformy tworzą złożone sieci, w których użytkownicy mogą realizować szeroki zakres aktywności bez opuszczania danego środowiska. To z kolei zwiększa lojalność użytkowników i utrudnia wchodzenie nowych graczy na rynek. Te strategie, choć efektywne z perspektywy biznesowej, mogą rodzić pytania dotyczące zgodności z prawem konkurencji.

Powyższe związane jest z tym, że poza korzyściami płynącymi z ekonomii skali, efektów sieciowych i dostępu do danych, platformy internetowe o ugruntowanej pozycji rynkowej często czerpią również korzyści z ekonomii zakresu. Ta z kolei umożliwia im zwiększenie efektywności w świadczeniu usług komplementarnych do ich podstawowej oferty[139]. Zjawisko to sprzyja tworzeniu ekosystemów cyfrowych [140] wokół głównych produktów lub usług (platformy „podstawowej"), które tworzą rodzaj zamkniętego środowiska dla konsumentów [141]. Dysponowanie przez ugruntowanego operatora wielkimi zbiorami danych (*big data*) oraz wiedzą zdobytą dzięki uczeniu maszynowemu z wykorzystaniem istniejącej głównej usługi platformowej (CPS) mogą mu umożliwić opracowanie nowych usług na rynkach pokrewnych

[139] Raport Crémera, s. 33.
[140] Pojęcie „ekosystem" wywodzi się z literatury dotyczącej zarządzania strategicznego. M. G. Jacobides, C. Cennarmo, A. Gawer, *Towards a theory of ecosystems*, "Strategic Management Journal" 2018, nr 8, s. 2255-2276.
[141] Efekt „zamknięcia konsumenta" definiuje się jako obniżoną tendencję konsumenta do poszukiwania alternatyw i zmiany dostawców usług lub produktów po dokonaniu początkowych inwestycji związanych z ich użytkowaniem. Mówi się o „zamknięciu konsumenta", gdy jest on ograniczony przez swoje wcześniejsze wybory, a zmiana dostawcy lub marki wiąże się z zbyt wysokimi kosztami. „Zamknięcie" może wynikać również z przyzwyczajeń konsumenckich, które bazują na doświadczeniach związanych z użytkowaniem określonych produktów. Nabyte umiejętności i doświadczenie związane z użytkowaniem danego produktu mogą zwiększać jego postrzeganą wartość w oczach konsumenta w porównaniu z konkurencyjnymi produktami, co przyczynia się do lojalności klienta. A. Scheibe, *Korzyści sieci i efekt "zamknięcia konsumenta" a lojalność konsumentów w e-businessie,* „Ekonomiczne Problemy Usług" 2010, nr 58, s. 552-553.

(sąsiednich), co zostało szerzej opisane w pkt I.3.4 pracy doktorskiej. Dodatkowo, taki operator może wykorzystać swoją już istniejącą i zaufaną bazę użytkowników, aby przezwyciężyć problem „kury i jajka", który często pojawia się przy wprowadzaniu nowej usługi charakteryzującej się silnymi efektami sieciowymi (co zostało wyjaśnione w pkt I.1.1.2 pracy doktorskiej).

Ekonomia zakresu może mieć miejsce nie tylko w procesie produkcyjnym, ale także na etapie projektowania produktów, szczególnie kiedy stosuje się konstrukcję modułową. Polega ona na tym, że produkt składa się z niezależnych części, czyli modułów, które współpracują ze sobą za pośrednictwem standaryzowanych interfejsów. W przeciwieństwie do projektów zintegrowanych, projektowanie modułowe umożliwia wykorzystywanie tych samych elementów w różnych produktach i usługach oferowanych przez dane przedsiębiorstwo. Dzięki temu możliwe jest osiągnięcie ekonomii zakresu w trakcie tworzenia i rozwijania produktów[142].

W kontekście sektora cyfrowego charakterystyczne jest powstawanie cyfrowych ekosystemów oraz odrodzenie konglomeratów[143]. Cyfrowe ekosystemy można zdefiniować jako zespół produktów i usług oferowanych w ramach jednej organizacji (grupy kapitałowej)[144]. Te ekosystemy można postrzegać jako rodzaj klastrów[145] lub zestawów produktów i usług, które stały się preferowanym modelem organizacyjnym w prowadzeniu działalności biznesowej[146]. Rynek klastrowy może zaistnieć, gdy komplementarność transakcyjna jest na tyle istotna, że konsumenci nie postrzegają „rozdzielenia" poszczególnych produktów jako atrakcyjnej alternatywy wobec zakupu ofert pakietowych (zob. pkt VII.1.3.1 pracy doktorskiej). Ponadto, ekosystemy cyfrowe obejmują również sieci wielu podmiotów współpracujących ze sobą, czyli

---

[142] M. Bourreau, *Some Economics of Digital Ecosystem*, OECD 2020, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), s. 3.

[143] W ekonomii konglomerat jest definiowany jako koncern zrzeszający przedsiębiorstwa z różnorodnych sektorów produkcyjnych, które nie są powiązane żadną spójną zasadą selekcji, a głównym kryterium jest rentowność inwestowanego kapitału. W literaturze naukowej podkreśla się, że ekosystemy cyfrowe wykraczają poza tradycyjną koncepcję cyfrowych konglomeratów, ponieważ integrują swoje usługi lub produkty za pomocą interoperacyjnych funkcji, co pozwala na bardziej złożoną i funkcjonalną współpracę między różnymi elementami ekosystemu. M. Bourreau, *Some Economics of Digital Ecosystem*, OECD 2020, s. 3.

[144] Produkty i usługi w ekosystemach cyfrowych są powiązane zarówno gospodarczo, jak i właścicielsko. Jednak precyzyjne zdefiniowanie ekosystemów cyfrowych jest wyzwaniem, ponieważ są to struktury dynamiczne, o płynnych granicach. Ekosystemy cyfrowe można przyrównać do pajęczyny, w której coraz więcej usług (podobnych do nici pajęczyny) integruje się z platformą, coraz bardziej angażując użytkowników (porównywalnych do owiniętej ofiary) w rozwijającej się sieci (cyfrowym ekosystemie). W związku z tym, ekosystemy cyfrowe można postrzegać jako sieci podmiotów lub usług, które współdziałają, aby tworzyć wartość wewnątrz systemu. Typowo, ekosystem cyfrowy jest zdominowany przez technologiczne przywództwo jednego przedsiębiorstwa („platformy"), wokół której inni uczestnicy systemu (komplementatorzy) oferują dodatkowe, wzajemnie uzupełniające się usługi i dostosowują swoje inwestycje oraz strategie. W miarę rozszerzania swoich usług, platformy internetowe zdobywają coraz więcej możliwości do zbierania danych o swoich użytkownikach. N. Petit, D. J. Teece, *Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy*, OECD 2020, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)90/en/pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.).

[145] Skoncentrowana grupa przedsiębiorstw pochodzących z tego samego lub pokrewnych sektorów lub rynek, na którym konkurencja skupiona jest wokół wspólnego dostarczania ekonomicznie odrębnych, ale uzupełniających się produktów.

[146] Raport KE nt. wyznaczania rynku właściwego, s. 84.

tzw. komplementariuszy – zewnętrznych dostawców oferujących produkty lub usługi w ramach tych ekosystemów[147].

Przedsiębiorstwa działające na rynkach cyfrowych, takie jak Google, Microsoft czy Apple, umocniły swoją pozycję rynkową, opierając się na strategii tworzenia cyfrowych ekosystemów skoncentrowanych wokół ich głównych platform. Dodatkowo, osiągnęły one wysoki poziom dywersyfikacji, wchodząc na rynki słabo powiązane, a czasami nawet zupełnie odmienne. Przykładowo, największe przedsiębiorstwa technologiczne, takie jak Google[148] i Amazon[149], budują swój model biznesowy w oparciu o obszerne ekosystemy produktów i usług komplementarnych do ich kluczowych usług. Ich aktywność na różnych rynkach pozwala tym dużym korporacjom oferować ekosystemy produktów, czyli gamę produktów i usług powiązanych wspólnymi funkcjami, które przynoszą korzyści konsumentom, gdy są używane razem. Na przykład, Apple oferuje ekosystem urządzeń cyfrowych takich jak iPhone, iPad, iWatch[150], podczas gdy Google tworzy ekosystem usług cyfrowych obejmujący Gmail, Mapy, YouTube, Google Docs itp.[151]

Operator platformy, wokół której kreowany jest dany ekosystem, czyli tzw. orkiestrator[152], ma za zadanie dostarczać, wykorzystując technologię modułową, unikatowe usługi lub produkty bazowe. Te produkty bazowe stanowią fundament dla atrakcyjnej oferty usług lub produktów komplementarnych. Dodatkowo, rola operatora (orkiestratora) obejmuje selekcję produktów i usług dodatkowych od niezależnych dostawców w taki sposób, aby maksymalizować wartość całego ekosystemu. Orkiestrator jest również odpowiedzialny za zarządzanie ekosystemem i rozwiązywanie ewentualnych konfliktów między jego uczestnikami (co szczegółowo wyjaśniono w pkt I.2.1.3 pracy doktorskiej)[153].

---

[147] N. Petit, D. J. Teece, *Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy*, OECD 2020.
[148] Google rozszerzył swoją działalność z wyszukiwarki m.in. na mapy, systemy operacyjne oraz usługi w chmurze. Rozwój ten następował poprzez fuzje i przejęcia, a także w sytuacji gdy dany przedsiębiorca samodzielnie rozwijał nową działalność na nowych rynkach.
[149] Amazon zaczynał swój model biznesowy od sprzedaży książek online, następnie tworząc platformę handlową oraz różnorodne usługi, w tym usługi płatnicze, przetwarzanie w chmurze, a nawet produkcje i dystrybucje filmów i seriali telewizyjnych.
[150] W tym szeroką gamę usług cyfrowych, takich jak iCloud, Apple Music, Apple Pay, i App Store, które są zaprojektowane do łatwej integracji i współpracy, zapewniając użytkownikom płynne przełączanie się i synchronizację danych między urządzeniami.
[151] M. Bourreau, *Some Economics of Digital Ecosystem*, OECD 2020, s. 2.
[152] W literaturze przedsiębiorcę zarządzającego ekosystemem (metaforycznie nazywanego „orkiestrą") określa się mianem orkiestratora (kompozytora tworzącego utwory muzyczne). Orkiestrator w kontekście ekosystemu biznesowego to osoba lub podmiot koordynujący działania różnych uczestników ekosystemu w celu osiągnięcia wspólnych celów i harmonii działań (np. system mobilny Google Android i tworzone wokół tego systemu aplikacje). N. Petit, D. J. Teece, *Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy*, OECD 2020.
[153] F. Jenny, *Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run*, "ESSEC Business School" 2021, https://ssrn.com/abstract=3776274 (data dostępu: 15.02.2023), s. 6.

W literaturze naukowej wyróżnia się szereg czynników decydujących o sukcesie ekosystemu cyfrowego. Szczególnie istotne są: (i) posiadanie dużej bazy użytkowników i dominującej pozycji na rynku, co obejmuje również szeroką sieć partnerów handlowych (komplementariuszy) wnioskujących wiedzę z różnych dziedzin oraz (ii) rozległy zasięg geograficzny i zdolność ekosystemu do efektywnej współpracy, zwłaszcza w sytuacjach, gdy orkiestrator musi zarządzać wieloma partnerami działającymi w różnych branżach i krajach, a także zarządzać różnorodnymi rodzajami relacji. Skuteczne zaprojektowanie platform i tworzonych wokół nich ekosystemów, jak również ich kompetencje organizacyjne, mogą być równie istotne dla sukcesu jak bariery wejścia na rynek czy udział w rynku. To wskazuje, że potencjalna konkurencja między platformami może być ważniejsza niż sugerowałaby samodzielnie wielkość tych platform[154].

Można dokonać rozróżnienia między ekosystemami w zależności od ich sposobu finansowania. Ekosystemy finansowane za pomocą abonamentu, opłat licencyjnych od użytkowników lub ze sprzedaży produktów, różnią się od tych, które czerpią dochody z reklam. Na przykład ekosystem Apple opiera się głównie na dochodach ze sprzedaży iPhone'ów, innych urządzeń (takich jak laptopy MacBook czy tablety iPad) oraz z prowizji od sprzedaży produktów osób trzecich (np. aplikacji w Apple Store). Na platformach transakcyjnych, takich jak Amazon, zewnętrzni sprzedawcy (niezależni sprzedawcy) płacą Amazonowi prowizję za sprzedaż realizowaną poprzez platformę, a Amazon również generuje przychody ze sprzedaży bezpośredniej. Na platformach kojarzeń (dopasowujących użytkowników), takich jak Uber, operator platformy pobiera część prowizji od transakcji zainicjowanych za pośrednictwem tej platformy. Z kolei ekosystemy platform nietransakcyjnych, takich jak Google czy Facebook, oferują swoim użytkownikom bezpłatne usługi, pozyskując przychody z reklam oraz zbierania danych.

Różne modele biznesowe wpływają w odmienny sposób na zachęcanie do inwestycji w jakość ekosystemu. Metoda, w której przedsiębiorcy cyfrowi generują przychody ze swoich usług i produktów cyfrowych, wpływa na ich motywację do dalszego rozwoju ekosystemów, co jak zostanie wskazane w pracy doktorskiej niekiedy może budzić obawy wobec ochrony konkurencji. W ekosystemie skoncentrowanym na sprzedaży produktów, ulepszenie jakości danych urządzeń może być monetyzowane w tradycyjny sposób, np. przez podniesienie cen tych produktów i usług lub zwiększenie ich sprzedaży. Natomiast w ekosystemie opartym na

[154] *Ibidem*, s. 7-8.

przychodach z reklam cyfrowych, przedsiębiorca nie może bezpośrednio zwiększyć swoich zysków związanych z użytkownikami (którzy nie płacą bezpośrednio za usługi internetowe) poprzez poprawę jakości usług cyfrowych, gdyż monetyzacja odbywa się głównie po stronie reklamodawców. Na przykład, ulepszenia w jakości usług cyfrowych, które nie przekładają się na znaczący wzrost liczby użytkowników lub poziomu ich zaangażowania w platformie, mogą mieć ograniczoną wartość dla przedsiębiorcy. W takim kontekście, inwestycje zwiększające lojalność użytkowników wobec ekosystemu (np. poprzez ograniczenie możliwości zmiany platformy lub tworzenie barier dla nowych graczy) mogą być bardzo cenne dla rozwoju tego ekosystemu.

Ekosystemy cyfrowe mogą charakteryzować się otwartą lub zamkniętą architekturą, co wpływa na poziom dostępu do zasobów danej platformy internetowej[155]. „Zamknięte" ekosystemy, często tworzone w celu zapewnienia jakości usług, bezpieczeństwa platformy lub ochrony przed jej przeciążeniem, wyróżniają się surowymi standardami dla dostawców zewnętrznych (np. przedsiębiorstw oferujących produkty komplementarne do usług ekosystemu) lub ograniczoną liczbą takich dostawców. Przykładowo, Apple dąży do zachowania wysokiego standardu jakości swoich aplikacji, który jest zgodny z ogólnym standardem jakości ich urządzeń. W związku z tym Apple może odrzucić aplikacje z powodów technicznych, na przykład jeśli zawierają one błędy lub powodują awarie systemu[156]. Ekosystemy „otwarte" z kolei nie stosują restrykcyjnej polityki wobec dostawców zewnętrznych. Na przykład, proces zatwierdzania aplikacji w Google Play nie jest tak rygorystyczny jak w przypadku Apple, co prowadzi do obecności także aplikacji o niższej jakości. Operator platformy może wybrać bardziej otwarte podejście, aby przyciągnąć jak najwięcej partnerów, co z kolei może zwiększyć różnorodność oferty dla klientów i usług. Otwarta architektura ekosystemu może również sprzyjać szerzeniu innowacji w całej jego strukturze[157].

Ekosystemy cyfrowe mogą korzystać z ekonomii zakresu i skali, przy czym synergia po stronie popytu może zwiększać wartość oferowanych produktów i usług dla konsumentów. Na

---

[155] K. Boudreau, *Open Platform Strategies and Innovation: Granting Access vs. Devolving Control*, „Management Science" 2010, nr 56, s. 1851-1852.

[156] Apple może również odrzucić aplikację z przyczyn merytorycznych, jeśli jest ona duplikatem innej aplikacji, zawiera wprowadzający w błąd opis, jeśli brakuje w niej wartościowych treści, jeśli ma słaby interfejs użytkownika, jeśli wykorzystuje mechanizmy płatności inne niż zakup w aplikacji (w celu odblokowania funkcjonalności w aplikacji) lub jeśli nie przestrzega polityki prywatności Apple'a. *App Store Review Guidelines*, https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/ (data dostępu: 14.01.2023 r.).

[157] Departament Handlu Stanów Zjednoczonych, *Competition in the Mobile App Ecosystem*, 2023, s. 5-7, 17-23; https://www.ntia.gov/sites/default/files/publications/mobileappecosystemreport.pdf?_ga=2.84811728.813216929.1677623123-2030698341.1675111518 (data dostępu: 1.12.2023 r.); F. Bostoen, D. Mândrescuc, *Assessing abuse of dominance in the platform economy*, "European Competition Journal" 2020, nr 2-3, s. 431-434.

przykład integracja różnorodnych produktów i usług może prowadzić do oszczędności związanych z efektywnością, co z kolei ma potencjał obniżenia cen. Również mogą one poprawiać ogólne doświadczenia konsumentów, oferując synergiczne korzyści, które ułatwiają dostęp do szerokiego zakresu usług. Jednakże ekosystemy cyfrowe mogą przenosić swoją dominację na rynkach sąsiednich i stanowić przeszkodę dla wejścia na rynek nowych, innowacyjnych przedsiębiorców[158]. Właściciele cyfrowych ekosystemów dążą również do integracji swoich usług z życiem codziennym użytkowników, w taki sposób, aby ich ekosystem stał się dla nich nieodzowny, co prowadzi do centralizacji różnych funkcji i zależności użytkowników od jednego ekosystemu w wielu obszarach ich życia[159]. Na przykład, użytkownik iPhone'a może odbierać wiadomości iMessages na różnych urządzeniach Apple'a, włączając w to iPada i MacBooka. Taka integracja zwiększa lojalność użytkownika wobec produktów Apple, utrudniając rezygnację z ich ekosystemu.

Chociaż ekosystemy często opierają się na platformach, są to różne, choć powiązane ze sobą, koncepcje, funkcjonujące na różnych poziomach. W ramach niniejszej pracy doktorskiej platformę można zdefiniować jako model biznesowy, technologię lub strukturę infrastrukturalną. Platformy tworzą fundament sieci interakcji, które definiują ekosystemy; podczas gdy platformy skupiają się na modelu biznesowym i infrastrukturze, ekosystemy koncentrują się na relacjach międzyorganizacyjnych[160].

Wzrost siły rynkowej platform i ich ekspansja na nowe rynki mogą prowadzić do sytuacji, w której ich działania będą wymagały szczegółowej oceny pod kątem potencjalnego nadużywania pozycji dominującej. Właśnie dlatego regulacje takie jak DMA stawiają sobie za cel zapewnienie kontestowalnością i uczciwości na rynkach cyfrowych.

2.3. Przykłady modeli platform internetowych

Nie istnieje jednolity model biznesowy dla platform internetowych, co odzwierciedla się w ich różnorodności i specyfice działania. Przykłady platform internetowych obejmują ogólne wyszukiwarki, takie jak Google czy Bing, oraz specjalistyczne narzędzia wyszukiwania, na przykład TripAdvisor, Booking.com. Równie popularne są internetowe portale handlowe lub platformy *e-commerce*, takie jak Amazon, eBay, Allegro. Łączą one sprzedawców z

[158] Fletcher A., *Digital competition policy: Are ecosystems different?*, OECD 2020, s. 7-8.
[159] V. Robertson, *Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems*, "Concurrences" 2021, nr 2, s. 4.
[160] M. G. Jacobides, C. Cennamo, A. Gawer, *Distinguishing between Platforms and Ecosystems: Complementarities, Value Creation and Coordination Mechanisms*, 2020, https://www.jacobides.com/_files/ugd/0b15b1_7e0678d2815541bb920c77ec41e4d305.pdf (data dostępu: 15.02.2023 r.).

kupującymi, umożliwiając im łatwe dokonywanie transakcji online. Sieci społecznościowe, takie jak Facebook, LinkedIn, Twitter, z kolei umożliwiają użytkownikom nawiązywanie kontaktów, dzielenie się treściami i informacjami.

Poniżej scharakteryzowano wybrane, najważniejsze modele biznesowe platformy internetowych, takie jak: wyszukiwarki internetowe, sieci społecznościowe, platformy handlu elektronicznego, systemy operacyjne, sklepy z aplikacjami oraz reklamy online. Wybór tych platform związany jest z ich rolą „podstawowych usług platformowych" w rozumieniu DMA (zob. pkt III.1.1.2 pracy doktorskiej).

2.3.1. Wyszukiwarki internetowe

Wyszukiwarki to systemy oprogramowania przeznaczone do wyszukiwania informacji w sieci *World Wide Web*, zwracające wyselekcjonowany, uszeregowany zestaw linków do witryn z treścią. Wyszukiwarki działają w sposób zautomatyzowany, wykorzystując zaawansowane algorytmy do zbierania informacji (powszechnie znane jako „indeksowanie" lub „pozycjonowanie" [161]) i dostarczania wyników wyszukiwania. Przykłady wyszukiwarek obejmują np. Google, Bing, Yahoo! i DuckDuckGo [162]. Są to narzędzia pomagające konsumentom poruszać się po Internecie i znajdować przydatne informacje w odpowiedzi na szeroki zakres zapytań. Zarabiają pieniądze, wyświetlając swoim użytkownikom płatne reklamy[163]. Na mocy art. 2 pkt 5 Rozporządzenia P2B oraz art. 2 pkt 6 DMA „wyszukiwarka internetowa" oznacza usługę cyfrową, która umożliwia użytkownikom wprowadzanie zapytań w celu wyszukiwania – co do zasady – wszystkich stron internetowych lub wszystkich stron internetowych w danym języku za pomocą zapytania na jakikolwiek temat przez podanie słowa kluczowego, zapytania głosowego, wyrażenia lub innej wartości wejściowej i która podaje wyniki wyszukiwania w dowolnym formacie, w którym można znaleźć informacje związane z zadanym zapytaniem. Pomocne jest rozróżnienie dwóch rodzajów usług wyszukiwania online. Pierwszym z nich jest „ogólna usługa wyszukiwania", która jest świadczona na przykład przez Google, Bing, Yahoo i DuckDuckGo. Drugi to wyspecjalizowane usługi wyszukiwania

[161] Pozycjonowanie (indeksowanie) stron internetowych jest złożonym procesem prowadzonym przez wy-specjalizowane podmioty działające na rynku internetowym, który obejmuje dostosowanie treści strony internetowej do algorytmu działania wyszukiwarki. Celem tego zabiegu ma być to, aby po podaniu przez internautę słowie kluczowym, wyświetlić najbardziej relewantne strony internetowe na możliwie wysokim miejscu w wynikach wyszukiwania (tzw. wyniki naturalne/organiczne).
[162] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 41.
[163] Raport CMA nt. platform internetowych i reklamy cyfrowej, pkt 2.25.

świadczone na przykład przez Amazon, Expedia i eBay, które są również znane jako „wyszukiwania wertykalne”[164].

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 znajdywanie bardziej relewantnych wyników niż inne funkcjonujące wyszukiwarki. Wyszukiwarki mogą ułatwić użytkownikom poruszanie się po sieci i obniżyć koszty wyszukiwania informacji na ogromnej liczbie stron internetowych, umożliwiając konsumentom częstsze i szybsze znajdowanie odpowiednich informacji. Znalezienie określonej odpowiedzi 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 najszerszego grona potencjalnych klientów. Obecnie Google to największa na świecie wyszukiwarka internetowa, której model gospodarczy oparty jest na przychodach reklamowych. Umowy handlowe łączące przedsiębiorców z Google’em w zakresie wyświetlanych reklam subsydiują użytkowników przeglądarki internetowej. Już po dwóch latach od wejścia na rynek odnotowano ponad 7 mln wyszukiwań z wykorzystaniem tej przeglądarki, a w połowie 2012 r. jej przychody przekroczyły 12 mld dolarów[165].

Reklamy wyszukiwarek internetowych mają charakter kontekstowy, a więc są uzależnione od treści konkretnych wyników wyszukiwania. Z jednej strony stanowią je tzw. reklamy sponsorowane, które są wyświetlane bezpośrednio na stronie wyników wyszukiwarki użytkownika. 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’a na własnej stronie internetowej, a przez to czerpać część generowanych przez nie przychodów[166].

2.3.2. Sieci społecznościowe (media społecznościowe)

Media społecznościowe (zwane również jako serwisy społecznościowe lub sieci społecznościowe) to usługi online, które umożliwiają użytkownikom uczestnictwo w sieciach

[164] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 64.
[165] A. Szmigielski, *Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2016, nr 6, s. 195.
[166] *Ibidem*, s. 195-196.

społecznościowych, komunikowanie się z innymi użytkownikami oraz udostępnianie i korzystanie z treści generowanych przez innych użytkowników (w tym profesjonalnych wydawców). Platformy mediów społecznościowych zazwyczaj wyświetlają treści przeznaczone do konsumpcji jako linearne „kanały", wyselekcjonowane przez algorytmy lub wyświetlane chronologicznie. Przykładami są Facebook, Instagram i Snapchat. Platformy mogą również oferować dodatkowe funkcje, w tym usługi wiadomości błyskawicznych[167]. Media społecznościowe ułatwiają interakcję między ich użytkownikami, umożliwiając im komunikację między sobą oraz udostępnianie i odkrywanie angażujących treści. Platformy te są ogólnie dostępne za pośrednictwem aplikacji mobilnej, a niektóre są również dostępne za pośrednictwem przeglądarki internetowej. Podobnie jak w przypadku wyszukiwania ogólnego, dostawcy usług mediów społecznościowych zarabiają, wyświetlając swoim konsumentom płatne reklamy[168]. Na mocy art. 2 pkt 7 DMA „internetowy serwis społecznościowy" oznacza platformę umożliwiającą użytkownikom końcowym łączenie się i komunikowanie ze sobą, udostępnianie treści oraz zapoznawanie się z innymi użytkownikami i treściami z wykorzystaniem różnych urządzeń, w szczególności za pośrednictwem czatów, postów, filmów wideo i rekomendacji.

Termin „media społecznościowe" (ang. *social media*) odnosi się zwykle do wszystkich mediów wykorzystywanych przez internautów do komunikacji, przy czym kluczową rolę odgrywa tu interaktywność. *Social media* to platformy internetowe, na których użytkownicy mogą budować relacje z innymi i komunikować się między sobą[169]. Wiele cyfrowych mediów i technologii umożliwiających użytkownikom wymianę informacji między sobą i projektowanie treści medialnych indywidualnie lub jako społeczność. Interakcje obejmują wzajemną wymianę informacji, opinii, wrażeń i doświadczeń oraz udział w tworzeniu treści. Użytkownicy aktywnie odwołują się do treści poprzez komentarze, oceny i rekomendacje. W ten sposób nawiązują ze sobą więź społeczną.

Różne formy mediów społecznościowych są klasyfikowane według różnych kryteriów. Na przykład z perspektywy marketingowej „sieci społecznościowe" (np. Facebook, LinkedIn, Xing, WhatsApp i portale randkowe) różnią się od „platform udostępniania treści i rozrywki" (np. YouTube, FlickR, Instagram, Pinterest), „społeczności wiedzy" lub „platform blogowych"

[167] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 41.
[168] Raport CMA nt. platform internetowych i reklamy cyfrowej, pkt 2.30.
[169] Komunikacja to nie tylko wymiana komunikatów werbalnych, ale obejmuje również wiele formatów multimedialnych, takich jak zdjęcia, filmy, nagrania muzyczne i mowy oraz gry. Grupa użytkowników takiej platformy mediów społecznościowych nazywana jest „społecznością".

(np. Twitter). Inni przedstawiciele marketingu odróżniają „sieci społecznościowe" od „udostępniania społecznościowego". Według nich portale społecznościowe oferowane są przez serwisy łączące osoby o podobnych zainteresowaniach, generujące opinie wielu osób i umożliwiające użytkownikom szybkie uzyskanie informacji na różne tematy, a tym samym skorzystanie z wiedzy i doświadczenia innych użytkowników, m.in. Facebook, Twitter, Google+, LinkedIn. Z kolei platformy udostępniania społecznościowego to platformy udostępniania, administrowania, opisywania, klasyfikowania, indeksowania, łączenia i wymiany treści multimedialnych między użytkownikami (FlickR, Instagram i YouTube)[170].

Platformy mediów społecznościowych umożliwiają użytkownikom uczestnictwo w sieciach społecznościowych, komunikowanie się z innymi użytkownikami oraz udostępnianie i korzystanie z treści generowanych przez innych użytkowników. Co więcej, niektóre platformy mediów społecznościowych umożliwiły użytkownikom na całym świecie bezproblemową komunikację[171].

2.3.3. Platformy handlu elektronicznego

Sprzedawcy detaliczni zamierzający dotrzeć do konsumentów mają do wyboru różne kanały sprzedaży, tj. w szczególności: (i) założenie i prowadzenie sklepu stacjonarnego; (ii) założenie i prowadzenie sklepu internetowego; (iii) dołączanie do określonych rynków handlu elektronicznego, jako niezależni sprzedawcy (zewnętrzni dostawcy). Pod względem kategorii podmiotów uczestniczących w danej transakcji, handel towarami i usługami online (handel elektroniczny, ang. *e-commerce*) można podzielić na: (i) handel między przedsiębiorstwami (B2B), (ii) handel między przedsiębiorstwami i konsumentami (B2C) oraz (iii) handel między konsumentami (C2C). Natomiast ze względu na formy i kanały sprzedaży oraz modele biznesowe handlu elektronicznego można wyróżnić m.in. sklepy internetowe, portale aukcyjne, porównywarki cenowe, platformy handlu elektronicznego oraz serwisy ogłoszeniowe. Z perspektywy sprzedawców, platformy handlu elektronicznego B2C są jedną z możliwości prowadzenia sprzedaży w Internecie, zapewniając sprzedawcom narzędzia niezbędne do

---

[170] Decyzja Bundeskartellamt z 6.02.2019 r. w sprawie B6-22/16, *Facebook*, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3D, publicationFile%26v%3D5 (data dostępu: 14.01.2023), pkt 170 (dalej: „**Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook***").

[171] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 47. Według badań Bundeskartellamt przywołanych w decyzji w sprawie *Facebook*, pkt 252, większość użytkowników korzysta z mediów społecznościowych, aby pozostać w kontakcie ze znajomymi (90%), pisać wiadomości (90%), zabawić się (83%), czytać treści udostępniane przez innych (77%), udostępniać własne treści (72%), szukać znajomych (65%) i organizować imprezy (52%). Mniej niż połowa użytkowników korzysta z mediów społecznościowych, aby śledzić przedsiębiorców lub celebrytów (50%), nawiązywać kontakty zawodowe (41%), otrzymywać aktualności (36%), poznawać nowych ludzi (24%), promować własną stronę internetową (15%) lub grać w gry (13%).

obsługi procesu sprzedażowego bez konieczności budowania i utrzymywania sklepu internetowego we własnej domenie.

Platformy handlu elektronicznego B2C świadczą szeroki wachlarz usług oraz zapewniają infrastrukturę (np. stronę internetową, aplikację) umożliwiającą niezależnym sprzedawcom i konsumentom „spotkanie" i „dopasowanie". Wspólną cechą platform handlu elektronicznego jest to, że zazwyczaj nie są one prawnie odpowiedzialne za transakcje dokonywane za ich pośrednictwem[172]. Platformy handlu elektronicznego B2C obsługują (co najmniej) dwie odrębne grupy klientów. Z jednej strony oferują konsumentom możliwość znalezienia sprzedawców i ich odpowiednich ofert produktów oraz umożliwiają im zakup tych produktów bezpośrednio na stronie internetowej platformy handlowej; z drugiej zaś – oferują szeroki zakres usług niezależnym sprzedawcom w celu ustanowienia lub ułatwienia ich internetowej sprzedaży detalicznej. Platformy handlu elektronicznego stanowią przykład rynków dwustronnych o charakterze transakcyjnym, które charakteryzują się tym, że łączą dwie różne strony (kupujących i sprzedających), pomiędzy którymi występuje pośredni efekt sieciowy[173]. Kluczową wartością, jaką oferują platformy handlu elektronicznego jest koncentracja popytu, który reprezentują odwiedzający je konsumenci.

Operatorzy tych platform świadczą usługi pośrednictwa internetowego[174]. Oprócz pełnienia funkcji pośrednictwa w handlu elektronicznym w postaci umożliwiania zawierania umów sprzedaży (bez fizycznej obecności stron transakcji), niektóre platformy handlowe oferują dodatkowe usługi np. płatności elektronicznej, dostawy produktów, reklamy internetowej. Co do zasady za korzystanie z usług świadczonych za pośrednictwem platform handlu elektronicznego pobierana jest opłata lub prowizja od sprzedawców (użytkowników biznesowych).

---

[172] Platformy handlu elektronicznego pełniąc rolę pośrednika między sprzedawcami będącymi osobami trzecimi a konsumentami, same nie są bezpośrednio zaangażowane w transakcje sprzedaży. Nie są właścicielami produktów, które oferują niezależni sprzedawcy (osoby trzecie), w związku z czym nie ponoszą ryzyka biznesowego związanego ze sprzedażą danych produktów. Platformy handlowe nie określają ceny sprzedaży i nie zawierają bezpośrednich umów sprzedaży z konsumentami.

[173] Liczba uczestników jednej strony platformy wpływa na użyteczność uczestników jej drugiej strony. Przykładowo, wynikająca z większej liczby sprzedawców, szersza (bardziej kompletna) oferta dostępna na platformie bezpośrednio przyciąga kupujących, z kolei większa liczba kupujących zachęca kolejnych sprzedawców do rozpoczęcia sprzedaży na platformie.

[174] Usługi pośrednictwa internetowego, zgodnie z Rozporządzeniem P2B, to usługi spełniające kumulatywnie następujące wymogi. Po pierwsze, stanowią one usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2015/1535 z 9 września 2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. z 2015 r., L 241, s. 1), a zatem usługa ta musi być normalnie świadczona: (i) za wynagrodzeniem, (ii) na odległość, (iii) drogą elektroniczną oraz (iv) na indywidualne żądanie odbiorcy usług. Po drugie, tego typu usługi umożliwiają użytkownikom biznesowym oferowanie towarów lub usług konsumentom, z zamiarem ułatwienia inicjowania transakcji bezpośrednich między tymi użytkownikami biznesowymi a konsumentami, niezależnie od tego, gdzie te transakcje są ostatecznie zawierane. Po trzecie, są one świadczone użytkownikom biznesowym na podstawie stosunków umownych między dostawcą tych usług a użytkownikami biznesowymi, którzy oferują towary lub usługi konsumentom.

Niektóre platformy handlu elektronicznego są wyspecjalizowane w zakresie określonych produktów (np. Zalando, specjalizujący się w sprzedaży odzieży); inne, takie jak Amazon[175] lub Allegro, obejmują szeroką gamę różnych kategorii produktów. Większości platform handlowych nie można jednak jednoznacznie sklasyfikować wyłącznie jako platformy „wertykalne" – wyspecjalizowane w określonej kategorii, lub jako platformy „horyzontalne" – oferujące wszystkie rodzaje produktów[176]. Niektóre platformy świadczą wyłącznie usługi pośrednictwa internetowego (np. eBay), a inne (takie jak np. Amazon i Allegro) pełnią „podwójną rolę" jako usługodawca (świadczący usługi pośrednictwa internetowego z wykorzystaniem prowadzonej przez siebie platformy handlu elektronicznego) oraz jako sprzedawca detaliczny (ang. *retailer*), oferujący określone produkty za pośrednictwem własnej platformy handlowej.

2.3.4. Systemy operacyjne

Systemy operacyjne to specjalny rodzaj oprogramowania systemowego, które kontroluje podstawowe funkcje komputera lub urządzeń mobilnych, przede wszystkim telefonów komórkowych i tabletów. Umożliwiają one użytkownikom korzystanie z tych urządzeń i uruchamianie na nich różnego oprogramowania[177]. System operacyjny ma swoją unikalną specyfikę, różniącą go od zwykłego oprogramowania komputerowego. Składa się on z wielu funkcjonalnie połączonych programów systemowych, które razem tworzą podstawę dla działania wszystkich aplikacji zainstalowanych na danym urządzeniu, zarówno na komputerach, jak i urządzeniach mobilnych. Głównym zadaniem systemu operacyjnego jest stworzenie funkcjonalnego środowiska do wykonywania zadań użytkownika oraz zapewnienie skutecznej współpracy między oprogramowaniem a sprzętem[178]. Na mocy art. 2 pkt 10 DMA system operacyjny oznacza oprogramowanie systemowe kontrolujące podstawowe funkcje sprzętu lub oprogramowania i zapewniające środowisko, w którym mogą działać aplikacje, wskazane w art. 2 pkt 15 DMA. Stanowią je produkty cyfrowe lub usługi cyfrowe, które działają w ramach systemu operacyjnego.

---

[175] Amazon.com, Inc. to amerykańskie przedsiębiorstwo handlowe, spółka akcyjna założona w 1994 r. Zajmuje się handlem elektronicznym B2C, początkowo jako detaliczny sprzedawca internetowy (sklep internetowy), a następnie umożliwiając niezależnym sprzedawcom oferowanie swoich produktów w ramach poszczególnych stron platformy handlowej, działających pod różnymi domenami krajowymi (np. amazon.pl w Polsce lub amazon.de w Niemczech).

[176] Zazwyczaj oferują one różną gamę produktów [oraz różnorodność („głębokość") danego asortymentu w ramach poszczególnych kategorii], a ich oferta jest szersza, niż tylko jedna kategoria produktów. W niektórych kategoriach produktów platformy te mogę oferować bogaty asortyment produktów, jako kategorie podstawowe danej platformy (np. elektronika), a w innych kategoriach jedynie ograniczoną liczbę produktów jako kategorie uzupełniające platformy (np. produkty żywnościowe).

[177] Decyzja KE z 2.01.2001 w sprawie COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, pkt 37.

[178] M. Czerniak, *Ochrona konkurencji a własność intelektualna na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2018, s. 40.

Inteligentne systemy operacyjne na urządzenia mobilne są rozwijane przez producentów zintegrowanych pionowo, takich jak Apple czy BlackBerry, i są używane wyłącznie w ich własnych inteligentnych urządzeniach mobilnych. Takie systemy operacyjne, nazywane „nieobjętymi licencją", są projektowane specjalnie na potrzeby danego producenta. Z drugiej strony, dostawcy typu Google czy Microsoft rozwijają inteligentne systemy operacyjne dla urządzeń mobilnych, które następnie są licencjonowane innym producentom sprzętu. Te „licencjonowane inteligentne systemy operacyjne" stają się częścią modelu biznesowego, który obejmuje licencjonowanie oprogramowania innym przedsiębiorcom, co przyczynia się do zwiększenia dostępności tych systemów na rynku sprzętu mobilnego. Działalność ta jest kluczowa i często poprzedza sprzedaż inteligentnych urządzeń mobilnych końcowym użytkownikom[179].

Google jest globalnym właścicielem oprogramowania Androida, licencjonowanego mobilnego systemu operacyjnego, używanego jako oprogramowanie podstawowe przez wielu producentów telefonów komórkowych, takich jak Samsung, LG, HTC i Sony. Jako licencjonowany system operacyjny Android różni się od systemu operacyjnego takiego jak Apple iOS, który jest używany wyłącznie przez Apple'a i niedostępny dla stron trzecich[180]. Google i Apple podjęły różne podejścia odnośnie do otwartości swoich platform mobilnych. Google udostępnił otwartą wersję systemu Android, która jest dostępna dla wszystkich producentów urządzeń mobilnych. Z kolei Apple opracował zastrzeżony system operacyjny iOS, który jest ściśle zintegrowany z własnym sprzętem, czyniąc Apple jedynym dostawcą urządzeń z tym systemem oraz jego jedynym zarządcą[181].

2.3.5. Sklepy z aplikacjami

Jak zdefiniowano w art. 2 pkt 14 DMA sklepy z aplikacjami oznaczają rodzaj usług pośrednictwa internetowego, w ramach których produktami lub usługami będącymi przedmiotem pośrednictwa są aplikacje. Rozwój inteligentnych urządzeń przenośnych doprowadził do powstania nowego rodzaju oprogramowania: platform dystrybucji cyfrowej, na które składają się usługi online i powiązane aplikacje, których celem jest umożliwienie użytkownikom pobierania, instalowania i zarządzania szeroką gamą różnorodnych aplikacji z

[179] Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 79-83.
[180] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 70.
[181] *Ibidem*.

jednego punkt w interfejsie telefonu komórkowego. Te platformy dystrybucji cyfrowej nazywane są inteligentnymi sklepami z aplikacjami mobilnymi („sklepy z aplikacjami").

Najczęściej używane sklepy z aplikacjami są specyficzne dla inteligentnego mobilnego systemu operacyjnego („Sklep Play" dla Google Android, „App Store" dla systemów operacyjnych Apple'a – iOS, „Windows Mobile Store" dla systemów operacyjnych Microsoftu). Sklepy z aplikacjami są ogólnie dostępne dla użytkowników za darmo. Użytkownicy płacą tylko za pobieranie określonych aplikacji lub nabywanie płatnych treści w ramach aplikacji („zakupy w aplikacji"). Twórcy aplikacji generujących przychody zazwyczaj płacą sklepowi z aplikacjami stały procent ich przychodów związanych z aplikacjami, gdy użytkownicy płacą za pobieranie aplikacji lub dokonują zakupów w aplikacji.

Sklepy z aplikacjami, takie jak App Store przedsiębiorstwa Apple dla urządzeń z systemem iOS, to platformy dystrybucji cyfrowej, których celem jest umożliwienie użytkownikom pobierania, instalowania i zarządzania szeroką gamą różnorodnych aplikacji z zazwyczaj jednego punktu w interfejsie smartfona. Są one „bramami" dla programistów, którzy chcą rozpowszechniać swoje aplikacje wśród użytkowników inteligentnego mobilnego systemu operacyjnego.

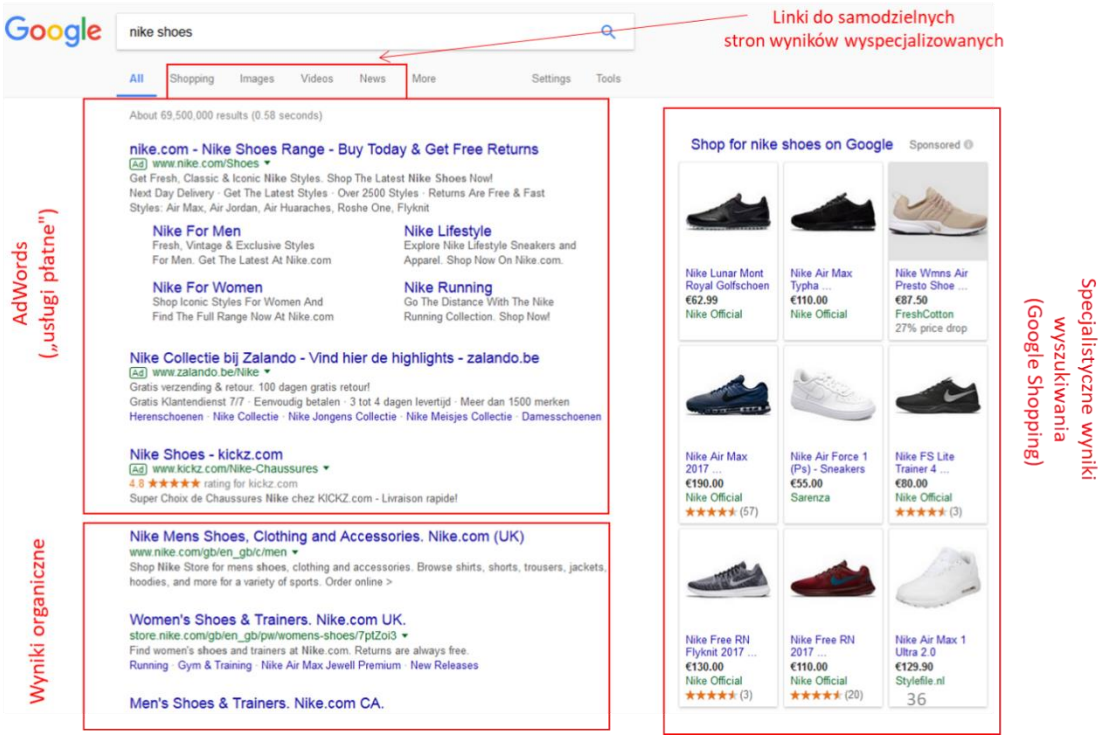
2.3.6. Internetowe usługi reklamowe

Na mocy art. 2 ust 2 lit. j) do podstawowych usług platformowych zaliczono m.in. internetowe usługi reklamowe, w tym sieci reklamowe, giełdy reklamowe i inne usługi pośrednictwa w zakresie reklam. Wielu wydawców (właścicieli stron internetowych) polega na internetowych reklamach, aby finansować bezpłatne treści online dla konsumentów. Internetowe usługi reklamowe stanowią podstawowy sposób, w jaki operatorzy platform, np. Google, Facebook zarabiają na swoich usługach online. Google gromadzi dane do wykorzystania w celach reklamy ukierunkowanej (spersonalizowanej), sprzedaje powierzchnię reklamową, a także działa jako pośrednik reklamowy online.

Poszczególne powierzchnie reklamowe można podzielić ze względu na to, czy są powiązane z wyszukiwaniem przeprowadzanym przez internautę, czy też nie. Powierzchnie reklamowe powiązane z wyszukiwaniem to przestrzenie wyświetlane na stronach wyników wyszukiwarek ogólnych lub specjalistycznych. Reklamy w wyszukiwarce pojawiają się w wynikach wyszukiwania po dokonaniu zapytania przez użytkownika. Reklamy w wyszukiwarce zwykle znajdują się u góry strony wyników wyszukiwania i są oznaczone jako „reklama" lub „wyniki sponsorowane". Najpopularniejszą tego typu usługę reklamową oferuje Google pod nazwą

Google Ads (dawniej: „Google AdWords"). Google Ads to system reklamowy Google'a uruchomiony 23 października 2000 r., pozwalający na wyświetlanie linków sponsorowanych w wynikach wyszukiwarki Google i na stronach współpracujących w ramach programu Google AdSense. Niezależnie od sponsorowanych linków wyświetlanych w wynikach wyszukiwania (tzw. Google Ads), Google za pośrednictwem porównywarki Google Shopping oferuje reklamę w formacie graficzno-tekstowym w postaci listy produktów (ang. *product listing ads*). Na pytanie użytkownika (np. buty) w wynikach wyszukiwania wyświetlana jest reklama pokazująca potencjalnym klientom zdjęcie produktu (butów), jego cenę, nazwę sklepu (strony internetowej, gdzie można zakupić dany produkt) i inne informacje. Poszczególne reklamy Google zostały przedstawione na poniższym rysynku.

Rysunek 1– wyniki wyszukiwania Google dla zapytania „nike shoes"



Źródło: opracowanie własne.

Zgodnie z powyższym rysunkiem, po wpisaniu w wyszukiwarkę Google hasła: „nike shoes" wyświetlone zostały: wyniki płatne (Google AdWords; obecnie: Google Ads), wyniki organiczne oraz specjalna przestrzeń zakupowa (Google Shopping). Reklamy w wyszukiwarce można również kupić za pośrednictwem innych wyszukiwarek, takich jak Bing i DuckDuckGo. Operatorzy platform świadczący usługi wyszukiwania wyspecjalizowanego (np. Allegro) mogą również oferować tego typu reklamy (np. Allegro Ads).

Gdy reklama nie jest powiązana z wyszukiwaniem, ogólnie określa się ją jako reklamę wyświetlaną (tzw. reklama displayowa). Reklamy tego typu mogą składać się z różnych elementów wizualnych, takich jak tekst, obrazy, animacje i wideo, które pojawiają się obok treści witryny. Na przykład reklama displayowa może pojawić się jako obraz u góry lub obok treści witryny (jest to często określane jako baner reklamowy). W przeszłości reklama displayowa opierała się na zawartości docelowej witryny lub strony internetowej, dzięki czemu istniała zgodność między treścią strony a reklamą, ale także między odbiorcami witryny a docelowymi odbiorcami reklamodawcy. Ten rodzaj reklamy nazywany jest reklamą kontekstową. Z czasem rozwinęła się tzw. reklama spersonalizowana, czyli wyświetlana zgodnie z profilem internauty odwiedzającego serwis[182]. Niezależnie od tego istnieją również serwisy (portale) ogłoszeniowe, np. Gumtree czy tez OtoMoto, które pozwalają na zamieszczanie ogłoszeń i ich przeglądanie, a przez to kojarzenie stron transakcji (kupującego ze sprzedającym)[183].

Reklamowe displayowe kupowane od danych operatorów platform internetowych są wyświetlane za pośrednictwem stron internetowych produktów lub usług należących do tych operatorów. Przykładowo, Facebook sprzedaje reklamy displayowe m.in. na platformie Facebook, Messengerze i Instagramie. Reklamodawcy, którzy chcą kupić reklamy od Facebooka, mogą to zrobić na kilka sposobów, ale odbywa się to głównie za pośrednictwem Menedżera reklam — samoobsługowego interfejsu Facebooka do tworzenia reklam. Część reklam jest wyświetlana na stronach osób trzecich.

W tradycyjnie stosowanym modelu zakupu reklamy display reklamodawca chcący kupić daną powierzchnię był zmuszony do bezpośredniego kontaktu z wydawcą. Na przykład reklamodawca negocjował z właścicielem witryny internetowej (serwisu informacyjnego) w celu zakupu banerów reklamowych na stronie głównej witryny na określony czas w określonym dniu. Oferty bezpośrednie są zawierane przed wyświetleniem reklam użytkownikom.

---

[182] W tym celu wykorzystywane mogą być dane demograficzne, na przykład wiek i płeć internauty, jego kategoria społeczno-zawodowa, ale także dane behawioralne, takie jak odwiedzane strony, ich geolokalizacja czy zainteresowania internauty. Istnieją różne metody, aby wykorzystywać dane osobowe do wyświetlania reklam spersonizowanych. Przykładowo, w przypadku platform zamkniętych, wymagających zalogowania (np. konto na Facebooku) użytkownik loguje się w celu uzyskania dostępu do usługi. Dane generowane przez użytkownika mogą być następnie wykorzystywane do kierowania treści reklamowych, bezpośrednio przez daną usługę lub udostępniane stronom trzecim. W przypadku plików cookies aktywna identyfikacja internauty nie jest konieczna, ponieważ odwiedzana strona umieszcza na używanym urządzeniu (np. komputerze) pliki cookies, co umożliwia rozpoznanie urządzenia przy kolejnej wizycie, a tym samym stopniowe gromadzenie informacji o tym użytkowniku. Dany plik cookie jest zarezerwowany dla witryny, która go umieściła i nie może być odczytany przez inną witrynę. Ta metoda jest specyficzna dla środowisk internetowych.

[183] W przeciwieństwo do platform handlu elektronicznego, nie umożliwiają one sfinalizowania transakcji bezpośrednio za pośrednictwem tego serwisu.

Reklama programatyczna to z kolei zautomatyzowane kupowanie, sprzedawanie i wyświetlanie reklam, które odbywa się w czasie rzeczywistym i umożliwia reklamodawcom, stronom internetowym i pośrednikom wykorzystanie różnych źródeł danych do kierowania reklam do użytkowników. Za każdym razem, gdy użytkownik odwiedza witrynę internetową, odbywa się złożona, wieloetapowa procedura wyboru reklam, które mają zostać wyświetlone użytkownikowi. Procedura ta trwa zaledwie ułamki sekundy i obejmuje łańcuch przedsiębiorców zajmujących się technologią reklamową. Reklama programatyczna polega na wykorzystaniu technologii reklamowej (AdTech)[184] w celu ułatwienia procesu reklamowego. Zarówno reklamy displayowe, jak i te w wyszukiwarce można kupić programowo [185]. Najważniejszym elementem zakupu reklamy w modelu programatycznym jest aukcja powierzchni reklamowej [186]. Usługi technologii reklamowych (AdTech) to narzędzia, które pomagają w automatycznym kupowaniu, sprzedawaniu i wyświetlaniu niektórych typów reklam graficznych. Te narzędzia technologii reklamowej można skonfigurować tak, aby wchodziły ze sobą w interakcje na różne sposoby i ogólnie są interoperacyjne, co oznacza, że usługi łączą się i można z nich korzystać[187].

Po stronie podaży wydawcy (właściciele stron internetowych) sprzedają dostępną przestrzeń na reklamy displayowe na swoich stronach internetowych lub w swoich aplikacjach mobilnych. Po stronie popytowej reklamodawcy kupują takie zasoby, aby wyświetlać swoje reklamy odwiedzającym (użytkownikom) witryn internetowych (np. serwisu informacyjnego). Zarówno wydawcy, jak i reklamodawcy korzystają z łańcucha zewnętrznych pośredników, aby dopasować podaż i popyt na otwartym rynku wyświetlania. Wydawcy w celu sprzedaży swoich zasobów reklamowych wykorzystują takie technologie reklamowe jak serwery reklam,

[184] Technologia reklamowa (ang. *advertising technology* – AdTech) to szeroki termin określający oprogramowanie i narzędzia wykorzystywane przez agencje reklamowe, właścicieli marek, wydawców i właścicieli platform do targetowania, realizacji i pomiaru działań w zakresie reklamy internetowej.

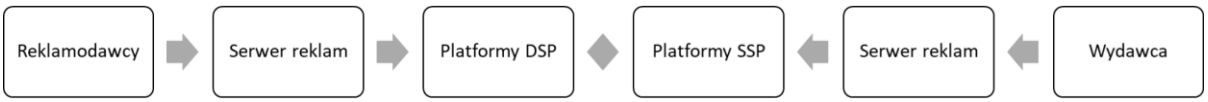
[185] Wyrażenie „kupić programowo" odnosi się do procesu zakupu reklam za pomocą automatyzacji i technologii programowej, zamiast dokonywania zakupów ręcznie poprzez bezpośredni kontakt z wydawcami reklamowymi. W przypadku reklam displayowych i reklam w wyszukiwarkach, kupowanie programowe odbywa się poprzez platformy reklamowe działające na zasadzie aukcji, w których reklamodawcy mogą ustawić określone kryteria, takie jak grupy docelowe, słowa kluczowe, czy budżet reklamowy, a następnie system automatycznie kupuje i wyświetla reklamy w odpowiednich miejscach w sieci reklamowej lub wynikach wyszukiwania. Ten proces umożliwia bardziej efektywne i precyzyjne docieranie do odpowiednich odbiorców oraz optymalizację wydatków reklamowych.

[186] W aukcji biorą udział tylko reklamy, które potencjalnie mogą zainteresować użytkownika przebywającego na stronie. To, jaka reklama może zainteresować danego użytkownika, określane jest na podstawie plików cookies oraz jego ruchu na stronach internetowych. Wszystkie te działania, czyli aukcja i dobór przekazu marketingowego oraz wyświetlenie reklamy, dzieją się automatycznie i w czasie rzeczywistym w chwili gdy użytkownik wchodzi na daną witrynę.

[187] Zgodnie z art. 2 pkt 29 DMA „interoperacyjność" oznacza zdolność w zakresie wymiany informacji i wzajemnego korzystania z informacji, których wymiany dokonano za pośrednictwem interfejsów lub innych rozwiązań, pozwalającą zapewnić, by wszystkie elementy sprzętu lub oprogramowania współdziałały z innym sprzętem i oprogramowaniem oraz z użytkownikami we wszelkich formach działania, do jakich są przeznaczone.

platformy zakupu i sprzedaży reklam. Uproszczony schemat łańcucha wartości stosu technologii reklamowych został przedstawiony na poniższym rysunku.

Rysunek 2 – uproszczony schemat łańcucha wartości stosu technologii reklamowych



Źródło: opracowanie własne.

Serwer reklam to element technologii reklamowej, który jest używany przez wydawców, reklamodawców, agencje reklamowe i sieci reklamowe do zarządzania i prowadzenia internetowych kampanii reklamowych. Serwery reklamowe to pierwsza warstwa technologiczna zaangażowana w selekcję i dystrybucję reklam internetowych. Umożliwiają wydawcom zarządzanie zasobami reklamowymi poprzez ocenę ich dostępności na podstawie ich historycznych właściwości oraz automatyczny wybór najbardziej trafnych i dochodowych dostępnych reklam. Serwery reklam są odpowiedzialne za podejmowanie natychmiastowych decyzji o tym, jakie reklamy mają być wyświetlane w witrynie, a następnie ich wyświetlanie. Ponadto serwer reklam zbiera i raportuje dane (takie jak wyświetlenia, kliknięcia itp.), aby reklamodawcy mogli uzyskać wgląd w reklamy i monitorować ich skuteczność.

Platforma zakupu reklam (ang. *demand side platform,* DSP) służy do kupowania powierzchni reklamowej online za pośrednictwem aukcji w czasie rzeczywistym. Innymi słowy, platforma DSP to system, na którym zamieszczane są kreacje reklamowe[188] i w którym dokonuje się planowania aktywności reklamowych. Platforma DSP służy do łączenia reklamodawców z sieciami reklamowymi, oceny dostępnych zasobów i zapewnienia, że reklamy są kierowane do właściwych odbiorców. Za pośrednictwem platformy DSP reklamy mogą być rozpowszechniane w wielu witrynach internetowych, co pozwala zaoszczędzić mnóstwo czasu i pieniędzy oraz zmaksymalizować efektywność prowadzonych kampanii.

Wydawcy korzystają natomiast z platformy sprzedaży reklam (supply side platform – SSP) służącej do programowej sprzedaży reklam. W systemie SSP wydawca określa, jakie posiada powierzchnie reklamowe, w tym ich położenie czy rozmiar, a następnie generuje dla każdego elementu tzw. skrypt reklamowy, który jest wpinany w określone miejsca na witrynie. Platforma SSP może skupiać się na jednym rodzaju reklamy lub zapewniać nabywcom dostęp

[188] Kreacja reklamowa to proces tworzenia i projektowania treści reklamowych z zastosowaniem różnych technik i narzędzi.

do szerokiego wachlarza formatów. Platforma SSP łączy się z giełdą reklam i udostępnia zasoby wydawcy na aukcjach, na których można licytować za pośrednictwem platformy DSP. Z platformy DSP na platformę SSP można przesyłać wiele ofert. Platforma SSP wybiera następnie ofertę o najwyższej cenie jako zwycięską i wysyła do wydawcy odpowiednią kreację (baner reklamowy, film reklamowy, reklamę natywną itp.).

Pośrednictwo w sprzedaży powierzchni reklamowych działa w następujący sposób. W pierwszej kolejności wydawca informuje operatora swojego serwera reklamowego o dostępnych boksach reklamowych. Ten z kolei żąda ofert od wielu operatorów platform sprzedaży reklam (SSP) i ocenia je w celu wyłonienia zwycięzcy, a następnie powiadamia operatora serwera reklamowego zwycięskiego reklamodawcy, który wyświetla reklamę w witrynie wydawcy. Każdy operator platformy sprzedaży przestrzeni reklamowej z kolei żąda, otrzymuje i ocenia oferty od wielu operatorów platform zakupu (DSP). Operator serwera reklamowego wydawcy przeprowadza następnie ostateczną aukcję wśród ofert otrzymanych od różnych operatorów platform SSP. Aukcje w stosie technologii reklamowych są w związku z tym przeprowadzane między: reklamodawcami licytującymi powierzchnie reklamowe (odsłony reklam); operatorami platform zakupu reklam (DSP) oraz operatorami platform sprzedaży reklam (SSP). Chociaż istnieje wiele przedsiębiorców świadczących usługi technologii reklamowych, Google jest jedynym przedsiębiorcą, który oferuje usługi technologii reklamowej w całym łańcuchu dostaw technologii reklamowych [189]. Zestawienie usług reklamowych Google zostało przedstawione w poniższej tabeli.

Tabela 3 – usługi reklamowe Google

	Zintegrowane usługi Google	**Usługi technologii reklamowych Google**
Usługi skierowane do wydawców (strona podażowa)	Google AdSense	Google Ad Manager
Usługi skierowane do reklamodawców (strona popytowa)	Google Ads	Google Marketing Platform

Źródło: opracowanie własne.

[189] Połączenie usług technologii reklamowych związanych z finalizacją kompleksowej transakcji reklamy displayowej między reklamodawcami a witrynami jest często określane jako łańcuch dostaw technologii reklamowych lub stos technologii reklamowych.

Najważniejszą usługą Google pod względem przychodów jest Google Ads (dawniej: Google AdWords)[190]. Google Ads umożliwia reklamodawcom tworzenie i kupowanie zarówno reklam w wyszukiwarce, jak i reklam displayowych. Reklamodawcy mogą wybierać spośród wielu różnych odbiorców docelowych, celów marketingowych, budżetów i formatów reklam. Gdy reklamodawca zdecyduje się reklamować za pomocą Google Ads, jego reklamy mogą być wyświetlane w witrynach obsługiwanych przez Google np. wyszukiwarka Google, YouTube, Gmail, Google Play. Usługa AdMob to z kolei mobilna sieć reklamowa i platforma należąca do Google generująca przychody dla deweloperów aplikacji mobilnych.

Google Marketing Platform to platforma Google, która łączy kilka usług reklamowych Google, które mogą być również używane oddzielnie (np. platforma DSP – DoubleClick[191], pakiet Google Analytics 360[192]). Platforma ta przeznaczona jest dla reklamodawców, i jest używana do kupowania i pomiaru zasobów reklamowych za pośrednictwem łańcucha dostaw technologii reklamowych. Google Marketing Platform, w przeciwieństwie do Google Ads, skierowana jest do większych, bardziej zaawansowanych reklamodawców i przedsiębiorców. Różni się od Google Ads również tym, że oferuje wyższy poziom automatyzacji i kierowania reklam oraz większe możliwości wykorzystania danych przez reklamodawców. Umożliwia także reklamodawcom kupowanie zasobów reklamowych dostępnych nie tylko w usługach technologii reklamowych Google, ale także w usługach technologii reklamowych innych przedsiębiorców. Na przykład reklamodawcy mogą kupować zasoby reklamowe z własnej giełdy reklam Google, a także z giełd reklam innych przedsiębiorców.

Wydawcy stron internetowych (np. właściciele serwisów informacyjnych) lub aplikacji mobilnych mogą zarabiać na swoich treściach lub usługach, udostępniając swoje zasoby reklamowe operatorom platform internetowych (np. dla Google)[193] w swoich witrynach (stronach internetowych). Google AdSense to usługa, za pomocą której strony internetowe dostarczają zasoby reklamowe do sieci reklamowej Google lub sieci wyszukiwania Google. Google AdSense umożliwia właścicielom witryn zarabianie na ich witrynach, umożliwiając Google oferowanie reklamodawcom zasobów reklamowych w tych witrynach.

---

[190] Sprawozdanie finansowe Alphabet (Google) za 2022 r., https://abc.xyz/assets/d4/4f/a48b94d548d0b2fdc029a95e8c63/2022-alphabet-annual-report.pdf (data dostępu: 14.01.2023)

[191] DoubleClick został przejęty przez Google w 2008 r. Platforma DSP (ang. *demand side platform*), jak wskazano powyżej, służy do kupowania powierzchni reklamowej online za pośrednictwem aukcji w czasie rzeczywistym.

[192] Narzędzie analityczne służące do przeprowadzania skutecznych działań marketingowych.

[193] Termin zasoby reklamowe odnosi się do całej powierzchni reklamowej dostępnej do sprzedaży w danym czasie, w danym okresie i dla danego nośnika reklamowego.

Google Ad Manager to usługa Google skierowana do wydawców, która łączy różne produkty Google, które mogą być również używane oddzielnie, przeznaczone do obsługi witryn internetowych. Google Ad Manager służy do sprzedaży zasobów reklamowych za pośrednictwem łańcucha dostaw technologii reklamowych. Zawiera następujące produkty: platforma SSP [194] (wcześniej nazywana: „DoubleClick Ad Exchange") giełda reklam (wcześniej nazywana: „DoubleClick Ad Exchange") serwer reklam wydawcy (wcześniej nazywany: „DoubleClick for Publishers")[195]. Jako usługa dla stron internetowych różni się od Google AdSense tym, że pozwala na większą automatyzację, większe wykorzystanie danych i dostosowywanie, a także udostępnia zasoby reklamowe witryny nie tylko usługom reklamowym Google, ale także innym przedsiębiorcom zewnętrznym.

2.4. Konkluzje

Strategie cenowe i modele biznesowe platform internetowych są złożone i różnorodne, co wynika z dynamicznego charakteru sektora cyfrowego. Platformy internetowe, od małych stron lokalnych po globalne korporacje, oferują szeroki zakres usług, takich jak wyszukiwarki internetowe, platformy *e-commerce*, sieci społecznościowe, platformy udostępniania wideo i gospodarki współpracy. Wykorzystują one technologie informacyjno-komunikacyjne do ułatwienia interakcji między użytkownikami, zbierania i przetwarzania danych o tych interakcjach oraz generowania efektów sieciowych, które zwiększają ich wartość dla użytkowników. Tworzenie wartości przez platformy internetowe różni się od tradycyjnych modeli biznesowych. W modelach liniowych wartość jest dodawana na każdym etapie łańcucha dystrybucji, od produkcji do klienta końcowego. Natomiast platformy tworzą wartość poprzez umożliwianie interakcji między różnymi grupami klientów, co sprawia, że są one atrakcyjne dla szerszej gamy użytkowników.

Platformy internetowe stanowią zróżnicowaną kategorię form działalności gospodarczej w świecie cyfrowym, obejmującą szeroki zakres modeli biznesowych. Są rozumiane jako rynki dwustronne, gdzie łączą różne grupy użytkowników, takie jak kupujący i sprzedający, oraz jako pośrednicy, ułatwiający interakcje i transakcje. Opierają się one na tworzeniu wartości oraz osiąganiu zysku poprzez dopasowywanie oraz umożliwienie bezpośrednich lub pośrednich interakcji między dwoma stronami (np. kupującymi i sprzedającymi). Ponadto, często pełnią

[194] Platforma DSP (ang. *demand side platform*), jak wskazano powyżej, służy do kupowania powierzchni reklamowej online za pośrednictwem aukcji w czasie rzeczywistym. Łącznie Google obsługuje do 80% sprzedaży, w zależności od regionu.
[195] Organy ochrony konkurencji szacują udział Google w rynku na 80-90%. Zob.: Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie nr AT.40099, *Google Android*.

one rolę regulatorów, ustalając zasady i standardy dla swoich użytkowników i rynków, na których działają. Różnorodne role platform internetowych wpływają na ich modele biznesowe i strategie cenowe. Jako rynki dwustronne, platformy internetowe muszą równocześnie spełniać oczekiwania obu stron rynku[196], co prowadzi do specyficznych wyzwań, takich jak problem „jajka czy kury", gdzie obecność jednej grupy użytkowników zależy od obecności drugiej. W odpowiedzi na to, platformy często stosują strategie, takie jak model *freemium*, gdzie podstawowe usługi są bezpłatne, ale za bardziej zaawansowane funkcje pobierane są opłaty. Jako *quasi* regulatorzy, operatorzy platform internetowych ustalają zasady rządzące interakcjami między użytkownikami, wpływając tym samym na dynamikę rynkową i zachowania ekonomiczne w swoich ekosystemach. To sprawia, że są one nie tylko dostawcami usług, ale także aktywnymi podmiotami kształtującymi rynki, na których operują.

Wszystkie te czynniki – rola rynków dwustronnych, funkcja pośrednika i rola regulatora – mają wpływ na mnogość modeli biznesowych platform internetowych. Zależą one od specyfiki działalności, grupy docelowej, rodzaju świadczonych usług, a także od strategii monetyzacji i sposobów wykorzystania danych. Dlatego też modele biznesowe platform internetowych mogą się znacząco różnić, od opartych na subskrypcji, przez modele reklamowe, aż po strategie oparte na danych i analizach rynkowych. Ta różnorodność sprawia, że sektor cyfrowy jest dynamiczny i ciągle ewoluuje, dostosowując się do zmieniających się potrzeb rynku i zachowań konsumentów.

Na rynkach cyfrowych obserwuje się powstawanie ekosystemów, stanowiące nowoczesną formę organizacji rynkowej. Ekosystemy, definiowane jako zbiory produktów i usług oferowanych przez jedną organizację lub grupę kapitałową, ewoluują w sposób, który wymaga ciągłej adaptacji i innowacji. Charakterystyczne dla cyfrowych ekosystemów jest to, że mogą one korzystać zarówno z ekonomii zakresu, jak i skali. Integracja różnorodnych produktów i usług w ramach jednego ekosystemu może prowadzić do oszczędności związanych z efektywnością, potencjalnie obniżając ceny dla konsumentów. Dodatkowo, synergia po stronie popytu może zwiększać wartość oferowanych produktów i usług, poprawiając ogólne wrażenia konsumentów. Jednak ekosystemy cyfrowe mogą również napotykać wyzwania, zwłaszcza w kontekście ochrony konkurencji. Właściciele tych ekosystemów często dążą do integracji swoich usług z codziennym życiem użytkowników, co może prowadzić do zależności od

[196] W literaturze wskazuje się, że platfroma musi „przyciągnąć" obie strony (ang. *attract both sides of the platform*). Zob.: J.-C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, "Journal of the European Economic Association" 2003, nr 4, s. 990-1029; J.-C. Rochet, J. Tirole, *Two-sided markets: A progress report*, "The RAND Journal of Economics" 2006, nr 3, s. 645-667.

jednego ekosystemu w wielu obszarach życia. Przenoszenie ich siły rynkowej na sąsiednie (powiązane) z platformą rynki oraz potencjalne bariery wejściowe dla nowych innowacyjnych przedsiębiorców są aspektami, które wymagają uwagi z perspekywy prawa ochrony konkurencji i regulaji rynków cyfrowych.

W kontekście zarządzania ekosystemami operatorzy platform, często nazywani orkiestratorami, pełnią kluczową rolę. Są oni odpowiedzialni za dostarczanie podstawowych produktów i usług, a także za selekcję i integrację produktów dodatkowych pochodzących od niezależnych dostawców w celu maksymalizacji wartości całego ekosystemu. Ponadto, zarządzają oni całą strukturą ekosystemu, rozwiązując ewentualne konflikty między jego uczestnikami. W rezultacie, cyfrowe ekosystemy prezentują skomplikowaną sieć wzajemnych zależności, synergii i wyzwań, które wymagają ciągłej analizy i adaptacji, aby pozostać konkurencyjnymi i innowacyjnymi na dynamicznie zmieniających się rynkach cyfrowych.

3. Charakterystyka oraz parametry konkurencji na rynkach cyfrowych

Po omówieniu charakterystyki rynków cyfrowych i modeli biznesowych platform internetowych, w niniejszej części pracy doktorskiej skupiono się na poszukiwaniu odpowiedzi na pytania, w jaki sposób przedsiębiorcy korzystający z modelu biznesowego platform internetowych konkurują, a także co umożliwia im skuteczne wejście na rynek lub rozwijanie swojej pozycji na powiązanych (sąsiednich) rynkach, prowadząc do tworzenia rozległych cyfrowych ekosystemów. Zostanie tutaj zbadane pojęcie konkurencji, a także omówione będą jej różne wymiary i rodzaje występujące na rynkach cyfrowych.

3.1. Pojęcie konkurencji

Konkurencja[197], wartość chroniona przez władze publiczne, nie ma jednoznacznej definicji w aktach prawnych. Jest to pojęcie wielowymiarowe, wywodzące się z ekonomii[198], chronione nie ze względu na samą ideę rywalizacji, ale ze względu na płynące z niej korzyści. Głównymi celami ochrony konkurencji na rynkach cyfrowych jest m.in. zapewnienie optymalnych

[197] Termin „konkurencja" pochodzi od łacińskiego słowa *concurrentia*, co oznacza „biec razem" – w kontekście współzawodnictwa. Konkurencja jako przedmiot ochrony prawa konkurencji UE została omówiona w literaturze przedmiotu. C. Banasiński słusznie zauważa, że „*Próby utożsamiania konkurencji z procesem rywalizacji przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi rynkowej są mocno uproszczone*" (rywalizacja między uczestnikami rynku jest jedynie środkiem do osiągnięcia różnych społecznie pożądanych celów, łączonych z konkurencją); zob. C. Banasiński, *Podstawy i zakres prawa konkurencji Unii Europejskiej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 15.

[198] Teorie ekonomiczne nadają kształt europejskiej polityce konkurencji. Nieustannie się jednak zmieniają, gdyż różni ekonomiści mają odmienne spojrzenia i tym samym mogą różnie oceniać fakty – w zależności od tego, jaką szkołę ekonomiczną preferują. Ekonomiczne teorie konkurencji znacząco wpłynęły na regulację prawa konkurencji UE.

warunków dla zawierania umów oraz efektywny rozdział dóbr i usług, stymulujący rozwój technologiczny[199]. Pierwsze znaczenie konkurencji wiąże się z potocznym postrzeganiem tego terminu jako rywalizacji co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorstw na określonym rynku. W tym ujęciu, konkurencja ma charakter podmiotowo-strukturalny, gdzie oba aspekty są ze sobą powiązane. Drugie rozumienie konkurencji odnosi się do mechanizmu umożliwiającego osiągnięcie celów prokonkurencyjnych, takich jak niższe ceny, wyższa jakość, czy większy wybór dóbr i usług, poprzez efektywne działanie rynku. To podejście, przedmiotowo-skutkowe, kładzie nacisk nie na sam proces konkurencji, ale na jego pożądane efekty, definiując istotę konkurencji[200].

Pojęcie „konkurencja" jest różnie postrzegane z perspektywy poszczególnych szkół ekonomicznych. Przykładowo, zgodnie z założeniami koncepcji strukturalnej stworzonej przez szkołę harwardzką, struktura rynku determinuje zachowanie przedsiębiorców, a zachowanie determinuje wyniki rynkowe. Efektywność konkurencji była postrzegana jako pochodna ilości podmiotów na rynku oraz swobody wejścia na rynek[201]. Na gruncie szkoły harwardzkiej ukształtowała się również teoria dźwigni. Zgodnie z nią przedsiębiorstwo mające siłę ekonomiczną na jednym rynku dąży do przeniesienia swej dominacji na inne rynki za pomocą praktyk stanowiących nadużycie pozycji dominującej (co zostało przeanalizowane w V.1.2 pracy doktorskiej).

Inni eksperci z dziedziny ekonomii podkreślali, że prawo konkurencji powinno zabezpieczać efektywną konkurencję, a nie każdą formę rywalizacji, mającą na celu utrzymanie na rynku jak największej liczby przedsiębiorstw bez względu na koszty. Na przykład, według J. A. Schumpetera, to przedsiębiorcy z silną pozycją rynkową napędzają innowacje i postęp technologiczny[202]. Z kolei J. M. Clark, zaliczany do twórców instytucjonalizmu, zaproponował koncepcję konkurencji zdolnej do działania, argumentując, że doskonała konkurencja jest nierealna i teorie oparte na tej idei nie dostarczają skutecznych wytycznych dla polityki

---

[199] Konkurencja jest postrzegana jako dobro publiczne, ponieważ wszyscy czerpią z niej korzyści, takie jak niższe ceny, szerszy wybór, lepsza jakość i nowe produkty. Jednakże nikt nie jest chętny do ponoszenia związanych z nią kosztów, takich jak zmniejszone zyski, intensywniejsza rywalizacja czy wyższe wydatki na zaspokojenie potrzeb klientów. D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 32.

[200] M. Stefaniuk, *Pojęcie rynku i konkurencji w publicznoprawnych regułach konkurencji*, [w:] M. Stefaniuk (red.), *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Lublin 2005, s. 42-43; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 53-55.

[201] W związku z tym, jednym z głównych celów prawa antymonopolowego, według szkoły harwardzkiej, miała być ochrona małych i średnich przedsiębiorców oraz swobody działalności gospodarczej przed ekspansją przedsiębiorców posiadających znaczną siłę rynkową. Korzyści płynące z wolnej konkurencji obrazuje model doskonałej konkurencji. A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 57.

[202] J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Londyn-Nowy Jork, 1976, s. 81-86.

konkurencyjnej[203]. Przedstawiciele szkoły post-Chicagowskiej zwracali uwagę na konieczność analizowania problemów konkurencyjnych, biorąc pod uwagę zachowanie uczestników rynku w kontekście specyfiki danego rynku, na którym mogło dojść do ograniczenia konkurencji[204]. Natomiast, zdaniem autorów teorii rynków spornych (rynków kontestowanych), czyli Williama J. Baumola, Johna C. Panzara i Roberta D. Williga, istotniejsza od liczby przedsiębiorstw na rynku jest sama możliwość wejścia na rynek, ponieważ strategie ustalane przez dominantów często uwzględniają potencjalne zachowania konkurencji. Potencjalna reakcja istniejącego przedsiębiorcy wpłynie na możliwość pojawienia się nowych przedsiębiorstw w przyszłości[205].

Prawo i polityka konkurencji Unii Europejskiej nie są prostą pochodną modeli i teorii ekonomicznych – są wypadkową poglądów wyrażonych przez ekonomistów, prawników i polityków na podstawie zastanego, historycznego systemu prawa. U podstaw modelu gospodarczego UE leży tzw. koncepcja społecznej gospodarki rynkowej[206]. Ekonomiczne podstawy (fundamenty) unijnego prawa konkurencji („podejście europejskie") – opierające się na kompilacji dotychczasowych teorii ekonomicznych (w tym myśli ordoliberalnej i szkół amerykańskich). Fundamenty te odnoszą się do teorii szkody[207] w kontekście celów i wartości osadzonych w unijnym prawie konkurencji[208].

3.2. Wymiary konkurencji na rynkach cyfrowych

W ekosystemach cyfrowych, takich jak platformy internetowe, konkurencja manifestuje się na trzech głównych poziomach [209]. Po pierwsze, mamy do czynienia z konkurencją międzyplatformową („platforma *vs*. platforma"), czyli rywalizacją między różnymi ekosystemami cyfrowymi, na przykład między Androidem Google a iOS Apple. W tym przypadku przewaga strategiczna wynika nie tylko z atrakcyjności poszczególnych produktów czy usług, ale także z całościowej siły ekosystemów. Wartość ekosystemu dla konsumentów jest zazwyczaj wyższa, gdy postrzegają go jako całość tworzącą synergiczne korzyści, niż gdy

[203] J. M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, „The American Economic Review" nr 2, s. 241-256.
[204] H. Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A review and critique*, "Columbia Business Law Review" 2001, nr 2, s. 257, 270.
[205] W. J. Baumol, J. C. Panzar, R. D. Willig, *Fixed costs, sunk costs, entry barriers, and sustainability of monopoly*, „The Quarterly Journal of Economics" 1981, nr 3, s. 405-431.
[206] Z historycznego punktu widzenia społeczna gospodarka rynkowa jest związana z doktryną ordoliberalną wyrosłą na gruncie niemieckiej myśli ekonomiczno-prawnej XX w. Koncepcja ta, z jednej strony, opiera się na idei gospodarki rynkowej, ale równocześnie, z drugiej strony, zakłada dopuszczalność korygowania praw rynku przez państwo w celu uzyskania realizacji określonych potrzeb społecznych, niemożliwych do spełnienia przy całkowicie swobodnym funkcjonowaniu praw rynkowych. Stała się ona „trzecią drogą" położoną między gospodarką centralnie planowaną a leseferyzmem głoszącym całkowitą neutralność państwa wobec przebiegu procesów gospodarczych.
[207] Teoria szkody tłumaczy, w jaki sposób rzekome ograniczenie konkurencji szkodzi konsumentom.
[208] D. Hildebrand, *The emergence of the European School*, „Concurrences" 2012, nr 2, s. 4.
[209] G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 211.

oceniają pojedyncze usługi cyfrowe oferowane w oderwaniu od tego ekosystemu. Konkurencja międzyplatformowa, dotycząca rywalizacji między różnymi platformami, ma na celu nie tylko przyciągnięcie konsumentów, ale również pozyskanie dostawców. Aby platformy internetowe były skuteczne, muszą one zatrzymać odpowiednio dużą liczbę użytkowników z obu stron (tj. osiągnąć „masę krytyczną"). Z powodu pośrednich efektów sieciowych rynki często osiągają punkt, w którym dominuje jeden lub kilka operatorów platform, co skłania tych przedsiębiorców do intensywnej rywalizacji, np. poprzez strategie preferujące wzrost nad zyskiem (ang. *growth-over-profit strategy*)[210]. Konkurencja międzyplatformowa jest zatem zwykle intensywna, dopóki rynek nie zostanie zdominowany przez jednego operatora[211].

Po drugie, konkurencja wewnątrzplatformowa obejmuje rywalizację na samej platformie między różnymi dostawcami, a także, coraz częściej, między dostawcami (użytkownikami biznesowymi) a operatorem tej platformy[212].

Drugi poziom konkurencji dotyczy relacji między platformą a użytkownikiem biznesowym. Ten rodzaj konkurencji wynika z modelu pionowej integracji, w którym operatorzy platform rozwijają i dystrybuują swoje produkty lub oferują usługi bezpośrednio na własnej platformie. W takiej sytuacji operator platformy nie tylko dostarcza infrastrukturę cyfrową do dystrybucji produktów lub usług, ale także samodzielnie dystrybuuje lub świadczy wybrane produkty lub usługi. Gdy platformy są zintegrowane pionowo, pełnią podwójną rolę względem dostawców: konkurują z nimi i jednocześnie dystrybuują ich produkty. Przykładem może być Amazon lub Allegro, działające jako platformy dla niezależnych sprzedawców, jednocześnie oferujące te same towary w ramach własnej działalności. Uczestnicy ekosystemu cyfrowego mogą być również osobami trzecimi, oferującymi usługi komplementarne do tych świadczonych przez platformę, które stają się bardziej wartościowe dla konsumentów, gdy są częścią szerszego zestawu usług[213].

---

[210] Strategia "*growth-over-profit*", czyli „wzrost ponad zysk", w kontekście rozwoju platform internetowych, odnosi się do podejścia, w którym przedsiębiorcy skupiają się na szybkim zwiększaniu swojej skali działania, bazy użytkowników, zasięgu rynkowego lub innych wskaźników wzrostu, zamiast bezpośrednio na krótkoterminowych zyskach finansowych. To podejście często przyjmowane jest przez start-upy i przedsiębiorstwa technologiczne, które znajdują się w początkowej fazie rozwoju, gdzie najważniejszym celem jest zdobycie znaczącego udziału w rynku i osiągnięcie „masy krytycznej" użytkowników. L. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, "The Yale Law Journal" 2017, nr 126, s. 710, 803.

[211] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023 r., s. 62.

[212] N. M. Belloso, N. Petit, *The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove*, "European Law Review" 2023, nr 48, s. 15.

[213] G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 211-212. N. M. Bellosi i N. Petit wskazują na tzw. konkurencję pozaplatformową, która zachodzi między operatorami platform a podmiotami trzecimi w zakresie sprzedaży lub świadczenia usług poza platformami internetowymi. Na przykład dotyczy to usług płatniczych lub dostaw, które są usługami dodatkowymi w stosunku do usługi głównej, jaką jest pośrednictwo w sprzedaży internetowej realizowane na

Na trzecim poziomie mamy do czynienia z konkurencją między stronami trzecinimi rywalizującymi miedzy sobą w ramach danej platformy, na przykład dwoma twórcami aplikacji do gier, którzy starają się przyciągnąć tych samych konsumentów na tę samą platformę. W takich przypadkach ekosystemy często rywalizują ze sobą, co doskonale ilustrują ekosystemy smartfonów Apple i Android[214].

Rynek cyfrowy charakteryzuje się także konkurencją między różnymi modelami biznesowymi i stopniami interoperacyjności. Różnice między otwartymi a zamkniętymi ekosystemami często są obrazowane na przykładzie Apple i Google w sferze mobilności. System iOS od Apple jest własnościowy; jest zintegrowany wyłącznie z iPhone'ami, podczas gdy Google rozpowszechnia Androida jako system operacyjny typu open-source, udostępniany producentom telefonów za darmo i z możliwością personalizacji według ich potrzeb. Apple więc zarządza zamkniętym ekosystemem, a Google opowiada się za otwartością. Jednakże ta dwuznaczność jest pozorna. Z jednej strony, Apple udostępnia niezależnym deweloperom aplikacji dostęp do iPhone'ów za pośrednictwem App Store, czyniąc swój ekosystem bardziej otwartym. Z drugiej strony, Google sukcesywnie zwiększa liczbę swoich aplikacji własnościowych, które producenci telefonów mogą wykorzystywać tylko na określonych warunkach. W efekcie różnice między tymi dwoma ekosystemami są bardziej subtelne niż mogłoby to sugerować prostolinijne przeciwstawienie „otwartego" i „zamkniętego". Kluczowe znaczenie ma fakt, że systemy komputerowe lub ich struktury składają się z różnych poziomów – sprzętu, systemu operacyjnego, oprogramowania i treści – które każde mogą być w mniejszym lub większym stopniu otwarte[215].

Klienci mogą preferować produkty i platformy z bardziej zamkniętym systemem komplementarnych produktów i usług, nawet jeśli może to prowadzić do ograniczeń, jak w przypadku ekosystemu Apple. Inni mogą cenić sobie elastyczność i większy wybór, które oferują bardziej otwarte systemy, mimo potencjalnych ryzyk związanych z niezawodnością lub bezpieczeństwem. W podobny sposób producenci komponentów lub produktów komplementarnych, np. twórcy aplikacji, muszą decydować, czy chcą przestrzegać ogólnych standardów, czy też włączyć się do bardziej zamkniętego systemu. Te wybory niosą ze sobą

platformach e-commerce. Zob.: N. M. Belloso, N. Petit, *The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove*, "European Law Review" 2023, nr 48, s. 15.

[214] G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 211-212.

[215] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023 r., s. 42-43.

różne korzyści i koszty, co wymaga od przedsiębiorców dokonania wyboru w zakresie zakresu i projektowania interoperacyjności, dostosowując je do preferencji swoich użytkowników[216].

3.3. Innowacja oraz jakość usług jako parametry konkurencji na rynkach cyfrowych

Inne czynniki i formy konkurencji, niż te spotykane na tradycyjnych rynkach, odgrywają istotną rolę na rynkach cyfrowych, w tym jakość, różnorodność i innowacyjność[217]. Dlatego też, podejście skoncentrowane na cenie może nie oddawać rzeczywistej natury ograniczeń konkurencyjnych występujących na rynkach cyfrowych. Rynek nowych technologii charakteryzuje się występowaniem szczególnego modelu konkurencji nazywanego konkurencją dynamiczną. W tym ujęciu konkurencja jest ciągłym procesem opartym na postępie technicznym, a przedsiębiorcy dążą do wysokiego poziomu innowacyjności. W rezultacie konkurenci wprowadzają na rynek coraz to nowe towary i usługi, zmierzając do zaspokojenia rodzących się nowych potrzeb nabywców i konsumentów[218]. Konkurencja oparta na innowacjach jest procesem ewolucyjnym, przebiegającym przez cztery etapy: (i) odkrycie wiedzy, (ii) tworzenie wynalazków, (iii) implementacja wynalazków w formie innowacji oraz (iv) adopcja innowacji przez konsumentów i przedsiębiorców. Działania na każdym z tych etapów przyczyniają się do generowania wartości ekonomicznej na późniejszych etapach[219].

Historia rozwoju technologicznego obfituje w przykłady pokonanych monopolistów[220]. Konkurencja w dziedzinie innowacji prowadzi do różnorodności produktów, co może zwiększać dobrobyt konsumentów, nawet jeśli wiąże się to z wyższymi cenami i większą koncentracją na rynku. Taka forma konkurencji sprzyja także ulepszaniu procesów produkcyjnych i efektywności transakcji, co również może przyczyniać się do poprawy dobrobytu konsumentów, jednocześnie potęgując koncentrację rynkową. Konkurencja innowacyjna często wiąże się z istotnymi zmianami w strategiach konkurencyjnych i modelach biznesowych. Może ona jednak również ograniczać konkurencję, na przykład poprzez

---

[216] W. Kerber, H. Schweitzer, *Interoperability in the Digital Economy*, "Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law" 2017, nr 1, s. 42.

[217] OECD zdefiniowało innowację jako „pomyślne rozwijanie i stosowanie nowej wiedzy". OECD, *Competition and Innovation, Part I: A theoretical perspective*, Paryż 2023, s. 6, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)2/en/pdf (data dostępu: 30.11.2023 r).

[218] M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, w: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 15. Prawo konkurencji*, Warszawa 2014, s. 4.

[219] D. F. Spulber, *Antitrust and Innovation,* "Competition Journal of Antitrust Enforcement" 2023, nr 1, s. 18.

[220] Przykłady takie jak przedsiębiorstwo Kodak, znany dwudziestowieczny monopolista w branży fotograficznej, czy słynne platformy internetowe, takie jak Yahoo! (kiedyś popularniejsza wyszukiwarka internetowa niż Google) i MySpace (platforma społecznościowa, która straciła konkurencję z Facebookiem), ilustrują tę dynamikę. Podobnie, niegdyś potężni producenci telefonów komórkowych, tacy jak Motorola i Nokia, również doświadczyli utraty pozycji rynkowej. Innym przykładem może być IBM, były lider w produkcji sprzętu komputerowego, który został wyparty przez sprzęt komputerowy Intel i system operacyjny Microsoft. Zob.: C. M. Christensen, *The Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms to Fail,* Boston 1997, s. 149-151

restrykcje dostępu do danych lub naruszanie prywatności tych danych. Ponadto, konkurencja w zakresie innowacji może rodzić bariery antykonkurencyjne, wpływając na dostępność platform oraz motywację do ich użytkowania. Takie ograniczenia mogą wydawać się zgodne z konkurencją cenową, ale równocześnie obniżać dobrobyt konsumentów[221].

Konkurencja na rynku nowych technologii przybiera często postać konkurencji nie na rynku (ang. *on the market*), ale o rynek (ang. *for the market*) – o uzyskanie monopolu na kolejny, nowy towar lub usługę[222]. Zgodnie z koncepcją kreatywnej destrukcji, stworzoną przez J. A. Schumpetera, innowacje prowadzą do zastąpienia przestarzałych produktów i przedsiębiorców przez bardziej unowocześnione produkty oferowane przez ich następców [223] . Rozwój technologiczny wskazuje kierunek oraz zakres przyszłej konkurencji. Mając to na uwadze, można rozróżnić dwa rodzaje innowacji: (i) innowacje podtrzymujące (ang. *sustaining innovation*) oraz (ii) innowacje zaburzające (ang. *disruptive innovation*)[224]. Innowacyjne produkty lub usługi technologiczne, które są kierowane do obecnych klientów, określa się mianem technologii podtrzymujących. Choć oferują one pewien poziom ulepszenia w stosunku do dotychczasowego produktu, to zachowują jego kluczowe cechy, cenione przez dotychczasowych nabywców. Natomiast innowacje zaburzające to termin odnoszący się do procesu tworzenia nowych rynków technologicznych, które mają potencjał do zmiany sposobu działania ustalonych przedsiębiorstw, „przewracając" dotychczasowy rynek. Te dwa rodzaje innowacji wymagają odmiennych strategii. Wśród historycznych przykładów ilustrujących zjawisko innowacji zaburzających można wymienić wynalezienie maszyny parowej czy rozpowszechnienie Internetu[225].

Związek między konkurencją a innowacyjnością[226] nie jest jednak oczywisty. Chociaż od dawna panuje przekonanie, że konkurencja napędza innowacje, a te z kolei prowadzą do

---

[221] D. F. Spulber, *Antitrust and Innovation*, "Competition Journal of Antitrust Enforcement" 2023, nr 1, s. 18.
[222] S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2002, s. 202-203; OECD, *The Role of Innovation in Competition Enforcement*, Paryż 2023, www.oecd.org/daf/competition/the-role-of-innovation-in-competitionenforcement-2023.pdf (data dostępu 10.12.2023 r.), s. 12-14.
[223] J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Londyn 1994, s. 82–83.
[224] Koncepcja innowacji zaburzającej (ang. *disruptive innovation*) została wprowadzona w literaturze biznesowej przez C.M. Christensena i J.L. Bowera, którzy posłużyli się nią do wyjaśnienia, dlaczego wiodący przedsiębiorcy często nie są w czołówce swojej branży, gdy zmieniają się technologie lub rynki; zob. C. M. Christensen, J. L. Bower, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, „Harvard Business Review" 1995, nr 1, s. 43–53.
[225] Współcześnie można spotkać się z poglądami, że tego typu innowacją jest np. wejście na rynek Ubera. Jednak w opinii twórcy tej koncepcji, C. M. Christensena, Uber nie spełnia przesłanek technologii zaburzającej względem tradycyjnych taksówek, ponieważ nie wywodzi się z nowej pozycji rynkowej (nie tworzy zupełnie nowego rynku). Uber najpierw zbudował pozycję na rynku głównego nurtu taksówkarskiego, a następnie zwrócił się w kierunku pomijanych segmentów, czyli do klientów niekorzystających z tradycyjnych przewozów taksówkarskich. C. M. Christensen, M. E. Raynor, R. McDonald, *What Is Disruptive Innovation?*, "Harvard Business Review" 2015, nr 11, s. 44–53.
[226] Innowacja rozumiana jest jako wynik zastosowania postępu wiedzy (innowacje jako rezultat), a zarazem jako działania poprzedzające tenże rezultat, obejmujące powstanie pomysłu, prace badawczo-rozwojowe i projektowe, produkcję i upowszechnianie (innowacje jako proces). Podkreśla się przy tym, że: „*Innowacje są niezbędnym, dynamicznym składnikiem*

wyższego dobrobytu i wzrostu gospodarczego, brak jest jednomyślności teoretycznej co do precyzyjnego charakteru związku między tymi dwoma kluczowymi elementami gospodarki rynkowej[227]. W literaturze ekonomicznej pojawiły się dwa rozbieżne poglądy na temat wpływu struktury rynku na bodźce innowacyjne. Podczas gdy J. A. Schumpeter argumentował, że monopole sprzyjają innowacjom, K. Arrow wyraził przeciwny pogląd, że konkurencja jest dobra dla innowacji. Natomiast w ocenie J. A. Schumpetera, konkurencja niedoskonała[228] sprzyja innowacjom, umożliwiając przedsiębiorcom przywłaszczanie sobie większej wartości z ich innowacji. Z kolei według K. Arrowa, przedsiębiorca posiadająca znaczną siłę rynkową (monopolistyczną), chroniony przed konkurencją, jest mniej chętny do innowacji niż przedsiębiorca działający na konkurencyjnym rynku. Istniejące zyski monopolisty zniechęcają do badań i rozwoju, jeśli innowacja grozi utratą tych zysków[229]. Związek między innowacyjnością przedsiębiorców i presją konkurencyjną (strukturą rynku) może mieć również charakter nieliniowy i kształt odwróconej litery U[230].

3.4. Dane oraz uwaga użytkowników jako niezbędne zasoby na rynkach cyfrowych

Usługi oferowane na rynkach cyfrowych, choć pozornie „bezpłatne", w rzeczywistości nie są darmowe. Uwaga użytkowników[231] (m.in. skupiona na wyświetlanych reklamach) oraz ich dane osobowe stanowią w praktyce „walutę", którą konsumenci płacą w zamian za dostęp do tych usług[232]. Przedsiębiorcy w branży cyfrowej konkurują o przyciągnięcie uwagi konsumentów, co następnie jest monetyzowane poprzez zyski z reklam internetowych.

---

otwartej i konkurencyjnej gospodarki rynkowej, zwłaszcza w sektorach wysokich technologii (...) a zarazem najważniejszym czynnikiem wzrostu i rozwoju gospodarczego, co przekłada się na wzrost dobrobytu społeczeństwa". zob. R. Molski, *Antykonkurencyjne innowacje – oksymoron czy realne wyzwanie prawa antymonopolowego?*, „Studia Prawa Publicznego" 2017, nr 2, s. 9.

[227] OECD, *Competition and Innovation, Part I: A theoretical perspective*, Paryż 2023, s. 2, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)2/en/pdf (data dostępu: 30.11.2023 r).

[228] Konkurencja niedoskonała to sytuacja, w której poszczególni sprzedawcy mają możliwość znaczącego wpłynięcia na cenę rynkową swoich produktów lub usług. W przeciwnym przypadku, gdy panuje doskonała konkurencja, sprzedający nie mogą wpływać na cenę rynkową.

[229] Przedsiębiorcy działający w konkurencyjnej branży nie ponoszą odpowiedniego kosztu alternatywnego wynikającego z innowacji. Teoria Arrowa potwierdza stwierdzenie, że „*najlepszy ze wszystkich zysków monopolisty to spokojne życie*". Zgodnie z tą teorią przedsiębiorstwo chronione przed konkurencją nie ma ani potrzeby, ani motywacji do wytężonej pracy nad tworzeniem nowych i ulepszonych produktów. Zob.: R. J. Gilbert, *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*, Cambridge-Londyn 2020, s. 41-42.

[230] Zależność w kształcie odwróconej litery U sugeruje, że wzrost konkurencji (z początkowej niskiej pozycji) zwiększa tempo innowacji, ale wysoki poziom konkurencji zmniejsza tempo innowacji. Konkurencja może zwiększać przyrostowy zysk z innowacji („efekt ucieczki przed konkurencją"), ale może również zmniejszać zachęty do innowacji dla opieszałych (ang. *laggard*) („efekt Schumpetera"). P. Aghion, N. Bloom, R. Blundell, R, Griffith, P, Howitt, *Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship*, "The Quarterly Journal of Economics" 2005, nr 2.

[231] Tj. koncentrowanie się użytkowników na określonych elementach lub zjawiskach zewnętrznych.

[232] Chociaż to porównanie jest kontrowersyjne, to jednak gromadzenie danych, uwaga użytkowników oraz reklama internetowa stanowią istotne powody dostarczania bezpłatnych usług. Rola danych w kontekście funkcjonowania modeli platform internetowych była przedmiotem wielu analiz w literaturze dotyczącej prawa konkurencji, zob. np. I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016.

Rywalizują oni również o dostęp do danych użytkowników, co pozwala im na poprawienie jakości świadczonych usług oraz efektywniejsze kierowanie do użytkowników reklam behawioralnych[233]. W literaturze podkreśla się, że właściwym „produktem", na sprzedaży którego zarabiają operatorzy platform internetowych, jest czas spędzany przez konsumentów w sieci – dokładniej, ich uwaga poświęcana podczas przeglądania stron internetowych oraz korzystania z aplikacji na urządzeniach mobilnych[234].

Dane pełnią kluczową rolę na rynkach cyfrowych, gdzie stanowią „paliwo" napędzające różnorodne usługi cyfrowe, w tym te finansowane przez reklamy[235]. Platformy internetowe gromadzą, przechowują i analizują ogromne wolumeny danych, zarówno tych osobistych, jak i innych, które mogą być dostarczane przez użytkownika, obserwowane lub pozwalające wyciągać wnioski przez operatora platformy, często w ciągu milisekund[236]. Postępy w uczeniu maszynowym i analizie danych pozwalają platformom cyfrowym na ekstrakcję nowych wglądów z wcześniej nieustrukturyzowanych danych, co może być wykorzystywane do ulepszania usług skierowanych do użytkowników, a nawet zwiększania ich zaangażowania[237] lub oferowania bardziej efektywnych propozycji reklamowych. To z kolei prowadzi do stworzenia pozytywnej pętli sprzężenia zwrotnego: zwiększone przychody z reklam mogą być reinwestowane w dalszy rozwój jakości platformy, co przyciąga nowych użytkowników, zwiększając uwagę, jaką poświęcają oni wyświetlanym reklamom[238].

Postęp technologiczny w zakresie gromadzenia, analizy i przechowywania coraz większych ilości informacji znacznie wzmocnił możliwości i motywację przedsiębiorców korzystających z modelu platform internetowych do zbierania i wykorzystywania danych na skalę znacznie większą niż w świecie analogowym. Platformy internetowe nie tylko przechowują więcej danych niż przedsiębiorstwa działające w tradycyjnym środowisku offline, ale również efektywniej je przetwarzają. W związku z tym pojawił się termin „big data", aby określić duże, złożone i różnorodne zbiory danych, których przetwarzanie i analiza są trudne, ale zarazem

---

[233] Bundeskartellamt, AdC, *Competition Law and Data*, 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**Raport Bundeskartellamt AdC nt. konkurencji i danych**"), s. 12.

[234] K. Kanton, J. Łukawski, Sz. Murek, *Rynek uwagi: pojęcie i wyzwania przy antymonopolowej ocenie koncentracji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8, s. 16.

[235] Jak wskazał TS: „„*dostęp do danych osobowych i możliwość ich przetwarzania stały się istotnym parametrem gry rynkowej jaka się toczy pomiędzy przedsiębiorstwami konkurującymi ze sobą w ramach gospodarki cyfrowej*". Zob.: Wyrok TS z 4.07.2023 r. w sprawie C-252/21, *Meta Platforms*, EU:C:2023:537, pkt 51.

[236] Raport Bundeskartellamt AdC nt. konkurencji i danych; Raport Furmana, pkt 1.37.

[237] Np. sieć społecznościowa może trenować swój algorytm, aby służył użytkownikom bardziej angażującymi i uzależniające treści.

[238] D. Geradin, D. Katsifis, *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform markets*, "European Competition Journal" 2022, nr 2, s. 365; Raport Furmana, pkt 1.73.

wartościowe, gdyż mogą prowadzić do odkrycia nowej wiedzy[239]. Dzięki temu duże platformy internetowe mogą wchodzić na nowe rynki i rozwijać nowe produkty przy niższych kosztach niż nowi uczestnicy rynku lub nawet ugruntowani gracze. Ta dynamika staje się kluczową barierą dla wejścia i ekspansji na wielu rynkach cyfrowych. W środowisku cyfrowym dostęp do obszernego zbioru danych wysokiej jakości może zapewnić istniejącej platformie unikalną przewagę konkurencyjną, której konkurenci mogą nigdy nie być w stanie osiągnąć[240].

3.5. Uprzedzenia behawioralne na rynkach cyfrowych

Aby konsumenci mogli czerpać korzyści z niskich cen, dobrej jakości i wysokiego poziomu innowacyjności, zarówno popyt, jak i podaż na każdym rynku muszą działać efektywnie. Tradycyjne modele i analizy ekonomiczne zakładają, że klienci postępują racjonalnie: rozumieją swoje preferencje, potrafią je ocenić i podejmują optymalne decyzje dotyczące wyboru najlepszych usług czy produktów[241]. Podobnie, prawo konkurencji stosowane w kontekście tradycyjnych modeli biznesowych opiera się na założeniu racjonalnego zachowania uczestników rynku. Na przykład, test definiowania rynku opiera się na racjonalnych reakcjach konsumentów na wzrost cen (co zostało przedstawione w pkt III.1.1.1 pracy doktorskiej). Jednakże literatura z zakresu ekonomii behawioralnej wskazuje, że w rzeczywistości konsumenci mogą nie podejmować decyzji w sposób racjonalny, jaki zakładają standardowe

[239] Zob. szerzej: K. Śledziewska, K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020, s. 72-73.
[240] Zob. szerzej: Raport Bundeskartellamt oraz AdC nt. konkurencji i danych; Raport Furmana; I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016.
[241] S. Huck, J. Zhou, Ch. Duke, *Consumer behavioural biases in competition: A survey* (2011), https://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2012/06/Consumer-behavioural-biases-in-competition-OFT1.pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 5; A. Tversky, D. Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, "Science" 1981, nr 4481, s. 453.

modele ekonomiczne [242]. W tym kontekście podkreśla się kluczową rolę tej ekonomii[243] w analizowaniu dynamiki konkurencji na rynkach cyfrowych [244].

Decyzje podejmowane przez użytkowników końcowych w Internecie mogą nie wynikać wyłącznie z racjonalnego wyboru; często są one oparte na tzw. uprzedzeniach behawioralnych (ang. *behavioral biases*). Operatorzy platform internetowych analizują te dobrze znane uprzedzenia behawioralne, aby umocnić swoją dominującą pozycję na rynku[245]. Im bardziej postęp technologiczny ułatwia wymianę informacji i zmniejsza fizyczne bariery konkurencji, tym silniej ludzkie zachowania stają się kluczowym czynnikiem utrudniającym efektywną konkurencję. Ze względu na podatność jednostek na uprzedzenia behawioralne, są one również narażone na manipulacyjne praktyki operatorów platform, znane jako *dark patterns*[246].

Paradoksalnie, siła rynkowa platform, mogąca szkodzić dobrobytowi konsumentów, wywodzi się z zachowań użytkowników tych platform. Konsumenci często nie zastępują domyślnych aplikacji na swoich telefonach, nie przewijają stron, aby zobaczyć więcej wyników, i podejmują decyzje, które niekoniecznie są „najlepszym wyborem" z punktu widzenia zasad konkurencji.

---

[242] Zob.: OECD, *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement*, Paryż 2022, https://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 5, 7; Commission Nationale de L'informatique et des Libertés (CNIL), *Shaping Choices in the Digital World. From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI Design on user empowerment (2019)*, https://linc.cnil.fr/fr/ip-report-shaping-choices-digitalworld (data dostępu: 14.01.2023); R. H. Thaler, *From Cashews to Nudges: The Evolution of Behavioral Economics*, "American Economic Review" 2018, nr 6, s. 1265-1287.

[243] Chociaż nie ma powszechnie przyjętej definicji ekonomii behawioralnej, powszechnie akceptowane sformułowanie opisuje ekonomię behawioralną jako włączanie spostrzeżeń psychologicznych do badania problemów ekonomicznych. Ekonomia behawioralna to nauka interdyscyplinarna na pograniczu ekonomii i psychologii, badająca wpływ czynników psychologicznych, społecznych, poznawczych oraz emocjonalnych na podejmowanie decyzji gospodarczych przez jednostki i instytucje oraz konsekwencje tych decyzji. Wraz z rozwojem ekonomii behawioralnej, nastąpiła zmiana, i nie uważa się już, że jednostki posiadają doskonałą wolną wolę. Zamiast tego, według Tverskiego i Kahnemana, ludzie podejmują decyzje bez konsekwencji i spójności, ponieważ pewne zasady psychologiczne kierują sposobem, w jaki postrzegają problemy decyzyjne i oceniają dostępne opcje. A. Tversky, D. Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, "Science" 1981, nr 4481, s. 453.

[244] OECD, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, Paryż 2014; R. Posner, Rational Choice, *Behavioral Economics and the Law*, "Stanford Law Review" 1998, nr 5, s. 1551; M. Stucke, Money, *Is That What I Want?: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics*, "Santa Clara Law Review" 2010, nr 50, s. 893.

[245] Projektanci platform są architektami wyborów i mogą strategicznie prezentować wybrane informacje w taki sposób, aby wybory użytkowników były kierowane na korzyść ich platformy. E. Katsamakas, H. Madany, *Effects of user cognitive biases on platform competition*, "Journal of Decision Systems" nr 2, s. 138-161. Przedsiębiorcy wykorzystujący model platform internetowych projektują strony internetowe, aplikacje i interfejsy użytkowników, aby uzależniać użytkowników i manipulować nimi. Robią to poprzez stymulację uwalniania dopaminy w mózgu, co powoduje uzależnienie podobne do hazardu. Kiedy dana osoba otrzymuje pozytywne bodźce w przypadkowych odstępach czasu, dopamina zalewa mózg, co po powtórzeniu powoduje uzależnienie. G. Day, A. Stemler, *Are Dark Patterns Anticompetitive?*, "Alabama Law Review" 2020, nr 1, s. 2.

[246] "Ciemne wzorce" (ang. *dark patterns*) to nieetyczne zachowania przedsiębiorców odnoszące się do projektowanych stron internetowych, aplikacji mobilnych i ich interfejsów, wykorzystując uprzedzenia behawioralne użytkowników w celu skłonienia użytkowników do podjęcia określonych zachowań korzystnych z punktu widzenia tych platform lub aplikacji, np. zaakceptowania domyślnego, z reguły jak najszerszego zakresu przetwarzania danych osobowych lub nierezygnowania z zamówionej wcześniej subskrypcji. *Dark patterns* mogą dezorientować użytkowników, utrudniać im wyrażanie swoich rzeczywistych preferencji lub manipulować użytkownikami w celu podjęcia określonych działań. Termin „ciemny wzór" został stworzony przez projektanta interfejsu użytkownika Harry'ego Brignulla w 2010 roku i jest szeroko stosowany wśród informatyków. Zob. szerzej: S. Berbece, *'Let There Be Light!' Dark Patterns Under the Lens of the EU Legal Framework*, Leuven 2019, https://ssrn.com/abstract=3472316 (data dostępu: 14.01.2023); Raport Stiglera, s. 237-238.

Na przykład, konsumenci zazwyczaj nie przeprowadzają tego samego wyszukiwania w kilku wyszukiwarkach, aby porównać relewancję ich wyników, więc mogą nigdy nie poznać względnej jakości używanej przez nich domyślnej wyszukiwarki. Mogą również przeceniać bezpośrednie korzyści kosztem długoterminowego dobrobytu[247]. Tendencja do wybierania usług i produktów w ten sposób wzmacnia pozycję rynkową danej platformy, co może prowadzić do kontrolowania przez nią treści prezentowanych użytkownikom. W efekcie, zachowania konsumentów sprzyjają korzystaniu z platform zasiedziałych, szczególnie tych o silnych markach. Działanie ustawień domyślnych dodatkowo cementuje pozycję rynkową tych operatorów i zwiększa bariery wejścia na rynki dla nowych podmiotów[248].

Konsumenci zwykle pozostają przy opcjach domyślnych[249], a kiedy muszą dokonać wyboru, zazwyczaj decydują się na najbardziej widoczną alternatywę[250]. Chociaż bodźce tego rodzaju nie są ograniczone wyłącznie do rynków cyfrowych, wskazane uprzedzenia behawioralne konsumentów nabierają szczególnego znaczenia na rynkach cyfrowych. Operatorzy platform internetowych dysponują bowiem szczegółowymi informacjami o zachowaniu każdego użytkownika, co umożliwia im łatwe modyfikowanie interfejsów swoich usług oraz monitorowanie w czasie rzeczywistym wpływu tych zmian na zachowanie konsumentów. W tym celu przedsiębiorcy mogą stosować testy A/B, które polegają na porównywaniu dwóch wersji strony internetowej w celu wybrania tej, która lepiej spełnia określone cele[251]. Badania dotyczące zachowań użytkowników Internetu wskazują, że ogólna świadomość konsumentów na temat praktyk związanych z wynikami wyszukiwania jest niska. Użytkownicy generalnie mniej ufają wynikom sponsorowanym, co podkreśla potencjalne znaczenie zwiększonej przejrzystości w zakresie zachowań konsumentów. Często użytkownicy nie rozróżniają reklam od linków sponsorowanych. Konsumenci zwykle darzą zaufaniem dobrze znane strony

[247] Przykładowy opis i lista ciemnych wzorców zostały wskazane w literaturze, zob. np.: M. Chromik *et al., Dark Patterns of Explainability, Transparency, and User Control for Intelligent Systems*, "IUI Workshops" 2019, https://ceur-ws.org/Vol-2327/IUI19WS-ExSS2019-7.pdf (data dostępu: 14.01.2023).

[248] Było to elementem oceny w decyzjach wydawanych przez organy antymonopolowe, np. w decyzji KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, w kontekście znaczenia pozycjonowania i wyświetlania danych usług w wynikach wyszukiwania.

[249] E. Johnson, D. Goldstein, *Do Defaults Save Lives?*, "Science" 2003, nr 5649, s. 1338-1339.

[250] Przykładowo, wyróżnienie opcji kolorem czerwonym lub umieszczenie jej na początku listy skłania konsumentów do wybrania właśnie tej opcji. W raportach ekonomicznych zasugerowano, że Google zdaje sobie sprawę z siły ustawień domyślnych, dlatego płaci Apple szacunkowo około 12 miliardów dolarów rocznie, aby być domyślną wyszukiwarką na urządzeniach iPhone. Raport Stiglera, s. 8.

[251] OECD, *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement*, Paryż 2022, s. 5; G. Day, A. Stemler, *Are Dark Patterns Anticompetitive?*, "Alabama Law Review" 2020, nr 1, s. 11.

internetowe (np. wyszukiwarki) i akceptują praktyki handlowe platform, traktując je jako część „doświadczenia internetowego" i „rzeczywistości handlowej"[252].

Przedsiębiorcy korzystający z modelu platform internetowych, za pomocą stosowanych algorytmów selekcji, usprawniają proces decyzyjny konsumentów i ułatwiają znajdowanie określonych produktów i usług w wynikach wyszukiwania. Te algorytmy mogą być wykorzystywane w różnorodnych usługach online, takich jak systemy rekomendacji produktów, reklama online czy usługi wyszukiwania. Algorytmy selekcji nie tylko decydują o tym, które produkty są wyświetlane użytkownikom, ale także poprzez sposób prezentacji wyników wyszukiwania wpływają na względne znaczenie prezentowanych wyników. Uwaga internautów skupia się bowiem głównie na najbardziej widocznych wynikach na stronie z wynikami wyszukiwania, czyli na tych najlepiej pozycjonowanych[253]. To z kolei wpływa na prawdopodobieństwo zwrócenia uwagi konsumenta na dany produkt lub usługę. Im wyższa pozycja oferty w wynikach wyszukiwania, tym większa liczba osób ją zobaczy, co generuje większy ruch na danej stronie. Dlatego też sukces sprzedawców, których oferty są wyświetlane w górnych partiach wyników wyszukiwania, jest znacząco większy[254]. Takie zniekształcenie może również obniżać dobrobyt konsumentów, którzy otrzymują mniej trafne wyniki wyszukiwania (na przykład podczas poszukiwania mechanika czy lekarza w danej okolicy)[255].

Kryteria wyboru produktów przez platformy opierają się na danych gromadzonych podczas monitorowania aktywności użytkowników. Zebrane informacje mogą być wykorzystane do opracowania wskaźników określających zainteresowanie konsumentów dostępnymi produktami lub usługami. Na przykład, operator platformy do strumieniowego przesyłania wideo może analizować, jakie treści są oglądane, jak długo są one oglądane i jakie oceny otrzymują od użytkowników. Dane te stanowią niezbędny element w tworzeniu i funkcjonowaniu algorytmów selekcji, przy czym ilość i różnorodność zbieranych danych mogą być kluczowe dla zapewnienia jakości tych algorytmów (zostało to omówione w pkt I.3.4 pracy doktorskiej).

---

[252] Zob. szerzej: A. Candeub, *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, "A Journal of Law and Policy" 2014, nr 9, s. 407, 418-427; B. Mäihäniemi, *The role of behavioural economics in shaping remedies for facebook's excessive data gathering*, "Computer Law & Security Review" 2022, nr 46, s. 6-7.

[253] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 7.2.3.1.

[254] W odniesieniu do pozycjonowania ofert na platformach handle elektronicznego zob.: decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*.

[255] AC, *Digital ecosystems, Big Data and algorithms. Issues Paper* (2019), https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/processos/epr/Digital%20Ecosystems%2C%20Big%20Data%20and%20Algorithms%20-%20Issues%20Paper.pdf (data dostępu: 14.01.2023)(dalej: „**AC, *Cyfrowe ekosystemy***"), s. 5.

Algorytmy selekcji mogą zwiększać liczbę i różnorodność produktów wybieranych przez konsumentów, ponieważ ułatwiają odkrywanie nowych produktów. W efekcie mogą one intensyfikować konkurencję, obniżać bariery wejścia na rynek, zmniejszać dominację rynkową przedsiębiorstw i umożliwiać konsumentom dostęp do produktów lepiej dostosowanych do ich preferencji. Na przykład, gdy użytkownicy dołączają do platform strumieniujących muzykę, może zwiększyć się liczba i różnorodność utworów, których słuchają. Może to prowadzić do fragmentacji rynku muzycznego i sprzyjać pojawieniu się nowych artystów lub wytwórni.

3.6. Konkluzje

Konkurencja na rynkach cyfrowych przybiera różnorodne formy, odzwierciedlające złożoność ekosystemów internetowych. Można ją zaobserwować na trzech głównych poziomach: pierwszy to rywalizacja między różnymi operatorami platform, jak w przypadku systemu Apple iOS kontra Google Android. Drugi poziom dotyczy relacji między operatorem platformy a jej komplementariuszami (użytkownikami biznesowymi), na przykład między systemem operacyjnym Windows Microsoft a poszczególnymi aplikacjami działającymi w tym środowisku, w sytuacji gdy operator platformy pełni podwójną rolę, a zatem oferuje konkurencyjne usługi względem użytkowników biznesowych na swojej platformie. Trzeci poziom konkurencji odnosi się do rywalizacji między członkami tego samego systemu (komplementariuszami), czyli między różnymi produktami lub usługami dostępnymi dla użytkowników tego samego systemu operacyjnego, np. między serwisami muzycznymi takimi jak Spotify i Apple Music.

Cechą wyróżniającą przedsiębiorców wykorzystujących model gospodarczy platform internetowych jest fakt, że to innowacja oraz jakość usług, a nie cena stanowi często dominujący parametr konkurencji na poszczególnych rynkach cyfrowych. Ponieważ użytkownicy mają swobodny i bezpłatny dostęp do wielu usług online, wybór dostawcy jest dokonywany na podstawie aspektów innych niż cena. Dla przedsiębiorców działających na tych rynkach celem zapewnienia przewagi konkurencyjnej niezbędne są znaczne inwestycje w technologie przyszłości. Obecni liderzy rynkowi w dynamicznie rozwijających się branżach mogą być zastąpieni przez nowe przedsiębiorstwa, które wprowadziły innowacyjne produkty i usługi[256].

[256] 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, s. 149-151.

Niemal wszystkie raporty ekspercie podkreślają kluczową rolę danych na rynkach cyfrowych[257]. Światowe Forum Ekonomiczne uznało dane osobowe za nową klasę aktywów ekonomicznych. Dane są również określane jako „nowa ropa" lub „nowa waluta" XXI wieku. Wykorzystanie danych jako „waluta" znajduje odzwierciedlenie w dyrektywie w sprawie treści cyfrowych[258], która ma zastosowanie także do umów, na podstawie których przedsiębiorca dostarcza bądź zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi treści cyfrowe lub usługę cyfrową, a konsument dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć dane osobowe.

[257] Poszczególne raporty zgadzają się, że kontrola nad danymi ma kluczowe znaczenie dla siły rynkowej platform cyfrowych, np. Raport Bundeskartellamt oraz AdC nt. konkurencji i danych; Raport Furmana. Podobnie w raporcie CMA dotyczącym reklamy internetowej stwierdzono, że różne rodzaje danych mają kluczowe znaczenie dla rynków wyszukiwania ogólnego, sieci społecznościowych i reklamy internetowej, a Raport AAAC nt. platform internetowych potwierdza to stwierdzenie.

[258] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2019/770 z 20.05.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych, Dz. U. z 22.5.2019, L 136, s. 1-27.

ROZDZIAŁ II.
INTERWENCJA ANTYMONOPOLOWA I REGULACYJNA NA RYNKACH CYFROWYCH – ZAGADNIENIE SYSTEMOWE

W niniejszym rozdziale przedmiotem analizy są aspekty prawne interwencji na rynkach cyfrowych. Skupiono się na charakterystyce i uzasadnieniu interwencji antymonopolowej i regulacyjnej, różnych metodach regulacji tych rynków oraz aksjologicznych, prawnych i ekonomicznych fundamentach prawa konkurencji. Dodatkowo, rozpatrywane są podstawy regulacji rynków cyfrowych z perspektywy krajowych przykładów, ze szczególnym uwzględnieniem Niemiec i Wielkiej Brytanii. Główne pytania badawcze koncentrują się na uzasadnieniach dla interwencji antymonopolowej i regulacyjnej, metodach regulacji, ich skutkach oraz na prawnych i ekonomicznych aspektach prawa konkurencji w kontekście rynków cyfrowych.

1. Charakterystyka i uzasadnienie interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych

W obecnej erze cyfrowej narastające obawy dotyczące dominacji niektórych przedsiębiorców wykorzystujących model gospodarczy platform internetowych skłaniają do globalnej dyskusji o potrzebie regulacji rynków cyfrowych. Od 2019 roku w Unii Europejskiej nasiliła się debata i zainteresowanie wzmocnieniem interwencji na rynkach platform internetowych. Ta dyskusja wygenerowała liczne raporty ekspertów [259], które podkreślają wzrastającą rolę platform internetowych, ich korzyści dla konsumentów, a także poważne obawy związane z konkurencją.

W debacie tej istotną rolę odgrywają zarówno fałszywe pozytywy, polegające na błędnym zakwalifikowaniu prokonkurencyjnych działań jako nielegalnych, jak i fałszywe negatywy, czyli niekaranie praktyk antykonkurencyjnych, które mają znaczący wpływ na rozwijającą się dyskusję o potrzebie interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych[260].

[259] Przykładowo: Raport Crémera; Raport Izby Lordów; Raport Stiglera; Raport Furmana; Raport Commission ‘Competition Law 4.0’; Strategia Rynków Cyfrowych CMA.

[260] Innymi słowy są to odpowiednio błędy typu 1, które polegają na ryzyku uzyskania fałszywie dodatniego wyniku, czyli stwierdzenia szkody dla konkurencji, gdy jej nie ma (nadmierna egzekwowanie) oraz błędy typu 2, które polegają na ryzyku uzyskania fałszywie ujemnego wyniku, czyli stwierdzenia, że nie nastąpiła szkoda dla konkurencji, gdy w rzeczywistości nastąpiła (niedostateczne egzekwowanie). Analiza kosztów błędów to ramy teorii decyzji wykorzystywane do oceny reguł antymonopolowych według ich przewidywanych kosztów społecznych. Ogólnie rozumie się, że organy konkurencji i sądy nieuchronnie popełniają błędy podczas stosowania reguł antymonopolowych; czasami mogą potępiać zachowania, które w

Wskazano również, że istniejące przepisy dotyczące nadużywania pozycji dominującej przez operatorów platform internetowych okazały się niewystarczające, a procesy antymonopolowe uznano za zbyt długie i kosztowne. Uznano, że charakter rynków cyfrowych z ich tendencją do koncentracji siły rynkowej wymaga specyficznej formy regulacji, uzupełniającej tradycyjne metody egzekwowania norm prawa konkurencji. Wprowadzenie regulacji *ex ante* może złagodzić te trudności, umożliwiając efektywniejszą kontrolę nad rynkami cyfrowymi bez konieczności rozpatrywania każdej sprawy indywidualnie[261].

W celu wyjaśnienia problematyki interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych w pierwszej kolejności omówione zostanie zasada wolności gospodarczej i zjawisko interwencjonizmu publicznego, a następnie wskazany zostanie stan debaty oraz uzasadnienie interwencji na rynkach cyfrowych, a także pojęcie skuteczności interwencji antymonopolowej oraz zdefiniowane kryteria skutecznej regulacji rynków cyfrowych. Na zakończenie przedstawione zostaną wyzwania (problemy) związane z egzekwowaniem prawa konkurencji na rynkach cyfrowych oraz związane z tym uzasadnianie dla regulacji *ex ante* tych rynków.

1.1. Kontrola przenoszenia siły rynkowej przedsiębiorców jako forma realizacji interwencjonizmu

Powszechnie podkreśla się, że obserwowane współcześnie procesy gospodarcze uwarunkowane są dwiema przeciwstawnymi tendencjami: dążenie do wolności gospodarczej i działania interwencyjne państwa. Ta pierwsza odnosi się do tzw. niewidzialnej ręki rynku, sprowadzając się do swobody podejmowania decyzji przez podmioty gospodarujące w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Druga z tendencji odnosi się do tzw. widzialnej ręki państwa, której istota dotyczy wkraczania państwa w podejmowanie większości decyzji o charakterze ekonomicznym[262].

---

rzeczywistości mogą być prokonkurencyjne (fałszywe pozytywy), podczas gdy w innych przypadkach mogą dopuszczać zachowania szkodzące konkurencji (fałszywe negatywy). OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 10, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf (data dostępu: 15 listopada 2023 r.); E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oksford 2010, s. 426,

[261] KE, *Uzasadnienie Wniosku Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych)*, s. 4. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=pl (15.11.2023 r.).

[262] K. Jaroszyński, M. Wierzbowski, *Organy regulacyjne*, [w:] M. Dyl (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 6*, Warszawa 2011, s. 312-313; T. Klemt, *Metody i narzędzia regulacji rynków kluczowych z perspektywy współczesnej gospodarki*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2022, s. 43; W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008.

Prawo konkurencji i regulacje sektorowe (regulacje gospodarcze[263]) są często przedstawiane jako alternatywne podejścia do zarządzania konkurencją i rozwiązywania problemów rynkowych[264]. Należą one do najważniejszych instrumentów prawnych, za pomocą których władza publiczna interweniuje w gospodarkę. Jako metoda oddziaływania władzy publicznej[265] na gospodarkę zarówno regulacja, jak prawo konkurencji polegają przede wszystkim na wydawaniu decyzji administracyjnych nakazujących przedsiębiorcom wykonywanie określonych obowiązków związanych ze stanem konkurencji na danym rynku[266]. Oba te obszary prawnej ingerencji przeciwdziałają powstawaniu albo korygują określone zawodności mechanizmu rynkowego[267], w tym nadmierną koncentrację na danych rynkach[268]. Regulacje i prawo konkurencji, jako instrumenty interwencji na rynku, należy rozumieć w ustalonych kategoriach politycznych, filozoficznych i ekonomicznych, które wpływają na koncepcje interpretacji i egzekwowania tego prawa[269]. Podobnie wolność gospodarcza to „*zagadnienie pewnego światopoglądu filozoficzno-społecznego*", poprzez który wyraża się stosunek jednostki do społeczeństwa[270].

[263] Obie te terminologie (regulacja sektorowa, regulacja gospodarcza) odnoszą się do regulacji prawnych i administracyjnych wprowadzanych przez państwo lub organy regulacyjne w celu nadzorowania i kształtowania działalności w określonych sektorach gospodarki, takich jak telekomunikacja, energetyka, czy transport. Regulacja gospodarcza (sektorowa) stanowi więc szczególną formę interwencji państwa w gospodarkę rynkową, której podstawowym celem jest zastąpienie mechanizmów rynku i konkurencji w tych obszarach działalności gospodarczej, w której mechanizmy te nie istnieją, a zwłaszcza w sieciowych sektorach użyteczności publicznej (dostarczanie prądu, gazu, energii elektrycznej, itp.).

[264] Zob. szerzej: H. Shelanski, *Antitrust and Deregulation*, "Yale Law Journal" 2018, nr 7, s. 1922-1960; OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Paryż 2021, http://oe.cd/cera (data dostępu 15.11.2023 r.), s. 6; N. Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge 2015, s. 3.

[265] Tj. organów regulacyjnych krajowych i ponadnarodowych.

[266] M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 13.

[267] Z perspektywy prawa konkurencji, termin „zawodność rynków" odnosi się do sytuacji, w której rynek nie pozwala konsumentom czerpać korzyści z efektywnej konkurencji w postaci niskich cen, lepszej jakości dóbr i usług, większego wyboru i innowacji, podczas gdy przedsiębiorstwa są w stanie osiągać nadzwyczajne zyski, które z czasem nie są eliminowane przez konkurencję.

[268] Realny rynek cechuje się zawodnością (ang. *market failure*), definiowaną jako ogół sytuacji, które powodują, że osiągane wyniki nie są efektywne. Istotnymi przesłankami braku efektywności mogą być bariery wejścia na rynek, efekty zewnętrzne, asymetria informacji czy nadmierna siła rynkowa przedsiębiorców. Zawodność rynku można rozumieć jako scenariusz, w którym indywidualne dążenia przedsiębiorcy prowadzą do nieefektywnych rezultatów. W tym kontekście regulacja i prawo konkurencji to rodzaj interwencji publicznej, który powinien mieć miejsce w przypadku zawodności rynków. Zob. A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 61. Jak wskazał M. Szydło, prawo konkurencji oraz regulacja sektorowa jawią się w tym kontekście jako stosowne remedia na złe (niewłaściwe) funkcjonowanie rynku. M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 13.

[269] R. Whish, B. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2021, s. 19.

[270] Przykładowo, jak wskazał polski SN w wyroku z 20.03.2018 r. (sygn. akt: III SK 5/17), prawo, w tym prawo ochrony konkurencji, jest instrumentem kształtowania stosunków gospodarczo-społecznych odzwierciedlających pewną wizję ustawodawcy. Nie można abstrahować od narastającej krytyki tych założeń ekonomicznych i prawnych, które sprowadzają się do gloryfikacji hasła „*chciwość jest dobra*". Niniejsze stwierdzenie odnosiło się do wyroku SN Stanów Zjednoczonych z 13.01.2014 r. w sprawie *Trinko* [Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398 (2004)], w którym „chciwość" została przedstawiona jako źródło i motor napędowy wszelkich decyzji biznesowych podejmowanych przez każdego przedsiębiorcę na każdym rynku. Zob. też.: M. Bernatt, *Competition Law and the Digital Economy: Poland*, "SSRN" 2019, https://ssrn.com/abstract=3431641 (data dostępu:15 listopada 2023 r.).

Pojęcie prawa konkurencji, na cele niniejszej pracy doktorskiej, odnosi się do norm prawnych, adresowanych do przedsiębiorców (przedsiębiorstw), które zakazują tym podmiotom określonych zachowań szkodzących mechanizmowi wolnej konkurencji [271]. Wśród tych zakazanych zachowań znajdują się w szczególności porozumienia ograniczające konkurencję (uregulowane w art. 101 TFUE oraz w odpowiednikach tego przepisu w prawie krajowym państw członkowskich, w tym w art. 6 u.o.k.k.) oraz – będące przedmiotem analizy niniejszej pracy – praktyki polegające na nadużywaniu pozycji dominującej (uregulowane w art. 102 TFUE oraz w jego krajowych odpowiednikach, w tym art. 9 u.o.k.k.).

Regulacja *ex ante* (sektorowa) to z kolei ogół norm prawnych, które są adresowane do przedsiębiorców (przedsiębiorstw), i które mają w swoim założeniu służyć kontrolowaniu (przeciwdziałaniu nadużywania) znaczącej siły rynkowej, jaką posiadają funkcjonujące w tych sektorach przedsiębiorcy, zwłaszcza te zarządzające poszczególnymi sieciami i nierzadko mające status tzw. przedsiębiorstw pionowo zintegrowanych[272]. Regulacje obejmują szereg bardziej szczegółowych systemów, zwykle dotyczących jednego sektora gospodarki. N. Dunne definiuje regulację gospodarczą (sektorową) jako „*każdą narzuconą przez państwo, pozytywną i przymusową zmianę lub odstępstwo od funkcjonowania wolnego rynku w danym sektorze, zwykle podejmowaną w celu skorygowania zawodności rynkowych o charakterze gospodarczym*” [273]. Regulacje sektorowe (gospodarcze) zwykle przyjmowane są (i dostosowywane) w celu skorygowania dostrzegalnych nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku w określonej części gospodarki[274].

Jak wskazał T. Skoczny, model prawny oparty na „ochronie konkurencji” to działalność mająca na celu ochronę istniejącej konkurencji na danym rynku, oparty o reguły generalne i polegający na działalności reaktywnej (*ex post*), represyjnej i jednostkowej. Model „regulacji sektorowej” to działalność nakierowana na wspieranie rozwoju konkurencji, bazująca na interwencji

[271] Prawo konkurencji można postrzegać jako jeden z instrumentów prawnej regulacji gospodarki oraz element zasady ochrony prawidłowego funkcjonowania gospodarki rynkowej. Prawo konkurencji stanowi również podstawowe narzędzie polityki konkurencji (*policy*) – gwarantujące, że zarówno przedsiębiorcy, jak i państwa członkowskie nie będą podejmować działań ograniczających konkurencję. Prawo konkurencji opiera się na założeniach neoklasycznej ekonomii, zgodnie z którą wolny i konkurencyjny rynek, będący motorem rozwoju dzięki efektywnej alokacji dostępnych zasobów, stanowi źródło rozwoju społecznego (użyteczności).

[272] M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 14.

[273] N. Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge, s. 3

[274] Najbardziej typowym założeniem do wprowadzenia regulacji, które jednocześnie staje się jej głównym celem, jest występowanie sytuacji, w których mechanizmy rynkowe same z siebie nie doprowadzają do wyniku optymalnego z punktu widzenia dobra społecznego. Sytuacje takie określa się w ekonomii jako „niedoskonałości (zawodności) rynku” (ang. *market failures*), które obejmują przypadki znaczącej siły rynkowej (i jej nadużycia), dóbr publicznych, efektów zewnętrznych/eksternalie (ang. *externalities*, co odnosi się do sytuacji w ekonomii, gdy działania jednostki lub przedsiębiorcy mają niezamierzone skutki pozytywne lub negatywne na osoby trzecie, które nie są bezpośrednio zaangażowane w daną transakcję lub działalność gospodarczą) oraz asymetrii informacji lub informacji niekompletnych.

proaktywnej (*ex ante*), preskryptywnej i ciągłej[275]. W przeciwieństwie do interwencji opartej na zasadach (ang. *principle-based regulation*), gdzie podmioty regulowane mają większą swobodę w sposobie osiągania ogólnych celów regulacyjnych, interwencja preskryptywna charakteryzuje się większym stopniem szczegółowości i ściśle określonymi procedurami.Prawo konkurencji, w przeciwieństwie do regulacji sektorowej (regulacji gospodarczej), ma na celu wzmocnienie działania mechanizmu rynkowego poprzez zakazanie pewnych form antykonkurencyjnego postępowania przedsiębiorców. Regulacja *ex ante* ma charakter nakazowy, wprowadzając pozytywne obowiązki dla podmiotów rynkowych, takie jak obowiązek realizacji określonych działań. Z kolei prawo konkurencji zakazuje pewnych praktyk, nakładając na przedsiębiorstwa negatywne obowiązki, czyli ograniczenia dotyczące określonych działań. Regulacja *ex ante* jest postrzegana jako proaktywny i sektorowy mechanizm interwencji, mający na celu tworzenie struktury zapobiegającej niepowodzeniom (zawodnościom) rynkowym. Obejmuje ona ograniczenia wpływające na kluczowe decyzje przedsiębiorstw, takie jak ustalanie cen, ilości produktów i regulowanie liczby przedsiębiorstw na rynku (np. warunki wejścia i wyjścia z rynku). W przeciwieństwie do tego, prawo konkurencji ma zastosowanie ogólne, działając w sposób reaktywny (*ex post*), co oznacza, że stosuje się je w indywidualnych przypadkach, gdy pojawiają się problemy konkurencji lub zachowania antykonkurencyjne[276].

Regulacje mogą dotyczyć znacznie szerszego zestawu problemów niż prawo konkurencji i często wykraczają poza zwykłe zajmowanie się niedoskonałościami rynku wąsko rozumianymi jako niezdolność rynku do osiągnięcia maksymalnej efektywności. Regulacje mogą zatem służyć celom innym niż czysta efektywność rynkowa i mogą stawić czoła wyzwaniom innym niż siła rynkowa. Nawet jeśli istnieją obawy co do siły rynkowej, regulacja może być lepiej przygotowana do rozwiązania odpowiednich problemów niż prawo konkurencji, co może mieć miejsce w przypadku monopoli naturalnych oraz rynków sektorowych[277]. W literaturze podkreśla się, że regulacja stanowi funkcję administracji gospodarczej będącą najdalej idącą, władczą ingerencją w gospodarkę. W tym zakresie pozostaje ona w ścisłej relacji z polityką regulacyjną rozumianą jako całokształt działań podejmowanych przez władze publiczne w

[275] T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, „Problemy zarządzania" 2004, nr 3. s. 7.
[276] P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, "European Law Review" 2022, nr 1, s. 16, https://ssrn.com/abstract=3978625 (data dostępu 15.11.2023 r.).
[277] N. Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge, s. 37-38; OECD Competition Committee Discussion Paper, http://oe.cd/cera (data dostępu 15.11.2023 r.), s. 7.

zakresie stosowania prawa zmierzającego do realizacji wskazanych w tych przepisach celów regulacyjnych[278].

Prawo konkurencji, jak zostanie wskazane w dalszej części pracy doktorskiej, ma ograniczoną skuteczność w zwalczaniu strukturalnych problemów rynkowych, w tym tych, które dotyczą samego istnienia monopolu lub oligopolu, zachowań związanych z wyzyskiem lub kwestii wymagających ciągłego wdrażania lub monitorowania. Bezpośrednie postępowanie na podstawie specjalnie uchwalonych przepisów może zapewnić bardziej wszechstronny i skuteczny sposób naprawienia bieżących niedoskonałości rynku niż „epizodyczne" egzekwowanie prawa antymonopolowego[279]. Z tego względu w 2020 r. Komisja Europejska rozpoczęła szeroko zakrojoną refleksję i konsultacje mające na celu dostosowanie prawa gospodarczego UE do wyzwań cywilizacyjnych, w szczególności do kwestii związanych z konkurencją wynikających z wdrażania technologii cyfrowych, czego wyrazem było przyjęcie DMA[280].

1.2. Stan debaty oraz uzasadnienie interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych

Pomimo toczącej się od wielu lat dyskusji prawnej, politycznej[281] i ekonomicznej dotyczącej zasadności interwencji publicznej na rynkach cyfrowych, nie został w tym zakresie osiągnięty wyraźny kompromis[282]. O ile początkowo debata w zakresie zasadności antymonopolowej

---

[278] T. Klemt, *Metody i narzędzia regulacji rynków kluczowych z perspektywy współczesnej gospodarki*, [w:] R. Grzeszczak (red.), Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców, Warszawa 2022, s. 56.

[279] U. Czarnomska-Bokowy, Prawo konkurencji a projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – kto przypilnuje strażników?, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2022, nr 1, s. 11-12.

[280] Do połowy 2020 r. Komisja przeprowadziła dwie równoległe oceny skutków. Pierwsza dotyczyła kosztów i korzyści regulacji *ex ante* dużych platform. Drugie dotyczyło wartości dodanej „nowego narzędzia konkurencji" („NCT"). Czerpiąc inspirację z brytyjskiej procedury badania rynku, NCT umożliwiłaby natychmiastowe zastosowanie środków zaradczych na rynkach, które wykazują „strukturalne problemy z konkurencją". Kluczowe znaczenie ma skupienie się na problemach, a nie na naruszeniach. Zgodnie z NCT do interwencji Komisji wystarczyłoby badanie rynku. Nie byłoby konieczności stwierdzania naruszenia unijnych reguł konkurencji. Dla tego instrumentu zaproponowano dwie główne opcje: (i) szeroką wersję mającą zastosowanie do wszystkich sektorów gospodarki oraz (ii) wąską wersję mającą zastosowanie wyłącznie do sektora (lub platform) cyfrowych. Szeroka wersja NCT jest podobna do badań rynkowych prowadzonych w kilku jurysdykcjach na całym świecie. Pod względem koncepcyjnym sytuuje się pomiędzy standardowym prawem konkurencji a regulacjami sektorowymi. Wersja wąska jest instrumentem dostosowanym do potrzeb regulacji i dlatego w większym stopniu mieści się w zakresie pojęcia regulacji sektorowej. Ostatecznie jednak Komisja zdecydowała się na DMA, łączącą podejście regulacyjne *ex ante* i narzędzie badania rynku w jeden instrument. Komisja przedstawiła swój wniosek dotyczący DMA w dniu 15 grudnia 2020 r. Niniejszy akt prawny wszedł w życie w 2022 r.

[281] Na przykład, w lipcu 2019 roku, spotkanie G7 zgromadziło władze konkurencji w OECD i skupiło się na polityce konkurencji cyfrowej; G7, *Common Understanding of G7 Competition Authorities on "Competition and the Digital Economy"*, Paryż, 2019, https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-chairman-supports-common-understanding-g7-competition-authorities-competition-digital-economy/g7_common_understanding_7-5-19.pdf (data dostępu: 13.11.2023 r.).

[282] W świetle zachodzących zjawisk na rynkach cyfrowych w debacie prowadzonej głównie w Stanach Zjednoczonych w związku z rozwojem tzw. nowego ruchu brandeisiańskiego (neobrandeizm) toczy się dyskusja dotycząca odrzucenia dorobku szkoły chicagowskiej, w tym postrzegania dobrobytu konsumentów jako jedynego celu prawa antytrustowego oraz odtworzenia „politycznej" roli prawa konkurencji. Ze względu na różne uwarunkowania aksjologiczne prawa i polityki konkurencji, istnieją

skupiała się na tzw. fałszywych pozytywach – podkreślała negatywne skutki błędnej interwencji na rykach cyfrowych, obecnie w debacie publicznej pojawiają się głosy dotyczące fałszywych negatywów, negatywnych skutków niewystarczającej interwencji na rynkach cyfrowych oraz pilnej potrzeby zaradzeniu problemom związanych z koncentracją siły rynkowej oraz jej wykorzystaniem przez operatorów platform internetowych[283].

Przeciwnicy interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych – w szczególności zwolennicy szkoły chicagowskiej – wskazywali, że publiczna interwencja na szybko rozwijających się rynkach cechujących się rozwojem technicznym – jeszcze bardziej niż na tradycyjnych rynkach – jest podatna na błędy, tzw. fałszywe pozytywy[284], które mogłyby skutkować zahamowaniem innowacji[285]. W związku z tym ingerencja ta nie tylko nie będzie prowadzić do ochrony konkurencji, lecz będzie sama stanowić jej ograniczenie[286]. Od czasów rozwoju szkoły chicagowskiej wskazuje się, że prawo konkurencji powinno być ostrożne w interweniowaniu w dynamicznych branżach ze względu na to, że: (i) siła rynkowa przedsiębiorców może być tylko tymczasowa i istnieje większe prawdopodobieństwo powstrzymania innowacji; (ii) koszty nadmiernego egzekwowania są znacznie wyższe niż koszty niedostatecznego egzekwowania; (iii) wykorzystywanie siły rynkowej jest często środkiem, za pomocą, którego przedsiębiorcy mogą uzyskać zwrot z innowacji (interwencja może powstrzymać takie prokonkurencyjne zachęty)[287].

Autorzy opowiadający się za aktywnym działaniem organów regulacyjnych i ochroną konkurencji na rynkach cyfrowych wskazują na występowanie na nich wymagających rozwiązania problemów antymonopolowych[288]. Zwolennicy interwencjonizmu uważają, że rynki nowej gospodarki, często zmonopolizowane, są szczególnie podatne na występowanie

---

spory, czy i ewentualnie w jakim zakresie interwencja antymonopolowa jest zasadna w stosunku do działalności platform internetowych takich jak Google, Facebook czy Amazon. Przykładowo, różne stanowiska w tym zakresie były prezentowane przez ekspertów podczas Globalnego Forum OECD z 8 grudnia 2020 r. poświęconego tematyce nadużywania pozycji dominującej na rynkach cyfrowych, por.: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2020)8/en/pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.).

[283] E. Deutscher, *Reshaping Digital Competition: The New Platform Regulations and the Future of Modern Antitrust*, "The Antitrust Bulletin" 2022, nr 2, s. 302-303. Analiza oparta na błędach typu 1 oraz typu 2 została omówiona w: Raport Crémera, s. 50-52.

[284] G. Manne, J. Wright, *Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google*, "Harvard Journal of Law and Public Policy" 2011, nr 1, s. 171-244.

[285] H. Shelanski, *Information, innovation, and competition policy for the Internet*, „University of Pennsylvania Law Review" 2013, nr 6, s. 1668–1671.

[286] K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014, nr 10, s. 37–38.

[287] Naukowcy z Chicago, stosując spostrzeżenia z neoklasycznej teorii cen do analizy antymonopolowej, założyli, że wyniki rynkowe odzwierciedlają wzajemne oddziaływanie niezależnych sił rynkowych i technicznych wymagań produkcji. B. Balasingham, *Exclusionary innovation in the European Commission's decisions against Google*, "European Competition Journal" 2022, nr 3, s. 633.

[288] F. Costa-Cabral, O. Lynskey, *Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law*, „Common Market Law Review" 2017, nr 1, s. 14; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual competition*, Londyn 2016, s. 242.

zjawiska antykonkurencyjnego wykluczenia, mogącego hamować innowacje i negatywnie wpływać na dobrobyt konsumentów[289]. Podczas gdy niektórzy autorzy twierdzili, że wszelkie kwestie można doskonale rozwiązać w ramach obecnych reguł konkurencji, wielu innych badaczy argumentowało, że prawo konkurencji powinno być dostosowane do rynków cyfrowych, aby w pełni rozwiązać istniejące problemy[290].

Ze względu na to, że sektor cyfrowy jest istotnym wyzwaniem w egzekwowaniu prawa konkurencji w wielu ostatnich sprawozdaniach, z których część została zlecona przez organy ds. konkurencji, przeanalizowano specyfikę sektora cyfrowego i zawarto sugestie dotyczące sposobów radzenia sobie z kwestiami dotyczącymi konkurencji w na rynkach cyfrowych[291]. Przykładowo w marcu 2019 r. upubliczniono raport „Polityka konkurencji w erze cyfrowej"[292] zlecony przez komisarza Komisji ds. konkurencji Margrethe Vestager. W raporcie argumentowano, że specyficzne cechy platform, ekosystemów cyfrowych i gospodarki opartej na danych wymagają dostosowania i udoskonalenia ustalonych koncepcji, doktryn i metodologii, a także bardziej ogólnie egzekwowania konkurencji. W szczególności w sprawozdaniu zasugerowano ponowne przemyślenie ram czasowych i standardu dowodu podejścia opartego na dobrobycie konsumentów, aby uniknąć niedostatecznego egzekwowania. W maju 2019 r. w Wielkiej Brytanii opublikowano tzw. raport Furmana (pt. „*Report of the Digital Competition Expert Panel*")[293]. W raporcie tym wskazano, że rynki cyfrowe podlegają „przechylaniu", w którym zwycięzca przejmuje większość rynku, oraz że jeśli koncentracja na rynkach cyfrowych może przynosić korzyści, może również powodować znaczne koszty, na przykład z powodu mniejszej innowacyjności. W Stanach Zjednoczonych na początku października 2020 r. Podkomisja Antymonopolowa Komisji Sądownictwa Izby Reprezentantów opublikowała raport analizujący wyzwania związane z dominacją Apple, Amazon, Google i Facebook oraz ich praktykami biznesowymi. W raporcie zaproponowano szereg daleko idących środków zaradczych w celu przywrócenia konkurencji w gospodarce cyfrowej, wzmocnienia prawa konkurencji i ożywienia egzekwowania przepisów antymonopolowych[294].

---

[289] A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual competition*, Londyn 2016, s. 242.
[290] F. Bostoen, *Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation*, "Internet Policy Review" 2018, nr 7, s. 2-3.
[291] Przykładowo: Raport Crémera; Raport Izby Lordów; Raport Stiglera; Raport Furmana; Raport Commission 'Competition Law 4.0'; Strategia Rynków Cyfrowych CMA.
[292] Raport Crémera.
[293] Raport Furmana.
[294] Podkomisja ds. Antymonopolowych Izby Reprezentantów USA, Raport: Badanie Konkurencji na Rynkach Cyfrowych.

W związku z powyższym, liczne raporty ekonomiczne i eksperckie stworzone w pierwszej dekadzie XXI w. zakwestionowały twierdzenia szkoły chicagowskiej odnośnie do krótkotrwałej sile rynkowej oraz możliwości autokorekty na rynkach cyfrowych. Przykładowo w raporcie Furmana stwierdza się, że obecne platformy internetowe cieszą się rosnącą i trwałą siłą rynkową. Wielka liczba wiodących przedsiębiorstw cyfrowych ma szerokie uprawnienia do m.in. (i) kontrolowania dostępu do usług i pobierania wysokich opłat za ten dostęp; (ii) manipulować rankingami i widocznością niektórych produktów i usług, które opierają się na tych rankingach[295]. W Raportach eksperckich podkreśla się, że regulatorzy rynków oraz organy antymonopolowe odgrywają kluczową rolę w zapewnieniu przynajmniej części potencjalnej konkurencji i obniżeniu barier wejścia na te rynki[296]. W szczególności organy te muszą powstrzymać przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą przed wykluczaniem lub utrudnianiem ekspansji potencjalnym nowym podmiotom, nawet jeśli są one niewielkie – ponieważ w przeciwnym razie zasiedziali operatorzy na rynkach cyfrowych mogą pobierać „nadmierne opłaty" i szkodzić konsumentom. Opłaty te nie są powiązane z lepszą jakością usług lub produktów, lecz wynikają ze stosowania zachowań, które uniemożliwiają potencjalnie bardziej innowacyjnym i wydajnym przedsiębiorcom wejście na rynek[297]. Platformy internetowe nie tylko są świadome tego zagrożenia, ale także celowo ograniczają *multi-homing* i ograniczają interoperacyjność, ilekroć platformy te osiągają minimalny poziom masy krytycznej, który zapewnia im pewną pozycję rynkową[298]. Mogą one przenosić swoją siłę rynkową na sąsiednie rynki, aby kontrolować punkty wejścia i chronić swoje podstawowe rynki przed obecną i przyszłą konkurencją[299].

1.3. Pojęcie skuteczności unijnego prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej

Skuteczność prawa konkurencji ma wiele wymiarów. Z punktu widzenia społeczno-prawnego pojęcie „skuteczność prawna" oznacza stopień, w jakim normy prawne są respektowane, stosowane i egzekwowane w praktyce[300]. Normy prawne są skuteczne, jeżeli adresaci się do niej zastosują, a bezskuteczne, gdy adresaci odstąpią od regulowanego postępowania[301]. Prawo

---

[295] Raport Furmana, s. 4, 41.
[296] Raport Commission 'Competition Law 4.0', s. 21.
[297] Raport Stiglera, s. 35.
[298] Raport Crémera, s. 37-38; AdC, *Cyfrowe ekosystemy*, s. 22.
[299] CMA, *The CMA's Digital Markets Strategy* (2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/814709/cma_digital_strategy_2019.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), 18, 56.
[300] L. M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Nowy Jork 1975, s. 45; A. N. Allott, *The limits of law*, Londyn 1980, s. 28.
[301] W literaturze określa się to również jako skuteczność behawioralna. Zob.: Zob. A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013, s. 65.

można również określić jako skuteczne, jeśli osiąga cele, dla których zostało uchwalone[302]. Podobnie, według A. Jurkowskiej-Gomułki, efektywność prawa ma na celu wspieranie realizacji założeń prawodawczych, co określa się mianem skuteczności finistycznej. Dążenie do tego, by adresaci prawa stosowali się do określonych wzorców zachowań, wymaga także kontroli procesu przez organy wykonawcze, co definiuje się jako skuteczność behawioralna. W rezultacie tych działań osiągana jest skuteczność psychologiczna, polegająca na wytworzeniu przekonania o nieuchronności działania prawa oraz aktów jego stosowania[303].

Jako technika interpretacji prawa UE („meta-zasada"), pełna skuteczność prawa UE (w tym unijnego prawa konkurencji), znana również jako zasada skutecznego skutku (*effet utile*), oznacza, że terminy UE muszą być zawsze interpretowane w celu skutecznego osiągnięcia intencji prawodawcy unijnego („tendencja prounijna")[304]. Tendencja ta odnosi się do podejścia interpretacyjnego i rezultatów, które sprzyjają dalszej integracji europejskiej. Argumentacja teleologiczna jest preferowana przez TS w tych sprawach, w których unijne instrumenty prawne nie zawierają bezpośrednich i jednoznacznych wskazówek interpretacyjnych[305]. Przykładami takiego rozumowania w dziedzinie prawa konkurencji może być wyrok w sprawie *AC Treuhand*[306], w której TS stwierdził, że antykonkurencyjne porozumienie (i uzgodnione praktyki) może być również działaniem w formie „pomocnictwa"[307]. W rzeczywistości ten rodzaj odpowiedzialności antymonopolowej (forma zjawiskowa popełnienia deliktu antymonopolowego w postaci pomocnictwa) nie został wyraźnie ustanowiony w art. 101 TFUE ani we wcześniejszym orzecznictwie. Jednakże zdaniem Trybunału wykładnia tego przepisu na korzyść zasady, że przestępstwa i kary muszą być określone ustawowo, prowadziłaby do braku skuteczności prawa UE (nie byłoby możliwe powstrzymanie aktywnego przyczyniania się przedsiębiorstwa do ograniczenia konkurencji). Gdyby nie istniała podstawa prawna do odpowiedzialności pomocników, postępowania przeciwko przedsiębiorstwom za czynne przyczynianie się do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym mogłyby zostać uniemożliwione lub utrudnione[308].

---

[302] A. Piszcz wyjaśnia, że: „*Działanie skuteczne prowadzi do osiągnięcia skutku zamierzonego jako cel*". Zob.: *Ibidem*.
[303] A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 41. Podobnie wyjaśnia A. Piszcz. Zob.: *Ibidem*.
[304] Zob. szerzej: D. Miąsik, *Zasada efektywności*, [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 225-228.
[305] M. Bobek, *Legal reasoning of the Court of Justice*, "Research Paper in Law" 2014, nr 2, s. 18-19.
[306] Wyrok TS z 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P, *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*, EU:C:2015:717.
[307] Zob. szerzej: K. Menszig-Wiese, *Odpowiedzialność antymonopolowa pomocnika kartelu w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2022.
[308] Wyrok TS z 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P, *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*, EU:C:2015:717, pkt 36,

W odniesieniu do skuteczności art. 102 TFUE na rynkach cyfrowych, w sprawie Google Shopping Sąd zauważył, że: „*Wyroku z dnia 26 listopada 1998 r., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) nie można jednak stosować do wszystkich tych praktyk, nie naruszając przy tym litery i ducha art. 102 TFUE, którego zakresu nie można ograniczać do mających znamiona nadużycia praktyk dotyczących towarów i usług, które są »niezbędne« w rozumieniu tego wyroku*”[309]. W przypadku wymogu spełnienia restrykcyjnego kryterium niezbędności organy antymonopolowe mogłyby zostać pozbawione możliwości skutecznego egzekwowania reguł konkurencji w stosunku do złożonych strategii biznesowych operatorów platform internetowych, które przybierałyby postać dorozumianej odmowy dostaw (szerzej zostało to wskazane w pkt V.2.1 pracy doktorskiej)[310].

Skuteczność prawa unijnego (skuteczna ochrona sądowa) zobowiązuje z kolei sądy państw członkowskich do zapewnienia, aby krajowe środki odwoławcze i przepisy proceduralne nie czyniły roszczeń opartych na prawie unijnym praktycznie niemożliwymi lub nadmiernie trudnymi do wyegzekwowania[311].

Skuteczność unijnego prawa konkurencji w szerokim znaczeniu, podobnie jak samo pojęcie „skuteczność prawna”, dotyczy następujących kwestii: (i) zapewnienie przestrzegania przez przedsiębiorców reguł konkurencji (art. 101 i 102 TFUE) przy zachowaniu gwarancji proceduralnych przedsiębiorców, (ii) określenie konsekwencji art. 101 i 102 TFUE w konkretnych przypadkach (tj. precyzyjne i spójne stosowanie unijnego prawa konkurencji)[312]; (iii) skuteczne egzekwowanie prawa UE [313] (skuteczna interwencja antymonopolowa i

---

[309] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 230.

[310] Kryterium *Bronnera* mające zastosowanie do odmowy kontraktowania (dostępu do urządzenia kluczowego) zawiera kryterium, że dostęp do obiektu jest „niezbędny”. Ta zasada wyklucza z procesu decyzyjnego różne aspekty, które w innych okolicznościach byłyby znaczące, na przykład dowody wskazujące, że odmowa udostępnienia ważnego – lecz nie absolutnie niezbędnego – obiektu osłabia funkcjonowanie rynków. Innymi słowy, organy antymonopolowe nie miałyby możliwości zakazywania pewnych rodzajów działań przedsiębiorców z dominującą pozycją na rynku, które mogłyby zakłócać funkcjonowanie nieskrępowanej konkurencji, ze względu na fakt, że dostęp do obiektu nie był niezbędny; zob. pkt VIII.1.4.1 pracy doktorskiej

[311] W tym duchu, jeśli chodzi o możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę wyrządzoną przez umowę lub zachowanie mogące ograniczyć lub zakłócić konkurencję, TS ustalił, że pełna skuteczność zakazu ustanowionego w art. 101 ust. 1 TFUE byłby zagrożony, gdyby każda jednostka nie miała możliwości dochodzenia odszkodowania za szkodę wyrządzoną jej przez umowę lub zachowanie mogące ograniczyć lub zakłócić konkurencję (sprawa C-295/ 04, *Manfredi*, EU:C:2006:461, pkt 60). Przykładem realizacji skuteczności prawa UE w tym aspekcie było również umożliwienie krajowym organom ochrony konkurencji udziału w postępowaniach wszczętych wbrew ich własnym decyzjom i korzystania z takich samych praw jak strona. TS stwierdził, że art. 35 Rozporządzenia 1/2003 należy interpretować w ten sposób, że: „*sprzeciwia się on przepisom krajowym, które nie zezwalają krajowemu organowi ochrony konkurencji na udział jako pozwany lub pozwany w postępowaniu sądowym wszczętym przeciwko decyzji, którą sam organ wydał zajęty*”. Trybunał podkreślił ponadto, że „jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji konsekwentnie nie stawi się w takim postępowaniu sądowym, zagrożona jest skuteczność art. 101 TFUE i 102 TFUE” (sprawa C-439/08, *VEBIC*, EU:C: 2010:739, pkt 64).

[312] W. Sauter, *Coherence in EU Competition Law*, Oksford 2016, s. 9.

[313] Od 2004 r., w ramach systemu uprawnień równoległych do egzekwowania art. 101 i 102 TFUE, opartego na ścisłej współpracy w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (ENC), krajowe organy ochrony konkurencji są zobowiązane do stosowania i egzekwowania unijnego prawa konkurencji w taki sam sposób jak KE. Jeżeli zachowania biznesowe nie są zgodne

regulacyjna), w tym skuteczne wykrywanie oraz karania antykonkurencyjnych praktyk[314] oraz przyjmowanie skutecznych środków zaradczych. Skuteczność unijnego prawa konkurencji można postrzegać również w kategoriach jego celów, osiągnięcia zgodnie z art. 3 TUE stanu niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym.

Jak wskazano w motywie 1 Rozporządzenia 1/2003, w celu ustanowienia systemu, który gwarantuje, że konkurencja na rynku wewnętrznych nie zostanie zakłócona, art. 101 i 102 TFUE muszą być skutecznie i jednolicie stosowane w Unii Europejskiej. W rozporządzeniu tym „skuteczność" wymieniana jest 19 razy w różnym kontekście, m.in. w zakresie potrzeby zapewnienia skutecznego nadzoru oraz stosowania przepisów konkurencji, w tym zapewnienia skutecznych procedur oraz uprawnień dochodzeniowych (motyw 2, 5, 6, 8, 19, 25, 26, 28), bezpośredniej skuteczności (motyw 4), skuteczności środków zaradczych koniecznych do doprowadzenia do zaprzestania naruszeń (motyw 12).

1.4. Kryteria skutecznej regulacji oraz interwencji na rynkach cyfrowych

Aby rozwiązać postrzegane problemy na rynkach cyfrowych, prawodawca musi najpierw w pełni zrozumieć funkcjonowanie platform internetowych, w tym mogące pojawić się niedoskonałości na rynkach pośrednictwa internetowego, a następnie opracować odpowiednie instrumenty regulacji. Chcąc opracować sektorową regulację platform internetowych można zdecydować się na różne rozwiązania prawne.

Jedną z możliwych metod regulacji jest określenie precyzyjnych norm-reguł w postaci zakazów i obowiązków o charakterze *ex ante*, zawierających „czarną listę" zakazanych praktyk rynkowych. Podejście to opiera się na przejrzystym zestawie zakazów i obowiązków obejmujących udowodnione i bezwzględnie szkodliwe praktyki. Z drugiej strony, regulacja może opierać się na określonych klauzulach generalnych (normach-zasadach) odwołujących się do ogólnej definicji uczciwości, np. określających wymagania, aby operatorzy platform internetowych działali w sposób, który nie jest arbitralny ani stronniczy oraz aby wszystkich użytkowników, będących w jednakowej lub porównywalnej sytuacji, traktować jednakowo. O

z unijnym prawem konkurencji, a naruszenia te nie są wykrywane i karane, system prawny lub norma nie są uznawane za skuteczne.

[314] Obowiązek nałożenia sankcji w celu zapewnienia skuteczności prawa Unii Europejskiej został wskazany w literaturze; zob.: M. Szwarc, *Effectiveness of EU law and protection of fundamental rights – in search of balance in the context of the ne bis in idem principle*, „Studia Prawnicze" 2019, nr 4, s. 39. Zob. również: wyrok Sądu z 8.10.2008 r. w sprawie *Schunk GmbH*, T-69/04, EU:T:2008:415. W pkt 39 tego wyroku Sąd wyjaśnił, że sankcje za naruszenia art. 101 TFUE i art. 102 TFUE stanowią kluczowy instrument, jakim dysponuje Komisja, która czuwa nad utworzeniem w ramach Unii systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym. Szeroko na temat skuteczności sankcji prawnych zob.: A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013, s. 68-71, 100-104.

ile pierwsze z podejść wzmacnia pewność prawną dla przedsiębiorców oraz ułatwia im samodzielną ocenę własnych zachowań rynkowych, o tyle – w przeciwieństwie do drugiego podejścia – nie daje możliwości elastycznego reagowania na potencjalnie nowe i coraz bardziej wyrafinowane, szkodliwe strategie przedsiębiorców. Z tego względu, aby minimalizować wady tych podejść, należy opowiedzieć się za podejściem „mieszanym". Przepisy chroniące przed nieuczciwymi warunkami i praktykami powinny być oparte na klauzulach generalnych (np. określonych zasadach uczciwości), a jednocześnie powinny one być uzupełnione „czarną listą" szczególnie szkodliwych praktyk obserwowanych na rynkach cyfrowych oraz bardziej szczegółowymi wytycznymi co do podejmowanych interwencji[315].

Doświadczenie organów ochrony konkurencji oraz analizy dokonywane na gruncie prawa antymonopolowego dotyczące kwestii badania rynku i oceny zachowań przedsiębiorców dostarczają cennych wskazówek dla legislatora, próbującego opracować sektorową regulację platform internetowych. Wnioski z powyższej analizy mogą pomóc w odpowiedzi na następujące pytania i wątpliwości: (i) czy zaobserwowane praktyki operatorów platform internetowych w każdej sytuacji są bezwzględnie szkodliwe, (ii) czy istniejące prawo konkurencji, obowiązujące na poziomie Unii i państw członkowskiego jest niewystarczające, aby przeciwdziałać tym praktykom, a jeżeli tak, to (iii) czy przepisy ustanawiające wymogi *ex ante* powinny mieć charakter komplementarny czy też subsydiarny do przepisów prawa antymonopolowego oraz (iv) czy należy ustanowić wyjątki odnośnie do niektórych operatorów platform, np. start-upów lub małych przedsiębiorców.

Jedną z głównych zalet wcześniejszej identyfikacji dużych platform internetowych (posiadających określoną siłę rynkową), a także wskazania precyzyjnej listy zakazanych zachowań byłoby przyspieszenie prowadzonych postępowań antymonopolowych. W przeciwieństwie do zakazu nadużywania pozycji dominującej, gdzie zachowania operatorów platform badane są *ex post* (tj. po zidentyfikowaniu danej praktyki) w długotrwałych postępowaniach antymonopolowych, regulacja platform miałyby zastosowanie *ex ante*, a zatem z góry określałaby pozytywne nakazy pewnych zachowań rynkowych.

Jedną ze wskazanych cech usług świadczonych przez platformy internetowe jest ich skalowalność (tj. potencjał do zwiększania liczby użytkowników oraz interakcji w ramach platformy), a cyfrowe modele biznesowe, pozbawione fizycznych granic, mają transgraniczny

[315] Podobnie: A. de Streel, *Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal (2018)*, https://ssrn.com/abstract=3248723 (data dostępu: 15.11.2023 r.), s. 22.

charakter. Brak jednolitych ram prawnych dla nowych modeli biznesowych działających globalnie generuje większe koszty ich działalności. Ze względu na to, że innowacyjne modele biznesowe platform internetowych mają charakter globalny, skoordynowana i jednolita reakcja prawna między państwami członkowskimi Unii Europejskiej jest logiczna i właściwa. Interwencje mające na celu zaradzenie potencjalnym szkodom powodowanym przez działalność operatorów platform internatowych powinny być zaprojektowane tak, aby uniknąć negatywnych skutków w postaci nałożenia niepotrzebnych lub nadmiernych ciężarów administracyjnych na przedsiębiorców. Należy zatem skupić się wyłącznie na zidentyfikowanych niedoskonałościach rynku oraz praktykach handlowych, które powinny być oceniane jako bezwzględnie szkodliwe. Nie ułatwia tego jednak fakt, że rynki cyfrowe ewoluują szybko, a przez to trudno jest znaleźć stabilne i jasne kryteria, które dokładnie wskazywałyby możliwości wyrządzania szkody konkurencji.

Na gruncie prawa antymonopolowego te same zachowania rynkowe mogą być różnie oceniane w odmiennych kontekstach gospodarczych. Nawet przedsiębiorca dominujący ma prawo obrony swoich słusznych interesów, jeśli jego działania są obiektywnie i ekonomicznie uzasadnione. Przy ocenie potencjalnie nieuczciwych i szkodliwych zachowań operatorów platform należy ważyć różne interesy oraz uzasadnione powody określonych zachowań rynkowych. W przeciwnym razie interwencja w swobodę działalności gospodarczej operatorów platform byłaby szkodliwa, gdyż zniechęcałaby tych przedsiębiorców do innowacji i rozwoju własnej działalności gospodarczej, co ostatecznie szkodziłoby konsumentom.

Narzucenie szerokiego zakresu zasad uczciwości wszystkim operatorom platform, niezależnie od ich wielkości i pozycji rynkowej, byłoby nieproporcjonalne i doprowadziłoby do powstania barier wejścia na rynek dla nowych uczestników. Mogłoby to zwłaszcza ograniczać niektóre uzasadnione strategie operatorów platform mające na celu przyciągnięcie niezbędnej masy krytycznej użytkowników. Rozciągnięcie niektórych obowiązków, do tej pory egzekwowanych wyłącznie od podmiotów zajmujących pozycję dominującą, na małe podmioty rynkowe byłoby zatem niekorzystne dla tych mniejszych graczy. Paradoksalnie stanowiłoby również pośrednie uprzywilejowanie przedsiębiorców dominujących, na których ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszali skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku[316]. Z tego względu regulacja platform internetowych powinna być asymetryczna, tzn. musi mieć wyłącznie zastosowanie do określanych przedsiębiorców

[316] Zob.: wyrok TS z 6.10.2015 r., C 23/14, *Post Danmark*, EU:C:2015:651, pkt 23.

dysponujących co najmniej względną siłą rynkową (przewagą przetargową nad swoimi użytkownikami biznesowymi).

W kontekście środków zaradczych przyjmowanych na gruncie prawa konkurencji w literaturze podkreślono, że zasada skuteczności wymaga, aby środek zaradczy był zdolny do powstrzymania naruszenia i jego skutków, zapobieżenia jego powtórzeniu oraz przywrócenia procesu konkurencji. Skuteczność środka zaradczego nie jest (ściśle) binarna, lecz jest pojęciem stopniowym[317]. Istnieje ryzyko, że skuteczność środka zaradczego może być obniżona, jeżeli przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, który ma motywację do minimalizowania wpływu na swoją działalność, w tym na nielegalnie utworzoną lub wzmocnioną pozycję dominującą, otrzyma zbyt dużą swobodę działania od organu antymonopolowego. To ryzyko jest szczególnie istotne, gdy organy te formułują środki zaradcze w sposób zbyt ogólny, np. poprzez wymóg równego traktowania lub zapewnienia dostępu, nie precyzując dokładnych szczegółów zachowania dominującego przedsiębiorcy. Takie ogólne sformułowanie środków zaradczych może doprowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorca dominujący interpretuje te środki w sposób najmniej restrykcyjny dla swoich interesów. Na przykład, nakaz równego traktowania może być realizowany tylko formalnie, nie wpływając rzeczywiście na antykonkurencyjne praktyki przedsiębiorcy. Podobnie, zapewnienie dostępu do zasobów czy usług może być wykonane w sposób minimalny, nie przyczyniając się do rzeczywistego przywrócenia konkurencji na rynku. Dlatego kluczowe jest, aby organy antymonopolowe precyzyjnie i szczegółowo formułowały środki zaradcze, określając konkretne zachowania, które mają zostać zmienione, oraz jasno definiując kryteria i warunki, które musi spełnić dominujący przedsiębiorca. Tylko w ten sposób można zapewnić, że środki zaradcze będą rzeczywiście skuteczne i przyczynią się do odbudowy zdrowej konkurencji na rynku. Organy antymonopolowe często muszą wykazać się większą kreatywnością, aby ustalić odpowiednie środki zaradcze, które przywrócą efektywny proces konkurencji na rynkach cyfrowych[318].

1.5. Wyzwania związane z egzekwowaniem prawa konkurencji na rynkach cyfrowych oraz potrzeba regulacji sektorowej

Prawo konkurencji nie zawsze może być skutecznym instrumentem zwalczania szkodliwych praktyk na rynkach cyfrowych m.in. ze względu na: (i) potencjalną nieadekwatności kryteriów i narzędzi antymonopolowych do specyfiki gospodarki cyfrowej, takich jak definiowanie

[317] F. Bostoen, D. van Wamel, *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, "TILEC Discussion Paper" 2023, nr DP 2023-19, s. 6.
[318] *Ibidem*, s. 20.

rynków właściwych czy ocena siły rynkowej przedsiębiorstw[319]; (ii) trudności w spełnieniu wymagań dowodowych i sformułowaniu wiarygodnej teorii szkody[320]; oraz (iii) długiego czasu trwania postępowań oraz ich charakteru *ex post,* co oznacza reagowanie na już dokonane działania przedsiębiorców.

Egzekwowanie prawa konkurencji jest czasochłonne, co kontrastuje z dynamicznym charakterem szybko zmieniających się rynków. Organy antymonopolowe interweniują *ex post* i zwykle po długim dochodzeniu trwającym kilka lat, zwłaszcza w celu wykazania szkody konsumenta po wnikliwej analizie *case-by-case*[321]. Co więcej, standardowe przepisy prawa konkurencji często nie radzą sobie z zagadnieniami dotyczącymi konkurencyjności rynku ani problemami strukturalnymi, takimi jak bariery wejścia, rozwoju, czy wyjścia z rynku[322]. W efekcie, działania prawne mogą okazać się zbyt późne na tych rynkach, a nawet gdy zostaną podjęte, mogą nie skutkować niezbędnymi zmianami strukturalnymi[323]. To sprawia, że problemy konkurencyjne mogą pozostać nierozwiązane nawet po interwencji w danej sprawie[324].

Stwierdzenie naruszenia i nałożenie wysokiej kary pieniężnej nie gwarantuje, że dominujący operator platformy nie będzie podejmował podobnych praktyk w przyszłości. Nakazy zaprzestania naruszenia (ang. *cease-and-desist orders*), nie przywracają utraconej już konkurencji. W przypadku braku środków zaradczych postępowanie wykluczające dominujących operatorów platform internetowych jest opłacalne, ponieważ sprawca naruszenia może zachować korzyści wynikające z antykonkurencyjnego zachowania w postaci zmienionej struktury rynku na swoją korzyść. W opinii części badaczy, operatorzy dominujących platform

---

[319] Szczegółowa analiza w tym zakresie została przedstawiona w pkt III.1.1.1 pracy doktorskiej.
[320] Szczegółowa analiza w tym zakresie została przedstawiona w pkt IV.2.2.2 oraz IV.2.3 pracy doktorskiej.
[321] Przykładowo, w przypadku sprawy *Google (Shopping)* nr AT.39740, początkowa skarga pochodziła z listopada 2009 r., dotycząc zachowań mających miejsce już w 2008 roku. Komisja oficjalnie rozpoczęła postępowanie w 2010 roku. Naruszenie zostało stwierdzone w 2017 roku – sześć i pół roku po rozpoczęciu dochodzenia.
[322] Kluczowym wyzwaniem dla egzekwowania prawa antymonopolowego na rynkach cyfrowych jest to, że w wielu przypadkach okazuje się ono nieskuteczne w osiąganiu głównego celu, jakim jest zachowanie lub przywrócenie konkurencji z korzyścią dla konsumentów. Na szybko zmieniających się rynkach cyfrowych interwencja w odpowiednim czasie ma zasadnicze znaczenie dla zapobiegania nieodwracalnym szkodom dla konkurencji. Zob. D. Mantzari. *Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications for Digital Markets*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2020, nr 11, s. 487.
[323] W międzyczasie zasiedziały operator platformy internetowej może stosować różne praktyki, w szczególności jednostronne działania, aby wykluczyć rywali i stłumić rodzące się zagrożenia. Gdy rynek „przechyli się" na korzyść istniejącej platformy, może nie być już potrzeby kontynuowania przez operatora tej platformy antykonkurencyjnego zachowania. Cechy rynków cyfrowych (silne korzyści skali i zakresu, efekty sieciowe, rola danych) będą działać na korzyść zasiedziałego operatora i pomogą mu utrzymać pozycję rynkową platformy internetowej.
[324] W doktrynie podkreśla się, że ograniczona skuteczność prawa antymonopolowego wynika ze zindywidualizowanego charakteru spraw i braku generalnego skutku decyzji. Pomimo precedensowego charakteru niektórych rozstrzygnięć oraz ich efektu prewencyjnego, decyzje organów ochrony konkurencji nie oddziałują *erga omnes*, wobec czego nie przynoszą efektów dla całego sektora. OECD, *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021,; U. Czarnomska-Bokowy, *Prawo konkurencji a projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – kto przypilnuje strażników?*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2022, nr 1, s. 11.

internetowych okazali się odporni na egzekwowanie przepisów antymonopolowych[325]. W związku z tym, poszczególne regulacje rynków cyfrowych (*ex ante*) zostały uchwalone przy założeniu, że konieczne są alternatywne, szybsze i skuteczniejsze rozwiązania, aby zaradzić zagrożeniom dla konsumentów i konkurencji stwarzanym przez platformy internetowe, w przeciwieństwie do tradycyjnych narzędzi prawa konkurencji.

1.6. Konkluzje

Debata na temat regulacji rynków cyfrowych w Europie jest wielopłaszczyznowa i obejmuje różne perspektywy, zarówno zwolenników, jak i przeciwników interwencji antymonopolowej i regulacyjnej. Popierający interwencję publiczną (antymonopolową i regulacyjną) na rynkach cyfrowych podkreślają, że dynamiczny i złożony charakter tych rynków wymaga nowych, elastycznych podejść regulacyjnych, które mogą szybko reagować na zmieniające się warunki rynkowe. Argumentują, że tradycyjne narzędzia prawa konkurencji są niewystarczające do ochrony przed dominacją dużych przedsiębiorstw, które mogą nadużywać swojej pozycji rynkowej i tworzyć bariery dla nowych uczestników. Z drugiej strony, oponenci zbyt daleko idącej regulacji wskazują na ryzyko hamowania innowacji i efektywności rynkowej. Wyrażają obawy, że nadmierne regulacje na rynkach cyfrowych mogą ograniczać konkurencję poprzez zbyt restrykcyjne ograniczenia dla dużych przedsiębiorstw cyfrowych, co paradoksalnie mogłoby zaszkodzić konsumentom i mniejszym przedsiębiorcom, które korzystają z ekosystemów stworzonych przez duże platformy internetowe[326].

Debata ta podkreśla różnice w postrzeganiu roli państwa i rynku w regulowaniu działalności gospodarczej. Zwolennicy interwencjonizmu argumentują za aktywną rolą władzy publicznej w kształtowaniu rynków i ochronie konkurencji na rynkach cyfrowych, podczas gdy przeciwnicy podkreślają wagę samoorganizacji rynkowej i ograniczenia interwencji państwa do niezbędnego minimum.

W Europie osiągnięto jednak konsensus prawny i polityczny, że istniejące prawo antymonopolowe jest niewystarczające do skutecznego radzenia sobie z problemami obserwowanymi na rynkach cyfrowych, głównie ze względu na jego powolność i ograniczenia w zakresie egzekwowania. Od 2019 roku zauważalna jest zmiana podejścia w Unii, wynikająca

[325] D. Geradin, D. Katsifis, *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform markets*, "European Competition Journal" 2022, nr 2, s. 370.
[326] Na spolaryzowane stanowiska wskazano w literaturze. Zob. m.in.: M. Kadar, *European Union* competition *law in the digital era*, „Zeitschrift für Wettbewerbsrecht" 2015, nr 4, s. 9; F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 283.

z rosnącego zainteresowania możliwym antykonkurencyjnymi praktykami na rynkach, w których funkcjonują platformy internetowe. Raporty eksperckie podkreślają potrzebę opracowania nowych, bardziej elastycznych i szybkich metod regulacyjnych, które będą bardziej dostosowane do dynamicznych i złożonych charakterystyk rynków cyfrowych. W tym kontekście debata na temat regulacji sektorowych nabiera znaczenia jako alternatywa lub uzupełnienie dla tradycyjnego prawa konkurencji, pozwalając na bardziej efektywne zarządzanie niedoskonałościami obserwowanymi na rynkach cyfrowych. Prawo konkurencji skupia się na egzekwowaniu przepisów antymonopolowych w odniesieniu do konkretnych sytuacji rynkowych. Jednak regulacje sektorowe mogą być bardziej kompleksowym narzędziem, pozwalając na zapobieganie problemom rynkowym i ich rozwiązywanie na bieżąco. Dlatego też Komisja Europejska podjęła działania w celu dostosowania prawa gospodarczego UE do wyzwań związanych z rozwojem technologii cyfrowych, co znalazło odzwierciedlenie w przyjęciu rozporządzenia DMA.

2. Metody regulacji rynków cyfrowych

W ocenie autora niniejszej pracy nie osiągnięto konsensusu, co do tego, jakie podejście (metoda regulacji) jest najlepsze do zaradzenia problemom ekonomicznym obserwowanym na rynkach cyfrowych – czy powinniśmy przyjąć odrębną regulację *ex ante* (na wzór modelu „regulacji sektorowej"), nowe instrumenty prawa konkurencji (np. badania rynku na wzór modelu brytyjskiego), czy może dostosować istniejące prawo konkurencji do realiów gospodarki cyfrowej (np. wprowadzając domniemania prawne niektórych form zachowania[327]). Wybór odpowiedniego modelu regulacji zależy od konkretnych okoliczności, celów regulacyjnych oraz charakterystyki sektora.

Jak zostanie wykazane w dalszej części pracy, poszczególne regulacje rynków cyfrowych zacierają granicę między modelem „ochrony konkurencji" a modelem „regulacji sektorowej" (inaczej „regulacji gospodarczej"), ponieważ mają one charakter hybrydowy, łącząc cechy typowe dla obu tych modeli. W związku z tym, w niniejszej pracy doktorskiej pojęcie regulacji rynków cyfrowych jest rozumiane szerzej, obejmując swym zakresem również rozwiązania, które nie spełniają definicji klasycznej regulacji sektorowej. Poniżej przedstawiono główne metody regulacyjne i rozwiązania przyjmowane w poszczególnych jurysdykcjach na gruncie różnych aktów prawnych dotyczących rynków cyfrowych. Niektóre z cech omawianych

[327] Przykładowo, propozycja taka w odniesieniu do *self-preferencing*, analizowanego w rozdziale VI, została zaproponowana w Raporcie Crémera, s. 7.

poniżej są charakterystyczne dla modelu „regulacji sektorowej", inne zaś dla modelu „ochrony konkurencji".

2.1. Regulacja horyzontalna (międzysektorowa) oraz regulacja sektorowa

Regulacja horyzontalna (przepisy międzysektorowe) odnosi się do wszystkich rodzajów towarów lub usług w gospodarce, niezależnie od tego, czy są oferowane na rynkach cyfrowych czy tradycyjnych. Jednak zastosowanie tej regulacji może wymagać spełnienia pewnych warunków, takich jak istnienie siły rynkowej w kontekście prawa konkurencji. Z kolei zasady semi-horyzontalne (semi-wertykalne) odnoszą się do szerokiej kategorii usług, takich jak wszystkie usługi cyfrowe, ale nie obejmują usług tradycyjnych[328].

Regulacje sektorowe odnoszą się do konkretnych rodzajów usług zdefiniowanych w aktach prawnych, takich jak usługi komunikacji elektronicznej czy usługi mediów audiowizualnych. Wprowadzenie zasad semi-horyzontalnych lub sektorowych wymaga określenia rodzajów usług, do których będą one stosowane. Regulacje sektorowe skupiają się na bardzo specyficznych obszarach i są bardziej szczegółowe, podczas gdy regulacje horyzontalne (ogólnosektorowe) charakteryzują się szerszym zakresem i większą elastycznością. Jednak mogą one prowadzić do niepewności prawnej w zakresie ich zastosowania do nowych modeli biznesowych pojawiających się na rynkach cyfrowych[329].

Regulacje gospodarcze zazwyczaj przyjmują charakter sektorowy. Oznacza to, że są one specyficznie dostosowane do potrzeb i wyzwań konkretnych branż lub sektorów gospodarki. Przykładem mogą być regulacje dotyczące sektorów takich jak telekomunikacja, energia czy transport, gdzie specyfika działalności wymaga indywidualnego podejścia do regulacji prawnych i ekonomicznych. Te sektorowe regulacje często mają na celu zarządzanie konkurencją, cenami, standardami jakościowymi czy ochroną konsumentów w danym sektorze, biorąc pod uwagę jego unikalne właściwości. Przepisy konkurencji mają natomiast zastosowanie niezależnie od sektora gospodarki. Są one zaprojektowane w taki sposób, aby zapewnić uczciwą konkurencję między przedsiębiorstwami na wszystkich rynkach[330].

Regulacje sektorowe i prawo konkurencji nabierają dodatkowej złożoności na dynamicznych i rynkach cyfrowych, obejmujących różnorodne produkty, usługi i modele biznesowe. Różne

---

[328] J. Crémer, D. Schnurr, A. de Streel, *Internet Platforms and Non-Discrimination (2017)*, s. 22 https://ssrn.com/abstract=3083114 (data dostępu: 15.11.2023 r.).
[329] OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Paryż 2021, s. 8.
[330] N. Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge, s. 43-48.

podejścia do definiowania „rynku cyfrowego" prowadzą do odmiennych metod regulacyjnych. Przykładowo, niemieckie prawo rynków cyfrowych nie definiuje jasno rynków cyfrowych, DMA koncentruje się na konkretnych usługach platformowych[331]. W konsekwencji przepisy niemieckie są bardziej elastyczne i mogą mieć zastosowanie do rynków innych niż cyfrowe, które wykazują podobne cechy do tych rynków (zostanie to wskazane szerzej w pkt III.1.1.2 pracy doktorskiej).

2.2. Obowiązki asymetryczne oraz symetryczne

Obowiązki asymetryczne są nakładane przez organy regulacyjne na przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję rynkową lub mających określony status rynkowy. Ramy regulacyjne przewidują także inne obowiązki nakładane na przedsiębiorców, bez względu na ich pozycję rynkową (symetryczny obowiązek dostępu).

Przykładem obowiązku asymetrycznego jest zakaz nadużywania pozycji dominującej. Ten zakaz jest adresowany do przedsiębiorców posiadających kwalifikowaną siłę rynkową, czyli tzw. pozycję dominującą. Co istotne, działania, które mogą być uznane za legalne w przypadku przedsiębiorców nieposiadających takiej siły, mogą być traktowane jako naruszenie tego zakazu przez podmioty posiadające pozycję dominującą. Te ostatnie mają szczególną odpowiedzialność, by swym zachowaniem nie zakłócać wolnej konkurencji na rynku wewnętrznym[332].

Biorąc pod uwagę zidentyfikowane problemy na rynkach cyfrowych wynikające z siły rynkowej i statusu niektórych operatorów platform internetowych, większość regulacji rynków cyfrowych zawiera obowiązki o charakterze asymetrycznym. W ocenie autora niniejszej pracy, regulacja platform internetowych wymaga podejścia asymetrycznego, które skupia się wyłącznie na określonych przedsiębiorcach dysponujących znaczącą siłą rynkową. Narzucenie szerokiego zakresu zasad uczciwości wszystkim operatorom platform, niezależnie od ich wielkości i pozycji rynkowej, byłoby nieproporcjonalne i doprowadziłoby do powstania barier wejścia na rynek dla nowych uczestników. Mogłoby to ograniczać zwłaszcza niektóre uzasadnione strategie operatorów platform mające na celu przyciągnięcie niezbędnej masy krytycznej użytkowników. Rozciągnięcie niektórych obowiązków, do tej pory egzekwowanych

[331] Szersze rozważania w tym zakresie zostały wskazane w pkt III.1.1.2 pracy doktorskiej.
[332] Szersze rozważania w tym zakresie zostały wskazane w pkt IV.2 pracy doktorskiej.

wyłącznie od podmiotów zajmujących pozycję dominującą, na małe podmioty rynkowe byłoby zatem niekorzystne dla tych mniejszych graczy[333].

Przykładem aktu prawnego, który ma zastosowanie symetryczne do wszystkich operatorów platform internetowych jest Rozporządzenie P2B. Wskazano w nim szeroki zakres obowiązków informacyjnych dotyczących relacji operatora platformy z użytkownikiem biznesowym, niezależnie od wielkości danego operatora (zob. pkt II.4.2.1 pracy doktorskiej).

2.3. Konkretyzacja *ex post* oraz konkretyzacja *ex ante*

Kiedy pojawiają się specyficzne problemy rynkowe, które wymagają interwencji prawnej, kluczowe staje się dokonanie wyboru najbardziej efektywnych metod. Ta decyzja zwykle dotyczy wyboru między prawem konkurencji *ex post*, które charakteryzuje się ogólnym zakresem i wymaga udowodnienia antykonkurencyjnych działań, a regulacją *ex ante*, skierowaną bezpośrednio do konkretnych przedsiębiorców, często w specyficznym sektorze, bez wykazywania konkretnych antykonkurencyjnych skutków.

Jak wskazał M. Szydło, konkretyzacja *ex post* polega na tym, że wydając władczą indywidualną decyzję stosowania prawa, dany organ odnosi się w dyspozycji tej decyzji tylko i wyłącznie do takiego zachowania przedsiębiorcy, które ten podjął już w przeszłości[334]. Konkretyzacja *ex post* zakłada, że najpierw dopuszcza się możliwość podejmowania określonych zachowań rynkowych przez przedsiębiorstwa, a dopiero potem, po ich podjęciu, zachowania te oceniane są stosownie do przyjętych uprzednio normatywnych miar. W ramach konkretyzacji *ex ante* organ stosujący prawo nie odnosi się natomiast do przeszłego lub obecnego zachowania rynkowego przedsiębiorcy, lecz wyznacza nowe, odmienne treściowo i rodzajowo działania przedsiębiorcy.[335]

Rozróżnienie między regulacjami *ex post* i *ex ante* może się zacierać. Choć regulacja *ex post* działa po fakcie, jej skutki odstraszające działają *ex ante*. Z kolei naruszenie zasad *ex ante* jest potępiane *ex post*. Przykładowo, regulacje dotyczące koncentracji przedsiębiorców są wprowadzane przed ich sfinalizowaniem, nie zaś po potwierdzeniu negatywnych konsekwencji dla konkurencji. Regulacja *ex ante* może włączać w swoje ramy elementy prawa

[333] A. de Streel, *Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal (2018)*, https://ssrn.com/abstract=3248723 (data dostępu: 15.11.2023 r.).
[334] Względnie też nadal je podejmuje, i które to zachowanie jest obecnie (właśnie w ramach procesu stosowania prawa) przedmiotem prawnej oceny. M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 23.
[335] M. Szydło, Prawo konkurencji a regulacja sektorowa, Warszawa 2010, s. 24.

konkurencyjnego, ograniczając się do sytuacji, w których antykonkurencyjne efekty zostały już formalnie stwierdzone[336].

Interwencja *ex post* realizowana przez prawo konkurencji ma zalety, takie jak możliwość dokładnej analizy ekonomicznych efektów danej praktyki w poszczególnych przypadkach, uwzględniając rzeczywiste skutki rynki danej praktyki. Taka ocena umożliwia również uwzględnienie wszelkie korzyści wynikające z analizowanego postępowania przed podjęciem decyzji o tym, czy takie działanie w rzeczywistości szkodzi konkurencji. Dokładna analiza indywidualnych przypadków na gruncie prawa konkurencji może prowadzić do bardziej precyzyjnych ocen konkretnych praktyk niż ocena dokonywana na podstawie regulacji *ex ante*. Regulacje *ex ante* często nie uwzględniają bowiem rzeczywistej oceny danego postępowania i jego bezpośredniego wpływu na konkurencję oraz dobrobyt konsumentów. Normy prawa konkurencji charakteryzują się ogólnie szerokim i elastycznym zakresem, co umożliwia ich zastosowanie do różnorodnych praktyk, w tym nowych na nowych rynkach, co może nie być osiągalne w przypadku konkretnych obowiązków regulacyjnych[337].

2.4. Środki behawioralne i strukturalne

Interwencja prawna na rynkach cyfrowych może mieć charakter behawioralny oraz charakter strukturalny. Powyższe rozróżnienie odnosi się zarówno do kwestii regulacji rynków cyfrowych, jak również do środków zaradczych przyjmowanych na gruncie reguł konkurencji[338]. Środki behawioralne dotyczą sposobu działania przedsiębiorców, np. zakazu pewnych praktyk lub wymogu zapewnienia dostępu do pewnych usług czy produktów konkurentom na określonych warunkach. Środki strukturalne wymagają z kolei od

[336] Przykładem takiej sytuacji może być rynek telekomunikacyjny. F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 225; OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Paryż 2021, s. 8. Zob. też art. 67 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/1972 z dnia 11.12.2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, Dz.U. L 321 z 17.12.2018, s. 36-214, w którym ustanowiono procedurę analizy rynku.

[337] P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, "European Law Review" 2022, s. 3, 16; OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Paryż 2021, s. 8.

[338] Środki zaradcze w kontekście reguł konkurencji odnoszą się do działań nakładanych na przedsiębiorców w celu zapobiegania, zatrzymania lub naprawienia szkód wyrządzonych przez naruszenie przepisów antymonopolowych. Zob.: motyw 12 oraz art. 7 Rozporządzenia 1/2003. Zob. szerzej: P. I. Colomo, '*Regulatory' and 'Antitrust' Remedies in EU Competition Law*, [w:] D. Gerard, A. Komninos (red.), *Remedies in EU Competition Law Substance, Process and Policy*, Alphen aan den Rijn 2020, s. 73-93; M. K. Kolasiński, *Środki zaradcze stosowane w przypadkach sprzedaży wiązanej (na tle decyzji Komisji Europejskiej)*, „Państwo i Prawo" 2013, nr 3, s. 54-65; M. K. Kolasiński, A. Kustra, *Konstytucyjne standardy ochrony przedsiębiorcy a środki zaradcze we wspólnotowym prawie konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2008, nr 5, s. 17-21; A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013, s. 174-182.

przedsiębiorstwa zmiany struktury, np. poprzez sprzedaż pewnej części biznesu czy oddzielenie pewnych aktywów[339].

Te same problemy antymonopolowe mogą być rozwiązane za pośrednictwem obu rodzajów środków. Przykładowo, problem wertykalnej integracji oraz faworyzowania własnych produktów i usług przez operatora platformy internetowej może być rozwiązany zarówno przez środki strukturalne[340], jak i behawioralne[341]. Środki strukturalne, choć są skuteczniejsze, to jednak są bardziej dolegliwe dla przedsiębiorców[342].

2.5. Standardy i reguły (zakazy i nakazy)

W literaturze wskazuje się, że regulacje rynków cyfrowych mogą się różnić w zależności od wymaganego stopnia elastyczności i dostosowania przepisów do konkretnych potrzeb w zakresie nakładania obowiązków na regulowanych przedsiębiorców[343]. Istotne jest precyzyjne określenie stopnia elastyczności tych przepisów w kontekście możliwości przedstawienia przez zainteresowane podmioty uzasadnień lub argumentów mających na celu zwolnienie ich spod obowiązujących zakazów lub wymogów regulacyjnych. Odnosi się to do wyraźnego zdefiniowania, jakie argumenty (np. w formie obiektywnego uzasadnienia czy wyjątków potwierdzających uzasadnienie określonych działań) mogą być przedstawiane w celu wykazania, dlaczego pewne działania powinny być wyłączone spod zakazów, np. z uwagi na ich korzyści dla efektywności.[344].

Jedną z możliwych metod regulacji, jak wskazano w pkt II.1.4 pracy doktorskiej, jest określenie precyzyjnych norm-reguł (podejście oparte na regułach) w postaci określenia zakazów i obowiązków o charakterze *ex ante*, zawierających „czarną listę" zakazanych praktyk rynkowych. Podejście to opiera się na przejrzystym zestawie zakazów i obowiązków obejmujących udowodnione i bezwzględnie szkodliwe praktyki. Jest to podejście normatywne,

---

[339] Zob. szerzej: OECD, *Remedies and commitments in abuse cases,* Paryż 2022, www.oecd.org/daf/competition/remedies-and-commitments-in-abuse-cases2022.pdf (data dostępu: 10.01.2023 r.), s. 17-29,

[340] Separację (rozdzielenia) rynku wyższego szczebla (na którym funkcjonuje platforma) od rynku niższego szczebla (na którym funkcjonuje działalność sprzedażowa lub usługowa zintegrowanego pionowa operatora platformy).

[341] Nakaz określonego zachowania, np. zakaz wykorzystywania informacji pochodzących z działalności platformy w celu faworyzowania własnych usług sprzedażowych lub usługowych na tej platformie względem działalności podejmowanych przez innych użytkowników biznesowych na tej platformie.

[342] Przykładowo, środki te mogą niweczyć korzyści wynikające z wertykalnej integracji.

[343] Podczas gdy niektóre regulacje definiują wyczerpującą, sztywną listę, która ma zastosowanie do wszystkich wyznaczonych przedsiębiorców, inne przyznają organowi odpowiedzialnemu za stosowanie nowych przepisów uprawnienia do ich dostosowania do konkretnego przedsiębiorcy lub modelu biznesowego, co pozwala na dopasowanie nakazów i zakazów do specyfiki danego modelu biznesowego. Zob.: OECD, *Ex ante regulation of digital markets,* Paryż 2021, s. 32; A. de Streel, *Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal (2018),* https://ssrn.com/abstract=3248723 (data dostępu: 15.11.2023 r.), s. 22.

[344] OECD, *Ex ante regulation of digital markets,* Paryż 2021, s. 32.

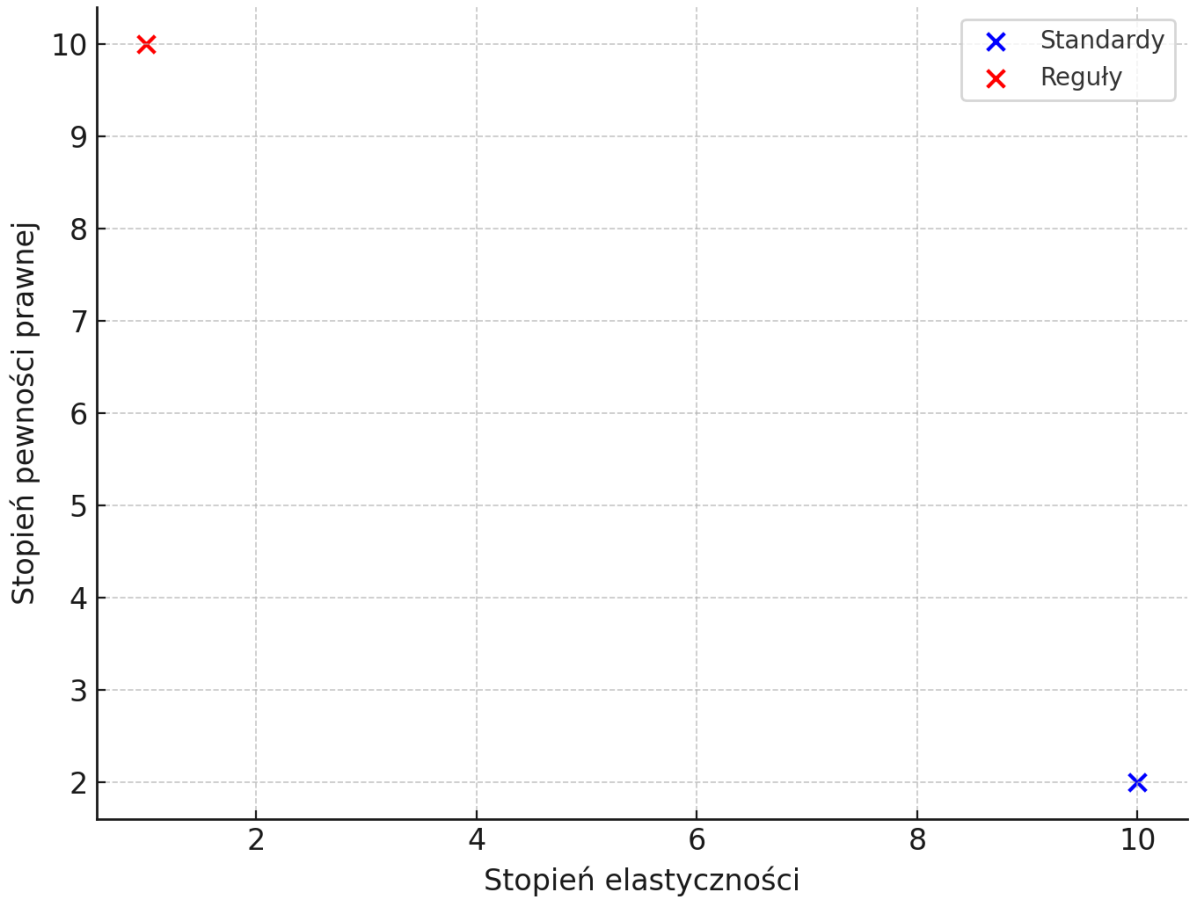
które zapewnia przedsiębiorcom ścisłe wskazówki dotyczące wymaganego i zabronionego postępowania, np. norma-reguła może wymagać od przedsiębiorcy przedstawienia co najmniej pięciu opcji w ramach dowolnego wyboru usług do zakupu i może określać informacje, które użytkownicy muszą być podane takie informacje, jak cena lub format dostawy[345].

Z drugiej strony, regulacja może opierać się na określonych klauzulach generalnych (normach-zasadach, ang. *principles-based regulations*) [346] odwołujących się do ogólnej definicji uczciwości, np. określających wymagania, aby operatorzy platform internetowych działali w sposób, który nie jest arbitralny ani stronniczy oraz aby wszystkich użytkowników, będących w jednakowej lub porównywalnej sytuacji, traktować jednakowo. Podejście oparte na zasadach określa obowiązki spoczywające na przedsiębiorcach w oparciu o zwroty niedookreślone lub klauzule generalne, zapewniając im większą elastyczność w zakresie sposobu realizacji tych zasad[347]. Na przykład, przedsiębiorca musi zapewnić konsumentom jasne informacje dotyczące otrzymywanych usług, przedstawione w łatwo zrozumiałej formie. Konkretny sposób osiągnięcia tego celu spoczywa na przedsiębiorcy, co pozwala mu dostosować działania do specyfiki swojej działalności.

Powyższe rozważania można zobrazować na podstawie następującego wykresu.

[345] A. de Streel, *Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal (2018)*, https://ssrn.com/abstract=3248723 (data dostępu: 15.11.2023 r.).
[346] Będzie to przedmiotem szczegółowej analizy w odniesieniu do „otwartej tekstowości prawa konkurencji" w pkt. IV.2 pracy doktorskiej
[347] W przeciwieństwie do interwencji preskryptywnej charakteryzującej się szczegółowymi, dokładnie określonymi wymaganiami i zakazami, które regulują działania przedsiębiorstw w sposób bezpośredni i szczegółowy, interwencja oparta na zasadach stawia na wyższym poziomie abstrakcji, określając ogólne zasady i cele, które przedsiębiorstwa muszą osiągnąć, pozostawiając im większą swobodę w wyborze sposobu ich realizacji.

Wykres 1 – standardy oraz reguły



Źródło: opracowanie własne.

Jak przedstawiono na wykresie 1 istnieje zależność miedzy stopniem elastyczności danych przepisów a stopniem pewności prawnej (określoności) tych przepisów. Reguły są zazwyczaj bardziej rygorystyczne i oferują większą pewność prawną, ale są mniej elastyczne w zastosowaniu. Natomiast standardy mogą oferować większą elastyczność, ale z mniejszą pewnością prawną. Powyższy wykres ilustruje, że należy znaleźć kompromis między pewnością prawną a elastycznością w kontekście regulacji lub standardów prawnych.

2.6. Regulacja o charakterze karnym oraz regulacja o charakterze administracyjnym

Naruszenie określonych obowiązków (zakazów i zakazów) przewidzianych w regulacjach może pociągać za sobą – obok obowiązków *stricte* administracyjnych (np. nałożenie środków strukturalnych lub behawioralnych) nałożenie na przedsiębiorców, naruszających te obowiązki, kar pieniężnych. W literaturze wskazuje się, że naruszenia regulacji, nawet gdy pociągają za sobą surowe kary, zwykle nie są postrzegane jako zachowania same w sobie złe, podczas gdy prawo konkurencji zawiera znaczący element moralny, często nieobecny w większości

naruszeń regulacyjnych. Ze względu na swoją dolegliwość oraz „naturę naruszenia" kary nakładane przez organy antymonopolowe spełniają funkcję represyjną, charakterystyczną dla kar kryminalnych[348]. Ponadto, z uwagi na publikowanie informacji o podmiotach ukaranych, także na stronach internetowych organów uprawnionych do nakładania kary, sankcje mogą godzić w dobre imię podmiotu ukaranego[349].

Różnica między sprawą o charakterze karnym a sprawą administracyjną może być niejasna, zwłaszcza w przypadkach, gdy sankcje administracyjne są surowe oraz mają charakter odstraszający. ETPC wielokrotnie zajmował się tym zagadnieniem i podkreślał, że kluczowym kryterium jest charakter sankcji oraz jej cel. Jeśli sankcja ma na celu ukaranie i odstraszenie, jest bardziej prawdopodobne, że Trybunał uzna ją za sankcję karną w rozumieniu EKPC[350]. Innymi słowy, nawet jeśli sankcja jest formalnie klasyfikowana jako administracyjna, jeżeli jej głównym celem jest ukaranie jednostki oraz odstraszanie innych od podobnego postępowania, Trybunał może uznać, że ma ona charakter karny[351]. Takie podejście ETPC ma na celu zapewnienie, że państwa członkowskie nie obejdą gwarancji prawnych przewidzianych w EKPC poprzez stosowanie surowych sankcji w ramach procedur administracyjnych zamiast w procedurach karnych. Jest to istotne z punktu widzenia ochrony praw jednostki. Osoba, wobec której stosuje się sankcję o charakterze karnym, korzysta z szeregu gwarancji, takich jak prawo do sprawiedliwego procesu czy prawo do obrony. Dlatego też kwalifikacja danej sankcji jako karnego środka represji ma kluczowe znaczenie dla zakresu praw jednostki w kontekście EKPC[352].

---

[348] Por.: OECD, *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies*, Paryż 2020, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf (data dostępu: 1.12.2023 r.).

[349] Problem z tym rozróżnieniem polega na tym, że pewna liczba naruszeń regulacji jest postrzegana jako moralnie niewłaściwa (i tak też jest karana), podczas gdy można dyskutować, czy nawet najpoważniejsze naruszenia prawa konkurencji są moralnie nagannymi czynami. OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Paryż 2021, s. 8.

[350] Zob. szerzej: M. Powolny, *Postępowanie antymonopolowe w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2020, s. 16-30; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 65-69; K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 301-306.

[351] W literaturze słusznie wskazuje się, że konwencyjne pojęcie „sprawa karna" odnosić się może do spraw, które w prawie krajowym nie są poddane jurysdykcji sądów i nie są formalnie kwalifikowane jako przestępstwa. Zob.: G. Materna, *Prawnokarne źródła inspiracji w prawie ochrony konkurencji i konsumentów*, „Studia Iuridica" 2022, nr 93, s. 191-194; G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 365.

[352] Niezależnie od tego, od spraw i sankcji administracyjnych nienależących do „twardego rdzenia prawa karnego" ETPC akceptował możliwość stosowania mniejszych standardów gwarancji proceduralnych niż tych przysługujących w klasycznych sprawach karnych. Chociaż ETPC uznaje, że pewne sankcje administracyjne mogą mieć charakter karny w rozumieniu EKPC, nie oznacza to, że gwarancje proceduralne muszą być identyczne w obu przypadkach. Przykładowo, w sprawach administracyjnych dotyczących naruszeń przepisów regulacyjnych, wymagany poziom dowodu może być inny niż w sprawach karnych. Zob. szerzej: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 65-69; K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 301-306; A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013, s. 253.

2.7. Model uniwersalny (*one-size-fits-all approach*) oraz model zindywidualizowany (*tailored approach*)

Model uniwersalny, znany również jako podejście "*one-size-fits-all*", zakłada, że jedno rozwiązanie regulacyjne jest odpowiednie dla wszystkich sytuacji i modeli biznesowych platform internetowych. Ten model chociaż jest szybszy do wdrożenia, może nie uwzględniać unikalnych cech i okoliczności każdej platformy. Może to prowadzić do sytuacji, w której regulacje są albo zbyt surowe dla niektórych platform. Przykładem takiego podejścia jest DMA, zakładające jednolite obowiązki dla wszystkich wyznaczonych strażników dostępu, niezależnie od ich modelu biznesowego. Ta metoda może rodzić problemy, zwłaszcza gdy obowiązki są projektowane specjalnie pod kątem określonego typu strażnika, jak np. usługi wyszukiwania online, utrudniając ich zastosowanie do innych typów strażników[353].

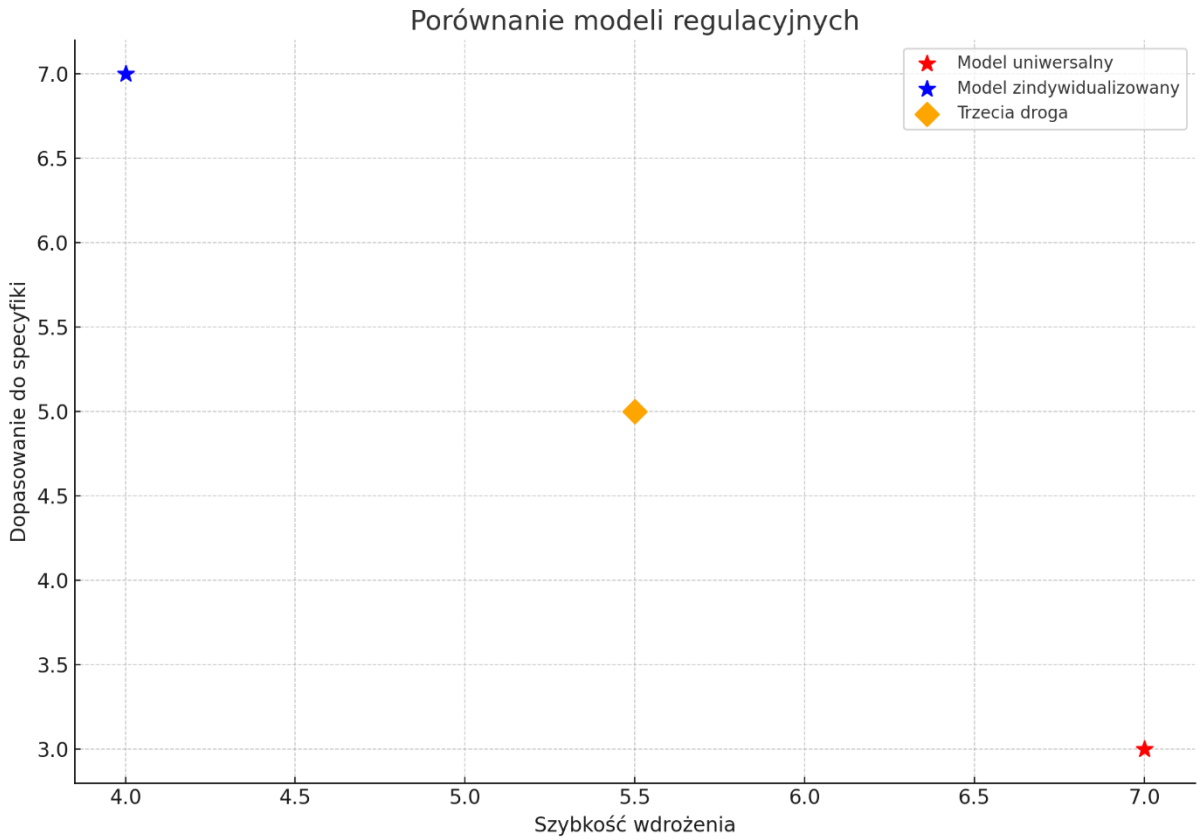
Z drugiej strony, model zindywidualizowany, znany również jako podejście "*tailored approach*", zakłada, że różne sytuacje i modele biznesowe wymagają różnych rozwiązań regulacyjnych. Ten model pozwala na dostosowanie regulacji do konkretnych okoliczności, co może prowadzić do bardziej efektywnych i sprawiedliwych wyników. Jednakże model zindywidualizowany może być bardziej kosztowny, skomplikowany i trudniejszy do wdrożenia. Przykładem takiego podejścia jest wysoko zindywidualizowany reżim regulacyjny, który dostosowuje przepisy do indywidualnych cech i okoliczności rynkowych każdego przedsiębiorcy[354]. Powyższe można zobrazować następującym wykresem nr 2.

---

[353] Mimo to, istnieje pewne pole do dialogu regulacyjnego, ponieważ choć lista obowiązków i zakazanych praktyk zawarta w DMA jest zamknięta, propozycja ta przewiduje możliwość dalszego doprecyzowania ich konkretnego wdrożenia przez strażników dostępu w dialogu z Komisją. T. Tombal, *Ensuring contestability and fairness in digital markets through regulation: a comparative analysis of the EU, UK and US approaches*, "European Competition Journal" 2022, nr 3, s. 488.

[354] W konsultacjach społecznych nad brytyjską regulacją prokonkurencyjną wskazano to jako pierwszą opcję możliwej regulacji rynków cyfrowych. Opcja ta zakładała wprowadzenie silnie zróżnicowanego reżimu regulacyjnego, dostosowanego indywidualnie do charakterystycznych cech i okoliczności rynkowych każdej wyznaczonego przedsiębiorcy. Obowiązkowe zasady byłyby zatem unikalne dla każdego przedsiębiorcy i byłyby opracowywane oraz aktualizowane przez DMU (Digital Markets Unit) we współpracy z interesariuszami, a nie ustalane w podstawowym ustawodawstwie. Konsultacje Rynków Cyfrowych (Digital Markets Consultation) uznają, że ściśle dostosowany charakter tego reżimu jest dobrze przemyślany, aby dostarczyć obowiązki regulacyjne, które są zarówno skuteczne, jak i proporcjonalne. Niemniej jednak, rodzi to pytania o potencjalną heterogeniczność wynikającego z tego reżimu, co niesie ze sobą domniemane obawy dotyczące jego administrowalności. A new pro-competition regime for digital markets. Public consultation (2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1003913/Digital_Competition Consultation v2.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.)(dalej: „**Konsultacje społeczne dotyczące brytyjskiej ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych z 2021 r.**"), pkt 87.

Wykres 2 – model uniwersalny oraz model zindywidualizowany



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 2 obrazuje zależność między szybkością wdrożenia danego modelu oraz jego dopasowaniem do specyfiki badanej sprawy. Obrazuje to złożony proces osiągania kompromisu pomiędzy stosowalnością[355] – z jednej strony, a dokładnością i rzetelnością ustaleń dokonywanych przez organy (prawidłowością[356]) – z drugiej. Poszukiwanie tego kompromisu można zobrazować przykładem trzeciej opcji regulacyjnej będącej przedmiotem konsultacji nad brytyjską regulacją prokonkurencyjną[357]. „Trzecia droga" regulacyjna dąży do wyważenia pomiędzy indywidualnym podejściem a uniwersalnymi regułami, proponując

[355] Stosowalność materialnego prawa antymonopolowego lub regulacji oznacza, że przepisy te są łatwe, zrozumiałe oraz relatywnie mało kosztowane w zastosowaniu – zarówno dla organów egzekwujących zgodność zachowań z tymi przepsiami, jak i jednostek zobowiązanych reguły tej przestrzegać, zob.: K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 40.

[356] Prawidłowość oznacza, że obowiązywanie i egzekwowania prawa ochrony konkurencji lub regulacji sektorowej pozwala na wystąpienie pożądanych skutków społeczno-ekonomicznych, zob.: K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 35.

[357] Ta opcja ma na celu znalezienie równowagi między skrajnym indywidualizmem pierwszej opcji a złudzeniem uniwersalności drugiej. Zgodnie z tą propozycją legislacyjną, zaproponowano wprowadzenie zestawu ogólnie obowiązujących zasad ustanowionych ustawowo, które miałyby być uzupełnione o prawnie wiążące wymogi dostosowane do indywidualnych potrzeb poszczególnych przedsiębiorców, opracowane przez brytyjski organ nadzorczy. Indywidualne regulacje byłyby dopasowane do specyficznych zagrożeń związanych z konkretną działalnością wyznaczonych przedsiębiorców. Konsultacje społeczne dotyczące brytyjskiej ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych z 2021 r., pkt 90.

kombinację ogólnych zasad prawnych z indywidualnie dostosowanymi wymaganiami dla przedsiębiorców, tworzonymi na podstawie konkretnych potrzeb.

2.8. Konkluzje

W debacie dotyczącej regulacji rynków cyfrowych nie ma zgody co do najlepszego podejścia do rozwiązywania problemów gospodarczych na tych rynkach. Poszukując odpowiedniego środka regulacji rynków cyfrowych rozważać można uregulowania różniące się stopniem elastyczności i szczegółowości przypisów, dotkliwością sankcji oraz ich charakterem oraz stopniem zindywidualizowania danych środków z uwzględnieniem specyfiki różnych rynków cyfrowych. Każda z prezentowanych metod regulacji rynków cyfrowych ma swoje wady oraz zalety w odniesieniu do zapewnienia skuteczności i pewności prawnej interwencji publicznej na rynkach cyfrowych. Rozważając te kryteria, można dostosować podejście regulacyjne do konkretnej sytuacji i celów regulacyjnych, co jest niezbędne w dynamicznym środowisku rynków cyfrowych.

Pierwszym kluczowym czynnikiem, od którego może zależeć skuteczność regulacji, jest moment interwencji regulacyjnej. Podejście *ex ante*, które zakłada wprowadzenie przepisów i obowiązków przedsiębiorcom zanim podejmą konkretne działania rynkowe, jest bardziej prewencyjne. Jest to istotne, aby zapobiec potencjalnym problemom obserwowanym na rynkach cyfrowych przed ich wystąpieniem. Przepisy *ex ante* mogą zapewniać przedsiębiorcom jasność i pewność prawną, ponieważ określają zasady i wymagania przed rozpoczęciem danego zachowania biznesowego. Z drugiej strony, podejście *ex post* pozwala reagować na działania przedsiębiorców już po ich podjęciu, co umożliwia reakcję na potencjalnie nowe zachowania rynkowe (w tym przyszłe zmiany technologiczne), które nie były przedmiotem wcześniejszej interwencji. Interwencja *ex post* może być także bardziej elastyczna w dostosowaniu sankcji do konkretnej sytuacji i konkretnych zachowań przedsiębiorców. Jednakże procesy interwencji *ex post*, takie jak postępowania antymonopolowe i postępowania sądowe, mogą być kosztowne i czasochłonne zarówno dla organów ochrony konkurencji, jak i dla przedsiębiorców. Interwencja *ex post*, co do zasady, nie zapobiega problemom gospodarczym przed ich wystąpieniem, co może prowadzić do długotrwałych negatywnych skutków na rynku i dla konsumentów[358].

[358] Należy jednak wskazać, że sankcje nakładane w wyniku interwencji ex post mogą działać odstraszająco na inne przedsiębiorstwa, co może zapobiegać powtarzaniu się zidentyfikowanych przez organ niekorzystnych praktyk (antykonkurencyjnych praktyk).

Kolejnym ważnym aspektem jest stopień szczegółowości przepisów dotyczących regulacji. Regulacje horyzontalne (ogólnosektorowe) mają szerszy zakres i są bardziej elastyczne, ale mogą prowadzić do braku pewności prawa w zakresie ich stosowania do nowych modeli biznesowych na rynkach cyfrowych. Z drugiej strony, regulacje sektorowe są bardziej szczegółowe i skoncentrowane na konkretnych usługach (produktach) cyfrowych, co może być korzystne dla bardziej precyzyjnego regulowania określonych usług świadczonych za pośrednictwem platform internetowych.

Stopień zindywidualizowania danych środków regulacyjnych jest powiązany z modelem regulacyjnym. W tym kontekście, model regulacyjny „uniwersalny" zakłada jedno rozwiązanie regulacyjne odpowiednie dla wszystkich sytuacji. Jest szybszy do wdrożenia, ale może nie uwzględniać unikalnych cech różnych platform. Z kolei model „zindywidualizowany" („szyty na miarę") pozwala na dostosowanie regulacji do konkretnych okoliczności i modeli biznesowych platform internetowych. Jest bardziej kosztowny i skomplikowany, ale bardziej precyzyjny.

Dotkliwość oraz charakter sankcji stanowią kolejne kluczowe kryteria środka regulacji. Środki behawioralne skupiają się na sposobie działania przedsiębiorców, np. zakazują pewnych praktyk lub wymagają dostępu do usług konkurentów na określonych warunkach. Są mniej dotkliwe dla przedsiębiorców, ale mogą być mniej skuteczne. Z kolei środki strukturalne regulacji wymagają zmiany struktury przedsiębiorstwa, na przykład przez sprzedaż części biznesu. Są bardziej dotkliwe, ale mogą być skuteczniejsze w eliminowaniu problemów antymonopolowych. Regulacje o charakterze karnym mają na celu ukaranie i odstraszenie przedsiębiorców od podejmowania nieuczciwych praktyk. Sankcje o charakterze karnym często uważa się za surowsze i bardziej odstraszające. W zakresie w jakim są one nakładane, przedsiębiorcom (stronom postępowania) przysługują standardy analogiczne do standardów występujących w postępowaniach karnych. Z drugiej strony, regulacje o charakterze administracyjnym skupiają się na narzuceniu środków administracyjnych, takich jak zakaz konkretnej praktyki lub obowiązek dostępu do sieci dla konkurentów.

Prawo konkurencji polega na określeniu ogólnych zakazów praktyk, które mogą ograniczać konkurencję, bazując zwykle na standardach. Tymczasem regulacja sektorowa jest stosowana w miejscach, gdzie rynki są naturalnie niedoskonałe. Może być konieczne zastąpienie tradycyjnych mechanizmów rynkowych bezpośrednią kontrolą, definiując pozytywne obowiązki (bazując na regułach). Ta regulacja jest często bardziej szczegółowa, dostosowana do specyficznych wymagań danego sektora, bez potrzeby analizy każdego przypadku

indywidualnie. Podczas gdy prawo konkurencji nakłada na przedsiębiorców zazwyczaj obowiązki reaktywne, regulacje sektorowe *ex ante* wprowadzają obowiązki proaktywne. W kwestii elastyczności, prawo konkurencji jest często stosowane indywidualnie, w odpowiedzi na konkretne przypadki, podczas gdy regulacje sektorowe działają szerzej, nie będąc ograniczone pojedynczymi sytuacjami. Jeśli chodzi o czas stosowania przepisów, regulacje sektorowe działają *ex ante* i są stosowane ciągle, tworząc strukturalne ramy naprawcze dla niedoskonałości rynku. W kontraście, prawo konkurencji działa *ex post*, reagując na antykonkurencyjne działania w sposób bardziej sporadyczny.

Dodatkowo, w odniesieniu do środków zaradczych stosowanych w regulacjach sektorowych, w przeciwieństwie do prawa konkurencji, nie koncentrują się one na karach finansowych. Zamiast tego skupiają się głównie na nakładaniu obowiązków behawioralnych, zarówno na rynkach hurtowych, jak i detalicznych. Wśród obowiązków dotyczących rynków hurtowych znajdują się takie wymogi jak niedyskryminacja, regulacja cen, różne formy separacji oraz dostęp i świadczenie usług. Z kolei obowiązki nakładane na rynkach detalicznych zawierają m.in. obowiązki ostrożnościowe, wymogi ochrony konsumentów czy związane z usługą powszechną. Pierwsze z nich mają na celu zapewnienie konkurencji na rynku, drugie natomiast mają służyć ochronie użytkowników końcowych.

3. Aksjologiczne, prawne i ekonomiczne podstawy prawa konkurencji

Prawo konkurencji jest kluczowym elementem kształtowania dynamicznego i konkurencyjnego środowiska, niezbędnego dla rozwoju rynków cyfrowych. W niniejszym punkcie dokonano analizy źródeł, celów oraz systemu instytucjonalnego polskiego i unijnego prawa antymonopolowego, aby ukazać znaczenie tego prawa w kontekście gospodarki cyfrowej.

3.1. Źródła polskiego i unijnego prawa antymonopolowego

W unijnym systemie prawnym początki polityki i prawa konkurencji sięgają okresu kształtowania się ówczesnych Wspólnot Europejskich. Tak wczesne uzgodnienie wskazanego obszaru miało związek z gospodarczym podłożem integracji europejskiej. Prawo konkurencji stanowi podstawowe narzędzie polityki konkurencji – gwarantujące, że zarówno przedsiębiorcy, jak i państwa członkowskie nie będą podejmować działań ograniczających konkurencję na rynku wewnętrznym. Przepisy te znalazły miejsce w traktatach założycielskich, czyli w prawie pierwotnym. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt b TFUE Unia ma wyłączną kompetencję w zakresie ustanawiania reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku

wewnętrznego. Oznacza to, że jedynie UE może stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące (źródła prawa pochodnego), a państwa członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania tych aktów (art. 2 ust. 1 TFUE). Zakres prawa konkurencji UE, który zawiera regulacje skierowane do przedsiębiorstw (art. 101-106 TFUE) i państw członkowskich (art. 107-109 TFUE). Pierwsza grupa przepisów oprócz zakazu nadużywania pozycji dominującej określa (reguluje[359]) zakaz porozumień ograniczających konkurencję, a także prewencyjną kontrolę koncentracji przedsiębiorstw. Do reguł konkurencji skierowanych do państw członkowskich należą z kolei przepisy dotyczące oceny dopuszczalności pomocy publicznej i nakaz przekształcenia państwowych monopoli handlowych[360].

Odpowiednikiem art. 102 TFUE jest art. 9 ust. 1 u.o.k.k., zgodnie z którym zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Zgodnie z art. 10 ust. 1 u.o.k.k. Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w art. 6 lub art. 9 polskiej ustawy bądź w art. 101 lub art. 102 TFUE – stosuje zatem równolegle przepisy polskie i unijne. Kryterium przesądzającym o stosowaniu art. 102 TFUE jest więc spełnienie przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi. W przypadku niespełnienia tego kryterium stosowane są wyłącznie polskie przepisy antymonopolowe. Harmonizacja prawa polskiego z prawem konkurencji UE nakazuje uwzględnianie unijnego dorobku prawnego w całości – również w przypadku, gdy nie zostało spełnione kryterium wpływu na handel między państwami członkowskimi[361]. W doktrynie podkreśla się również,

---

[359] W pracy doktorskiej pojęcie „regulowanie" w kontekście przepisów prawa antymonopolowego ma szerokie znaczenie. Terminem tym posługuje się ustawodawca, zob. art. 1 ust. 2 u.o.k.k. („*Ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*").

[360] Zob. szerzej: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2015, s. 3; A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 36.

[361] Bardziej formalistyczne podejście, uwzględniające konstytucyjny katalog źródeł prawa, zajął Sąd Najwyższy – orzeczenia sądów unijnych, decyzje Komisji, wytyczne i inne unijne akty prawne mogą stanowić jedynie inspirację podczas stosowania polskiego prawa antymonopolowego. Wyroki SN z: 9.09.2006 r., sygn. akt III SK 6/06, OSNP 2008, z. 1-2, poz. 25; 6.12.2007 r., sygn. akt. III SK 16/07, OSNP 2009, z. 1-2, poz. 31 (brak obowiązku prounijnej wykładni, gdy nie jest spełnione kryterium handlu). Niemniej jednak, od czasu wdrożenia dyrektywy ECN+ (tj. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego, Dz. U. z 14.1.2019, L 11, s. 3-33), która powinna zostać zaimplementowana najpóźniej do 4 lutego 2021 r., wiele procedur antymonopolowych, jak również uprawnienia dochodzeniowe i sankcjonujące organów ochrony konkurencji, zostały ujednolicone na szczeblu Unii Europejskiej. Od tego czasu ta materia podlega prawu UE, a poszczególne normy proceduralne, zwłaszcza te zawarte w ustawie o ochronie konkurencji, w ocenie autora niniejszej pracy doktorskiej, powinny być stosowane i interpretowane w sposób jednolity, aby zapewnić skuteczność prawa konkurencji UE. Powinno to odbywać się z jednoczesnym zachowaniem zgodności z unijnym dorobkiem ochrony praw podstawowych oraz gwarancjami wolności gospodarczej przedsiębiorców. Odnośnie do kryterium „wpływu na handel" zob.: M Botta, A Svetlicinii, M Bernatt, *The Assessment of the Effect on Trade by the National Competition Authorities of the "New" Member States: Another Legal Partition of the Internal Market?*, "Common Market Law Review" 2015, nr 5, s. 1247, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2664923.

że cele prawa ochrony konkurencji (zob. szerzej: pkt II.3.2 pracy doktorskiej) na poziomie krajowym i unijnym są zbieżne przynajmniej co do głównych zamierzeń[362].

Unijny standard – ze względu na skuteczność i jednolitość stosowania prawa UE – powinien obowiązywać już na etapie stosowania krajowych procedur antymonopolowych, nawet jeżeli ostatecznie sprawa, równolegle do prawa krajowego, nie będzie rozstrzygana na podstawie art. 101 lub 102 TFUE. Zgodnie z orzecznictwem TS, w sytuacji gdy prawo krajowe „*dostosowuje się, ze względu na rozwiązania sytuacji czysto krajowych, do rozwiązań przyjętych w prawie Unii (...) istnieje interes Unii w tym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni przepisy lub pojęcia przejęte z prawa Unii były interpretowane w sposób jednolity, bez względu na warunki, w jakich mają być stosowane*"[363]. Ze względu na znaczny stopień konwergencji krajowych i unijnych reguł konkurencji należy wskazać, że łączy ich „genetyczny" związek[364]. Przepisy prawa materialnego u.o.k.k., w szczególności art. 6 i 9 u.o.k.k. wzorowane były na przepisach art. 101 i 102 TFUE. Ze względu na zasadę pewności prawa nie można pogodzić obowiązywania podwójnych standardów, w zależności od tego, czy dane postępowanie jest prowadzone wyłącznie na podstawie krajowego prawa konkurencji, czy też prowadzone równolegle do prawa polskiego na podstawie prawa konkurencji UE[365].

3.2. Cele prawa i polityki konkurencji

W Polsce i w UE za pomocą polityki i prawa konkurencji realizowana jest „*mieszanka różnych celów*" [366], co bywa też określane jako unijne podejście wielocelowe albo „*europejska wielowartościowa filozofia antymonopolu*" [367]. Wśród celów unijnego prawa konkurencji wymienia się najczęściej: dobrobyt konsumentów, efektywność gospodarczą, integrację rynku wewnętrznego, ordoliberalną wolność i uczciwość konkurowania, strukturę konkurencji, ochronę małych i średnich przedsiębiorców, a także cele nieekonomiczne (np. postęp

[362] Zob. szerzej: G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 30-31; M. Krasnodębska-Tomkiel, *Konwergencja systemów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2015, nr 7, s. 20-27.
[363] Wyrok TS z: 14.3.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító i in. v. Gazdasági Versenyhivatal*, EU:C:2013:160, pkt 20; 4.12.2014 r. w sprawie C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden*, EU:C:2014:2411, pkt 18.
[364] T. Skoczny, *Przedmowa*, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. XV.
[365] A. Szmigielski, *Między efektywnością prawa konkurencji UE a ochroną praw przedsiębiorców – analiza działań dochodzeniowych i sankcyjnych Prezesa UOKiK w latach 2017–2020*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2022, s. 173.
[366] P. Jebsen, R. Stevens, *Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under Article 86 of the European Union*, „Antitrust Law Journal" 1996, nr 64, s. 447-449.
[367] D. J. Gerber, *Global Competition. Law, Markets and Globalization*, Oksford 2010, s. 185.

społeczny, pełne zatrudnienie, ochronę środowiska)[368]. Znamienną cechą polityki i prawa konkurencji UE jest ich ścisły związek z celami integracyjnymi, w szczególności zaś – z ustanowieniem rynku wewnętrznego. Zgodnie z pierwszym zdaniem protokołu 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję[369].

Istnieje powszechny konsensus, że celem prawa antymonopolowego i jego egzekwowania jest zapobieganie antykonkurencyjnym praktykom, tj. praktykom rynkowym powodującym szkodę dla dobrobytu społeczno-gospodarczego. Z ekonomicznego punktu widzenia preferowane jest podejście, które określa cel lub skutek oceny danej praktyki w kontekście określonego miernika dobrobytu, np. dobrobytu konsumentów rozumianego jako efektywność całej gospodarki[370] lub jako nadwyżka konsumenta[371]. Według Komisji Europejskiej konkurencja na rynku jest chroniona: „*jako sposób na poprawę dobrobytu konsumentów i zapewnienie efektywnej alokacji zasobów*"[372]. O ile jednak różne systemy ochrony konkurencji realizują identyczny lub podobny cel, w szczególności dobrobyt konsumentów, o tyle mogą do niego dążyć w odmienny sposób. Podobnie, orzecznictwo sądów Unii Europejskiej wskazuje, że nadrzędnym celem art. 102 TFUE jest promowanie dobrobytu konsumentów[373]. Sądy Unii wskazują, że art. 102 TFUE ma zastosowanie zarówno do praktyk, które mogą bezpośrednio szkodzić konsumentom (na przykład przez zwiększenie cen lub ograniczenie wyboru), jak i do tych, które powodują szkodę pośrednią poprzez utrudnianie efektywnej struktury konkurencji na rynku[374]. Jak wyjaśnił rzecznik generalny A. Rantos, w przypadku art. 102 TFUE nadrzędnym celem jest ochrona

[368] Cele prawa konkurencji są przedmiotem toczącej się debaty. Podczas gdy niektórzy twierdzą, że cele należy interpretować wąsko, inni przyjmują szersze podejście, uwzględniając rozważania dotyczące m.in. zrównoważonego rozwoju oraz ochrony danych. R. Claassen, A. Gerbrandy, *Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach*, "Utrecht Law Review" 2016, nr 12; C. Banasiński, *Podstawy i zakres prawa konkurencji Unii Europejskiej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 25-27.

[369] W przeciwieństwie do tego, podejście USA zorientowane było – pod wpływem szkoły chicagowskiej – na osiągnięcie wyłącznie jednego celu prawa antytrustowego, czyli efektywności ekonomicznej w postaci maksymalizacji dobrobytu konsumentów.

[370] Najczęściej rozumiane jest to jako efektywność całej gospodarki, czyli sytuacja, w której zasoby społeczeństwa są alokowane tak, żeby w możliwie największym stopniu zaspokoić potrzeby konsumentów. Na wieloznaczność tego pojęcia zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu. Zob. O. Andriychuk, *Can We Protect Competition without Protecting Consumers?*, „Competition Law Review" 2009, nr 1, s. 77-78.

[371] Wielkość nadwyżki konsumenta stanowi różnicę między kwotą, jaką nabywca jest skłonny zapłacić za określoną ilość towaru, a kwotą, jaką musi zapłacić w rzeczywistości. Nadwyżka konsumenta to zatem kwota, którą kupujący zatrzymuje dla siebie w sytuacji, gdy przy obowiązującym poziomie cen byłby gotowy zapłacić cenę wyższą; zob. m.in. C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007, s. 19.

[372] KE, *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu* [obecnie 101 ust. 3 TFUE], Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97-118, pkt 13.

[373] Wyrok TS z 12.05 2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379, pkt 46.

[374] Wyrok TS z 12.05 2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379, pkt 44.

dobrobytu konsumenta, zaś ochrona struktury rynku może stanowić taki cel wyłącznie, gdy wpisuje się jednocześnie w realizację wspomnianego celu nadrzędnego[375].

Podczas gdy jedne systemy prawne, jak np. amerykańskie prawo antytrustowe, zasadniczo skupiają się na krótkotrwałych korzyściach, np. wynikających z niższych cen [376] lub wprowadzenia innowacyjnego rozwiązania, to inne systemy, np. unijne prawo konkurencji, przywiązują większą wagę do struktury rynku (jego otwartości oraz procesie konkurencji) i w ten sposób chcą chronić interesy konsumentów w dłuższej perspektywie [377]. Podobnie, w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK podkreśla się, że działając w interesie publicznym, organ ten podejmuje działania, gdy konieczna jest ochrona konkurencji jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Dobrem chronionym przez przepisy u.o.k.k. jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza[378]. W orzecznictwie TS, choć podkreśla się, że dobrobyt konsumenta[379] stanowi ostateczny cel omawianych przepisów[380], wskazuje się równocześnie, że w celu stwierdzenia naruszenia reguł konkurencji niekoniecznie trzeba wskazywać bezpośrednią szkodę dla konsumentów, a proces konkurencyjny jest sam w sobie warty ochrony[381].

Według przedstawicieli szkoły chicagowskiej – których poglądy zrewolucjonizowały myślenie o prawie konkurencji i zostały w znacznym stopniu przeniesione na praktykę amerykańskich sądów i organów antymonopolowych – jedynym celem polityki i prawa konkurencji powinno być sprzyjanie dobrobytowi konsumenta przez promocję efektywności. Kwestionowane praktyki, w tym jednostronne zachowania przedsiębiorców posiadających znaczną siłę rynkową, powinny być ocenianie na podstawie tego, czy prowadzą do wzrostu cen, redukcji produkcji lub pogorszenia jakości produktów. Promowanie efektywności gospodarczej w ramach stosowania unijnego prawa konkurencji odzwierciedla filozofię ekonomii

---

[375] Opinia rzecznika generalnego R. Rentosa z 9.12.2021 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, EU:C:2021:998, pkt. 100.

[376] Przykładowo, Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych w wyroku w sprawie *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp*., 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983) (pkt 24) wskazał, że prawo antytrustowe rzadko odrzuca korzyść w postaci „wróbla w garści" na rzecz spekulacyjnych korzyści (niskich cen w przyszłości), czyli „gołębia na dachu".

[377] E.M. Fox, *We Protect Competition, you protect competitors*, "World Competition" 2003, nr 26 s. 151–155.

[378] Przykładowo, decyzja Prezesa UOKiK 1.03.2021 r. w sprawie DOK-2/2021, *Poczta Polska*, pkt 82. Podobnie SN orzekł, że omawiana dyscyplina prawa chroni konkurencję jak zjawisko o charakterze instytucjonalnym, zapewniające prawidłowe funkcjonowanie rynku, przed zagrożeniami dla jej powstawania i rozwoju. Wyrok SN z 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98, OSNC 200/1, poz. 13.

[379] Pojęcie to ma charakter normatywny i nawiązuje do art. 3 TUE, zgodnie, z którym celem Unii jest m.in. wspieranie dobrobytu (ang. *well-being*) jej narodów. Bardziej skonkretyzowaną formą tego pojęcia jest z kolei dobrobyt konsumentów (ang. *consumer welfare*), które to, jak wskazano, jest dookreślone przez nauki ekonomiczne.

[380] Wyrok Sądu z 7.06.2006 r. w sprawie T-213/01, *Österreichische Postsparkasse v. Komisja*, EU:T:2006:151, pkt 115.

[381] Wyroki TS z: 21.02.1973 r. w sprawie 6/72, Continental Can przeciwko Komisji, EU:C:1973:22, pkt 26; 15.3.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways v. Komisja*, EU:C:2007:166, pkt 106; z 6.10.2009 r. w sprawach C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji*, EU:C:2009:610, pkt 63.

neoklasycznej i neoliberalnej. Jest to determinowane przez efektywność alokacyjną i produkcyjną. Zgodnie z definicją efektywności alokacyjnej Pareto sytuacja taka zachodzi wówczas, gdy zorganizuje się proces produkcji tak, że nikt nie może polepszyć swojej sytuacji, nie pogarszając jednocześnie sytuacji kogoś innego. Innymi słowy, ceny odzwierciedlają koszty produkcji, stąd przedsiębiorcy wytwarzają to, czego pragną konsumenci i za co są skłonni płacić. Sytuację tę przedstawia model doskonałej konkurencji. Z kolei efektywność produkcyjna to różnica między nakładami ponoszonymi przez przedsiębiorcę a przychodem uzyskanym wskutek sprzedaży wytworzonych produktów – produkcja jest maksymalizowana przez zastosowanie najefektywniejszej kombinacji czynników produkcji [382] .Koncepcje tworzone na gruncie szkoły chicagowskiej opierały się na ocenie spraw antymonopolowych przez pryzmat teorii cen [383] . Przedstawiciele szkoły chicagowskiej kwestionowali teorie dźwigni dotyczącą transferu nadużycia pozycji dominującej[384].

Założenia szkoły chicagowskiej, w szczególności w kontekście zjawisk zachodzących na rynkach cyfrowych oraz rozwoju ogromnych przedsiębiorstw technologicznych na rynkach cyfrowych (Big Tech) [385] , zostały skrytykowane przez przedstawicieli ruchu tzw. neobrandeisianizmu (*New Brandeis*, nowy Brandeism)[386]. Ruch ten stanowi wyraźne odejście od panującej teorii i orzecznictwa antymonopolowego, które skupiają się na dobrobycie konsumentów (mierzonym efektywnością, produkcją i cenami). Neo-Brandeisianie zamiast tego koncentrują się na samym zagadnieniu koncentracji rynkowej, wykazują sceptycyzm wobec uzasadnień opartych na efektywności i wykorzystują prawo konkurencji do realizacji

[382] A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 43.

[383] Opierając się na neoklasycznej teorii cen, przedstawiciele szkoły chicagowskiej głosili, w odróżnieniu od zwolenników koncepcji strukturalnej, że rynek posiada zdolność do samoregulacji, a nadmierna ingerencja państwa w działalność przedsiębiorstw może przyczyniać się do obniżenia efektywności gospodarczej.

[384] Przedsiębiorcy dysponujący znaczącą siłą na rynku jednego produktu nie mogą wykorzystać swych monopolistycznych zysków do zdominowania innego rynku. Niemożliwe jest, aby przedsiębiorcy mieli bodźce do angażowania się w określone antykonkurencyjne praktyki, nawet jeśli posiadają siłę rynkową, gdyż nie ma to dla nich „ekonomicznego sensu". Szkoła chicagowska opowiadała się również za regułą rozsądku, która zakłada, że określone zachowania rynkowe oprócz skutków negatywnych dla konkurencji mogą mieć również prokonkurencyjny charakter. Szczegółowe rozważania w tym zakresie zostały przedstawione w pkt V.1 pracy doktorskiej.

[385] Jak wyjaśnił J. Polański: „*Wzrost znaczenia dużych przedsiębiorstw technologicznych, tzw. Big Tech, stał się przyczynkiem do wzmożonych dyskusji nad tym, czy współczesne prawo konkurencji jest w stanie dostarczyć odpowiedniej odpowiedzi na gwałtowny wzrost znaczenia tych podmiotów i uzależnienia sytuacji rynkowej od ich działań*." J. Polański, *Neobrandeisianizm i polityczność ochrony konkurencji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 9, s. 46.

[386] Ruch *New Brandeis*, czasami nazywany przez krytyków tego ruchu jako „*hipster antitrust*" (hipsterskiego prawa antymonopolowego), odnosi się do odrodzonej szkoły myśli w dziedzinie prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych. Nazwa wywodzi się od Louisa Brandeisa, sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z początku XX wieku, który był znanym krytykiem wielkich korporacji i ich wpływu na społeczeństwo. C. Banasiński, *Podstawy i zakres prawa konkurencji Unii Europejskiej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 27-28.

szerszych celów politycznych[387]. Przedstawiciele tego nurtu wskazują, że założenia szkoły chicagowskiej, mogą być niewystarczające lub nieodpowiednie w świetle współczesnych rynków cyfrowych[388], a także podkreślają potrzebę redefinicji i ewolucji w podejściu do prawa antymonopolowego, aby lepiej odzwierciedlać dynamikę współczesnych rynków i zapewnić rzeczywistą konkurencję[389].

Zarówno polskie jak i unijne prawo konkurencji opiera się na założeniach społecznej gospodarki rynkowej. Zgodnie z art. 3 TUE: „*Unia ustanawia rynek wewnętrzny. Działa na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest (...) społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności*". Z kolei w polskim porządku prawnym, to art. 20 Konstytucji RP wskazuje, że społeczna gospodarka rynkowa, oparta m.in. na wolności działalności gospodarczej, stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Społeczna gospodarka rynkowa odzwierciedla napięcie między nieskrępowanym wolnym rynkiem (wolnością gospodarczą o charakterze absolutnym[390]) a niekorzystnymi konsekwencjami, jakie wolny rynek może mieć dla relacji społecznych[391].

W kontekście gospodarki cyfrowej koncepcja dobrobytu konsumentów może być bezpośrednio wykorzystana do uwzględnienia wpływu dobrobytu na wiele grup klientów (stron platformy dwustronnej). Koncepcja tę można odnosić się do rynków wielostronnych, które charakteryzują wiele rynków cyfrowych (zob. pkt I.2.1.1 pracy doktorskiej). Jak zauważyła Komisja, „*pojęcie »konsumentów« obejmuje wszystkich bezpośrednich lub pośrednich użytkowników produktów objętych porozumieniem, w tym producentów, którzy wykorzystują produkty jako materiał do produkcji, hurtowników, sprzedawców detalicznych i konsumentów końcowych*"[392]. Dobrobyt konsumentów powinien uwzględniać fakt, że to parametry konkurencji inne niż cena (innowacja oraz jakość usług) stanowią często dominujący parametr konkurencji na

---

[387] M. Sipe, *Covering Prying Eyes with an Invisible Hand: Privacy, Antitrust, and the New Brandeis Movement*, "Harvard Journal of Law & Technology" 2023, nr 2, s. 359.
[388] L. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, "The Yale Law Journal" 2017, nr 126, s. 710-805.
[389] K. Yunsieg, *A Revolution Without a Cause: The Digital Markets Act and Neo-Brandeisian Antitrust*, "Wisconsin Law Review" 2023, nr 4, s. 1248-1249.
[390] Pozbawionej elementów ingerencji państwa w „naturalne" mechanizmy rynkowe.
[391] Francuscy fizjokraci definiowali wolność gospodarczą jako wolność konkurencji i wolność od interwencji państwowej oraz przywilejów. W ekonomii klasycznej wskazywano, że gospodarka jako mechanizm oparty na racjonalnym ludzkim działaniu musi prowadzić do naturalnej równowagi, co wynika z samoregulacyjnej właściwości mechanizmu rynkowego. Teoretyczne podstawy interwencjonizmu stworzył w latach 30. XX w. J.M. Keynes, który wskazał nieskuteczność działania mechanizmów automatycznie przywracających rynki do równowagi oraz rolę państwa w podejmowaniu działania na rzecz złagodzenia wahań koniunkturalnych i ich negatywnych skutków na gospodarkę. W jego opinii zawodności rynku i zarazem brak efektywnego oddziaływania konkurencji na rynek prowadzą do destabilizacji gospodarki i recesji. Zob.: A. Szmigielski, *Zakres i znaczenie wolności gospodarczej dla regulacji rynku*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2022, s. 5.
[392] KE, *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu* [obecnie 101 ust. 3 TFUE], Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97-118, pkt 84.

poszczególnych rynkach cyfrowych (zob. pkt I.3 pracy doktorskiej). Pogorszenie jakości usług lub właściwości produktu może zaszkodzić dobrobytowi konsumentów, pomimo braku wpływu danego zachowania na cenę. Zaawansowany rozwój technologiczny i zmiany w strategiach biznesowych mogą stwarzać nowe wyzwania z perspektywy dobrobytu ochrony konsumentów[393]. W kontekście gospodarki cyfrowej istotne znaczenie dla egzekwowania reguł konkurencji powinna mieć dynamiczna efektywność – czyli innowacyjność – które charakteryzują wiele rynków cyfrowych.

W odniesieniu do nowych modeli biznesowych platform internetowych ochrona „efektywnej struktury konkurencji" ma istotne implikacje dla egzekwowania zakazu praktyk nadużywania pozycji dominującej, ponieważ cel ten umożliwia ocenę jednostronnych zachowań dominatów (np. ograniczających dostęp konkurentów poprzez praktyki sprzedaży wiązanej) niezależnie od bezpośredniego (trudnego do uchwycenia) wpływu zachowania na dobrobyt konsumentów. Chociaż powszechnie przyjmuje się, że nie każdy skutek w postaci wykluczenia jest koniecznie szkodliwy dla konkurencji, nieuzasadnione zakłócenia konkurencji przez operatora dominującej platformy internetowej, może stanowić podstawę do badania tego zachowania przez organy antymonopolowe. Skupienie się na procesie konkurencyjnym zwraca z kolei uwagę na efekty sieci związane z modelem biznesowym platform internetowych (w tym wzmacnianych przez zbierane dane) jako możliwych barier wejścia lub ekspansji[394] (co zostało wskazane w pkt. I.3.4 pracy doktorskiej). Ponadto cele i wartości „ordoliberalne" (uczciwość konkurowania, swoboda wyboru, wolność konkurowania) mogą odgrywać pomocniczą rolę w egzekwowaniu art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k. w kontekście praktyk dyskryminacji, manipulacji algorytmem trafności oraz wykorzystywania przez dominujących operatorów platform internetowych uprzedzeń behawioralnych na rynkach cyfrowych (zob. pkt I.3.5 pracy doktorskiej).

3.3. Publicznoprawny model wdrażania reguł konkurencji

Chociaż przedmiot niniejszej pracy doktorskiej koncentruje się na materialnoprawnych przepisach prawa antymonopolowego (art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k.) oraz regulacji *ex ante* rynków cyfrowych, istotne jest uwzględnienie także aspektów proceduralnych związanych z

[393] A. Ezrachi, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, "Oxford Legal Studies Research Paper" 2018, nr 17, s. 6.
[394] *Ibidem*, s. 9.

wdrażaniem reguł konkurencji [395] . Aspekty proceduralne dotyczące wdrażania reguł konkurencji obejmują reguły postępowania przed organem ochrony konkurencji oraz system instytucjonalny, które determinują rozwój systemu prawa konkurencji. Takie podejście jest niezbędne, aby dokonać odpowiedniej analizy materialnoprawnej wykładni art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) w kontekście zapewnienia pewności prawnej oraz skutecznego stosowania tych przepisów[396].

W prawie konkurencji UE oraz w polskim systemie ochrony konkurencji, publicznoprawne egzekwowanie prawa antymonopolowego, zgodnie z zasadą praworządności, należy do organów antymonopolowych i sądownictwa, odpowiedzialnych za tworzenie spójnych ram analitycznych tego prawa. Dwa główne modele instytucjonalne wdrażania reguł konkurencji to system (model) sądowy i administracyjny[397]. W większości państw członkowskich UE, w tym w Polsce, a także w odniesieniu do unijnego prawa konkurencji egzekwowanego przez Komisję, wdrożono model administracyjny. Model ten charakteryzuje decydująca rola organów administracji publicznej, tak co do inicjowania i prowadzenia postępowania, jak i w zakresie orzeczniczym [398] . Zarówno Prezes UOKiK oraz Komisja Europejska jako organy antymonopolowe łączą w sobie funkcję oskarżycielską i decyzyjną. Organy te wszczynają postępowania (są ich inicjatorem), stawiają zarzuty (pełnią funkcję oskarżycielską), prowadzą postępowanie (są ich gospodarzem), następnie wydają decyzję i ewentualnie nakładają sankcję[399].

---

[395] Zob. szerzej: A. Jurkowska-Gomułka, Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję, Warszawa 2013, s. 51-146; M. Bernatt, L. Zoboli, *Competition Law*, [w:] M. Scholten (red.), *Research Handbook on the Enforcement of EU Law*, Northampton 2023, s. 398-413.

[396] Aspekty materialnoprawne i proceduralne systemu ochrony konkurencji w Polsce i UE są ze sobą ściśle powiązane, wpływając na siebie wzajemnie. Zwrócono na to uwagę w literaturze w kontekście unijnego prawa konkurencji, zob.: P. I. Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018, s. 3. W kontekście prawa antytrustowego oraz prywatnego wdrażania (egzekwowania) tego prawa, zob.: A. Crane, *The Institutional Structore of Antitrust Enforcment*, Oksford 2011.

[397] Zasadniczo główna linia podziału pomiędzy wskazanymi systemami dotyczy tego, jakiego rodzaju podmiotom (sądowym lub administracyjnym) przyznana została kompetencja do orzekania w sprawach dotyczących konkurencji. Jako przykład modelu sądowego wskazuje się na Austrię, w której w sprawach ochrony konkurencji orzeka wyłącznie specjalny Sąd Kartelowy (Kartellgericht). Rola organów administracji sprowadza się do czynności kontrolnych, dochodzeniowych, a w przypadku stwierdzonego naruszenia do inicjowania właściwego postępowania. T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny" 2011, nr 2, s. 77-98; M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 52-53.

[398] Istota administracyjnego, instytucjonalnego modelu wdrażania reguł konkurencji jest przyznanie kompetencji do orzekania w sprawach naruszenia materialnych reguł konkurencji niezależnym organom administracji publicznej, których decyzje podlegają kontroli sądowej. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 55; T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny" 2011, nr 2, s. 77-98.

[399] Postulaty rozdzielenia funkcji oskarżycielskiej i dochodzeniowej organów ochrony konkurencji, w tym UOKiK, od ich funkcji decyzyjnej zgłaszano w literaturze, m.in.: K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 569; M. Bernatt, *Koncepcja powściągliwości sądowej w prawie ochrony konkurencji*, „Państwo i Prawo" 2017, nr 6, s. 50-51; krytycznie natomiast: M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 89.

Przyjęty przez prawo UE model administracji ma charakter pośredni, co odnosi się do sytuacji, w której ciężar wdrażania tego prawa oraz zapewnienia jego skuteczności spoczywa na krajowej władzy wykonawczej (organach administracyjnych państw członkowskich)[400]. Od 2004 r., czyli od czasu wejścia w życie Rozporządzenia 1/2003, egzekwowanie unijnych reguł konkurencji ma charakter zdecentralizowany i spoczywa głównie na krajowych organach ochrony konkurencji. W Polsce funkcję tę pełni Prezes UOKiK jako centralny organ administracji rządowej. Modernizacja europejskiego prawa konkurencji oraz decentralizacja jego stosowania doprowadziły do powołania Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN)[401]. Poprzez ECN stworzony został system równoległych kompetencji, w którym Komisja i krajowe organy antymonopolowe państw członkowskich stosują unijne przepisy konkurencji[402].

Skuteczność prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej związana jest także z przestrzeganiem standardów w stosunku do przedsiębiorców jako stron postępowania administracyjnego [403]. W przypadku reżimu prawa publicznego (*public enforcement*) postępowania antymonopolowe winny cechować się zespołem standardów proceduralnych analogicznych do spraw karnych w rozumieniu EKPC. Zwiększanie skuteczności prawa konkurencji nie usprawiedliwia naruszania praw strony postępowania [404]. Jednocześnie, legitymizacja działań współczesnych państw (organizacji) zależy nie tylko od zapewnienia ochrony praw jednostki, ale także od zdolności instytucji demokratycznych do kompetentnego działania i spełniania oczekiwań obywateli. Dużą rolę w tym zakresie odgrywają regulatorzy (organy administracyjne), którym ustawodawca deleguje odpowiedzialność za projektowanie i wdrażanie polityk w obszarach wymagających wiedzy eksperckiej [405]. W odniesieniu do

---

[400] Zob. szerzej: A. Szmigielski, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez organy administracji publicznej* [w:] R. Grzeszczak, A. Szczerba-Zawada (red.), *Prawo administracyjne Unii Europejskiej*, Warszawa 2016, s. 357 i nast.

[401] Zob. szerzej: M. Błachucki, *Nowe formy współpracy międzynarodowej członków Europejskiej Sieci Konkurencji w świetle dyrektywy ECN+*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2019, nr 10, s. 11.

[402] A. Maziarz, *Współpraca w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2010, nr 12, s. 31.

[403] W sytuacji, w której organy regulacyjne ingerują w wolność działalności gospodarczej, przedsiębiorcy mają prawo do obrony swoich praw, w tym prawa do rzetelnego procesu; zob. m.in.: A. Piszcz, M. Petr, *(Dis)Respect for Fundamental Rights in EU Competition Law Enforcement Proceedings Before National Authorities: In What Way Does Article 3 of the ECN+ Directive Prove To Be too Open-Ended?*, "International Review of Intellectual Property and Competition Law" 2023, nr 54, s. 1081-1104; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 24, 94, 97, 177; A. Stawicki, *Prawa przedsiębiorców jako warunek skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji – rozważania wokół implementacji dyrektywy ECN+*, „internetowey Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2021, nr 3, s. 81-90.

[404] S. Biernat, *Skuteczność prawa konkurencji UE a gwarancje praw przedsiębiorstw*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2019, nr 10, s. 1.

[405] Wpływ na zdolność systemu egzekwowania prawa do podejmowania właściwych decyzji mogą mieć różne czynniki, w tym poziom wiedzy fachowej osób zaangażowanych oraz dostępność odpowiednich zasobów. Aby krajowe organy antymonopolowe i regulacyjne mogły efektywnie wypełniać swoje obowiązki publicznoprawne, wymagające specjalistycznej wiedzy w danej dziedzinie, konieczne jest zapewnienie im odpowiednich zasobów ludzkich, finansowych i technologicznych. Innymi słowy, bez możliwości zatrudnienia ekspertów specjalizujących się w odpowiednich dziedzinach, sprawne i skuteczne funkcjonowanie organu regulacyjnego, w tym realizacja ustawowo nałożonych na niego zadań i kompetencji, nie jest możliwe.

przedmiotu pracy doktorskiej koncentrującej się na egzekwowaniu reguł konkurencji w odniesieniu do antykonkurencyjnych praktyk rynkowych na rynkach cyfrowych, z perspektywy skuteczności oraz pewności prawa, istotnym jest wskazanie implikacji ukształtowanego w Polsce i w UE systemu ochrony konkurencji.

Po pierwsze, w prezentowanym modelu administracyjnym, organy antymonopolowe kształtują granice oraz znaczenie zakazu nadużywania pozycji dominującej. Publicznoprawny reżim egzekwowania przepisów, w przeciwieństwie do bardziej rozwiniętego prywatnoprawnego egzekwowania tych przepisów (jak ma to miejsce w Stanach Zjednoczonych), implikuje kształtowanie reguł i zasad (standardów) w sposób scentralizowany (na poziomie UE) oraz zdecentralizowany na poziomie państw członkowskich. W modelu administracyjnym system ochrony konkurencji może podlegać dynamicznej ewolucji, uwzględniając bieżące wyzwania związane z rozwojem gospodarki cyfrowej oraz interes publiczny. W literaturze powszechnie podkreśla się, że model zdecentralizowany, oparty na prywatnoprawnym podejściu, może powodować większą niepewność prawa oraz brak jednolitości orzecznictwa, niż scentralizowany model administracyjny[406].

W modelu administracyjnym, w którym organ pełni zarówno funkcję oskarżycielską, jak i decyzyjną, istnieje ryzyko stronniczości w procesie decyzyjnym. Organy ochrony konkurencji mogą być narażone na silną presję polityczną, aby szybko interweniować przeciwko potencjalnie antykonkurencyjnym praktykom operatorów platform internetowych działających na rynkach cyfrowych. Zmiany obserwowane na rynkach w kierunku nowych cyfrowych modeli biznesowych mają już wpływ na politykę konkurencji. Wywierają one bezprecedensową presję na organy antymonopolowe i regulacyjne oraz decydentów[407]. Różne ekspertyzy sugerują, że tradycyjne egzekwowanie prawa antymonopolowego jest nieodpowiednie lub niewystarczające, aby rozwiązać problemy związane z konkurencją w sektorze cyfrowym[408] (zob. pkt II.1.5 pracy doktorskiej). W przypadku określenia celów polityki lub priorytetów w zakresie egzekwowania przepisów organy (urzędnicy) mogą być uprzedzeni wobec pewnych praktyk obserwowanych na rynkach cyfrowych, które są uważane

[406] P. I. Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018, s. 3-4. Ponadto, niewyspecjalizowane sądy powszechne (na przykład w Polsce sądy cywilne) mogą również być niechętne lub nie mieć wystarczającej wiedzy eksperckiej do rozstrzygania zawiłych kwestii prawa i ekonomii konkurencji

[407] Wskazano na to w literaturze: F. Jenny, *Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Platforms and Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward*, 2021, https://ssrn.com/abstract=3857507 (data dostępu: 15.11.2023 r.).

[408] Ponieważ sektor cyfrowy jest najnowszym „przełomem" w egzekwowaniu prawa konkurencji, w wielu ostatnich sprawozdaniach, w tym niektórych zleconych przez organy ds. konkurencji, przeanalizowano specyfikę sektora cyfrowego i zawarto sugestie dotyczące sposobów rozwiązywania problemów związanych z konkurencją w tym sektorze.

za przeszkodę w osiąganiu wyników postrzeganych jako pożądane. Może przejawiać się to w tendencji regulatorów do porównywania rzeczywistych warunków ekonomicznych z wyidealizowanymi alternatywami oraz do uzasadniania polityki na podstawie rozbieżności między nimi[409].

W sytuacji, w której te same osoby prowadzą postępowania, a następnie przygotowują projekt rozstrzygnięcia decyzji, może dojść do błędu konfirmacji, czyli tendencji do wyszukiwania lub interpretowania informacji w sposób, który potwierdza wcześniejsze poglądy i prowadzi do niewłaściwych wniosków. Wynik danej sprawy może być już rozstrzygnięty na wczesnym etapie postępowania, a opinie przeciwne ‑ prezentowane przez stronę postepowania ‑ mogą nie być należycie uwzględnione przez organ (osoby prowadzące sprawę)[410]. W związku z angażowaniem znacznych zasobów do prowadzenia danego postępowania[411], wynik sprawy, w której stwierdza się, że nie doszło do naruszenia, może być postrzegany jako porażka ze strony organu. Dany organ może mieć chęć wykazania się wysokim poziomem aktywności egzekucyjnej (oraz nakładaniem wysokich kar pieniężnych) w celu realizacji określonych celów politycznych[412].

3.4. Konkluzje

Prawo konkurencji ze względu na cele, jakie realizuje – wpływając na sposób, w jaki przedsiębiorcy mogą konkurować i współpracować – odgrywa kluczową rolę w kształtowaniu rynków cyfrowych. Jest ono narzędziem niezbędnym do zapewnienia niezakłóconej konkurencji poprzez zapobieganie szkodliwym dla gospodarki antykonkurencyjnym praktykom obserwowanym na rynkach cyfrowych. Realizuje ono szereg celów, w tym dobrobyt konsumentów, efektywność gospodarczą, integrację rynku, ochronę małych i średnich przedsiębiorstw, a w dobie gospodarki cyfrowej cele te mogą w szczególności obejmować

[409] Odnosi się to do tzw. błędu nirwany, polegającego na odnoszeniu zastanego stanu faktycznego do nierealistycznych i wyidealizowanych alternatyw. Przykładowo, organ antymonopolowy będzie oczekiwał, że przedsiębiorca nie zmieni swoich decyzji inwestycyjnych (np. w postaci subsydiowania darmowych usług) w oparciu o nakazaną przez niego redukcję dopuszczalnego zwrotu z inwestycji (np. ze względu na kwestionowane przez organ wiązanie produktów), podczas gdy w rzeczywistym świecie będzie to niemożliwe. Zob. szerzej: J. D. Wright, J. C. Fauver, *Antitrust Reform and the Nirvana Fallacy: The Case Against a New Sherman Act*, "Columbia Business Law Review" 2022, nr 1, s. 72-117.

[410] I. P. Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018, s. 50-51; W. P. J. Wils, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, "World Competition: Law and Economics Review" 2004, nr 2, s. 202-224.

[411] Tj. angażowania zasobów ludzkich oraz podjęcia kosztownych środków dochodzeniowych, np. przeprowadzenia przeszukania

[412] Organy te publikują m.in. statystyki dotyczące liczby decyzji nakładających kar pieniężnych oraz wysokości tych grzywien. Problem polega jednak na tym, że obserwatorzy, dla których przeznaczone są te statystyki, najczęściej nie są w stanie sami ocenić, czy decyzje zakazujące i wysokość nałożonych kar pieniężnych są rzeczywiście uzasadnione wykryciem rzeczywistych naruszeń prawa antymonopolowego na tyle poważnych, aby uzasadniały wysokość kar. W. P. J. Wils, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, "World Competition: Law and Economics Review" 2004, nr 2, s. 202-224.

promowanie innowacji, zachowanie otwartości rynków oraz zapewnienie dostępu do kluczowych zasobów cyfrowych, jak dane i technologie. Rynki cyfrowe, ze względu na dynamiczne zmiany technologiczne i modeli biznesowych, stwarzają nowe wyzwania dla prawa konkurencji. Rozwój technologii takich jak np. duża zależność od danych oraz silne efekty sieciowe wymaga od prawodawców i organów regulacyjnych elastyczności, wnikliwości i przewidywania potencjalnych problemów. Tym samym, prawo konkurencji musi nie tylko reagować na aktualne problemy, ale także antycypować przyszłe zagrożenia i dostosowywać się do szybko zmieniającego się środowiska gospodarczego.

Organy ochrony konkurencji, zarówno na poziomie Unii Europejskiej, jak i krajowym, odgrywają kluczową rolę w kształtowaniu granic i znaczenia zakazu nadużywania pozycji dominującej. Ich działania muszą równoważyć potrzebę skuteczności z zapewnieniem pewności prawnej i ochrony praw przedsiębiorców. Model administracyjny egzekwowania prawa konkurencji, charakterystyczny dla UE i Polski, pozwala na dynamiczną ewolucję prawa w odpowiedzi na bieżące wyzwania rynków cyfrowych, ale wymaga równocześnie zapewnienia wysokich standardów proceduralnych i unikania stronniczości. W kontekście rynków cyfrowych, polityka konkurencji powinna być zrównoważona, z uwzględnieniem zarówno krótko-, jak i długoterminowych korzyści dla konsumentów i rynku, uwzględniając dynamiczną efektywność i innowacyjność. To podkreśla potrzebę zrównoważonego podejścia do regulacji rynków cyfrowych, które uwzględnia zarówno dynamiczne zmiany technologiczne, jak i ochronę sprawiedliwej konkurencji oraz konsumentów.

4. Aksjologiczne, prawne i ekonomiczne podstawy regulacji rynków cyfrowych

Zarówno w Unii Europejskiej, jak i niektórych państwach (np. w Niemczech, Wielkiej Brytanii oraz we Włoszech) został osiągnięty konsensus dotyczący potrzeby regulacji *ex ante* tych rynków ze względu na cechy rynków cyfrowych oraz niewystarczającą rolę prawa konkurencji w celu zaradzenia zidentyfikowanym problemom na tych rynkach. Doświadczenia w zakresie trudności z egzekwowaniem reguł konkurencji pozwoliły na zidentyfikowanie potrzeby przyjęcia dodatkowych przepisów, mających na celu zapewnienie sprawnego funkcjonowania rynków cyfrowych i były inspiracją do powstania nowych aktów prawnych, w tym DMA. Jednocześnie, niektóre z proponowanych instrumentów, takich jak NCT, nie zostały ostatecznie przyjęte i nie weszły w życie. W niniejszym punkcie dokonano analizy źródeł, celów oraz systemu instytucjonalnego krajowych i unijnych regulacji rynków cyfrowych.

4.1. Źródła regulacji *ex ante* rynków cyfrowych

Europa stanęła przed fundamentalnym wyzwaniem dotyczącym regulacji rynków platform cyfrowych. W obecnym kontekście dyskusji naukowej i politycznej kluczową kwestią nie jest już zasadność samej regulacji, ale raczej poszukiwanie optymalnych metod i strategii regulacyjnych. Wyzwanie to polega na identyfikacji najbardziej efektywnych podejść, które będą w stanie zrównoważyć konieczność ochrony interesów konsumentów, promowania uczciwej konkurencji i stymulowania innowacyjności, jednocześnie minimalizując negatywne skutki interwencji państwa w dynamicznie zmieniający się ekosystem rynków cyfrowych. Poniżej wskazano najważniejsze instrumenty regulacji rynków cyfrowych, lub ich projekty legislacyjne, przyjmowane na poziomie unijnym lub krajowym, ze szczególnym uwzględnieniem legislacji niemieckiej oraz brytyjskiego projektu legislacyjnego.

4.1.1. Rozporządzenie P2B

Rozporządzenie nr 2019/1150 ustanawia zasady uczciwego i przejrzystego traktowania użytkowników biznesowych, korzystających z platform internetowych (usług pośrednictwa internetowego). Rozporządzenie P2B ma zastosowanie do stosunków umownych między użytkownikami biznesowymi a platformami (ang. *platform-to-business,* P2B). Regulacja ta nie obejmuje zatem sytuacji bez stosunków umownych, które mają zastosowania do wielu interakcji zachodzących w ramach ekosystemów.

Rozporządzenie to opiera się na art. 114 TFUE jako podstawie prawnej tej regulacji. Celem art. 114 TFUE jest zbliżenie przepisów państw członkowskich oraz zapewnienie stosowania spójnych i niedyskryminujących zasad w całej Unii. W związku z tym niniejsze rozporządzenie ma stanowić odpowiedź na rozdrobnienie regulacyjne w obszarze „regulacji platform" w poszczególnych państwach członkowskich.

Niniejszy akt prawny jest uznawany za pierwszy krok w kierunku stworzenia sektorowej regulacji platform internetowych[413]. Na mocy Rozporządzenia P2B platformy internetowe zostały określone jako „usługi pośrednictwa internetowego"[414], a operator takiej platformy jako

[413] T. Höppner, A. Schulz, *Die EU-Verordnung 2019/1150 für Fairness und Transparenz von Online-Vermittlungsdiensten („P2B-Verordnung")*, "Zeitschrift für Wirtschaftsrecht" 2019, nr 49, s. 2329.

[414] Usługi pośrednictwa internetowego, zgodnie z Rozporządzeniem P2B, to usługi spełniające kumulatywnie następujące wymogi. Po pierwsze, stanowią one usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy 2015/1535 z 9.09.2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. z 2015 r., L 241, s. 1), a zatem usługa ta musi być normalnie świadczona: (i) za wynagrodzeniem, (ii) na odległość, (iii) drogą elektroniczną oraz (iv) na indywidualne żądanie odbiorcy usług. Po drugie, tego typu usługi umożliwiają użytkownikom biznesowym oferowanie towarów lub usług konsumentom, z zamiarem ułatwienia inicjowania transakcji bezpośrednich między tymi użytkownikami biznesowymi a konsumentami, niezależnie od tego, gdzie

„dostawca usług pośrednictwa internetowego", którym jest przedsiębiorca (osoba fizyczna lub prawna) świadcząca lub oferująca usługi pośrednictwa dla użytkowników biznesowych (art. 2 pkt 3 Rozporządzenia P2B). Geograficzny zakres zastosowania Rozporządzenia P2B rozciąga się na wszystkie platformy internetowe, niezależnie od siedziby lub miejsca pobytu dostawców usług, jeżeli tylko użytkownicy biznesowi platform internetowych mają siedzibę lub miejsce pobytu w UE i oferują swoje towary lub usługi konsumentom w Unii (art. 1 ust. 2 Rozporządzenia P2B).

Rozporządzanie P2B przede wszystkim łączy postanowienia dotyczące kwestii umownych, wymogów przejrzystości i rozstrzygania sporów z jednoczesnym wezwaniem zainteresowanych przedsiębiorców do samoregulacji (stworzenia kodeksów postępowań). Rozporządzenie P2B, nie określając precyzyjnych zakazów praktyk handlowych operatorów platform, dotyczy zatem przede wszystkim krajowego prawa umów (prawa prywatnego), a nie prawa publicznego [415]. Biorąc pod uwagę powyższe, na gruncie stosunków umownych rozporządzenie to ma na celu zapewnienie warunków „formalnej" uczciwości w relacji P2B poprzez zwiększenie przejrzystości działania operatorów platform internetowych, a przez to przyczynienie się do podejmowania przez użytkowników świadomych decyzji.

Rozporządzenie P2B nie jest więc regulacją *sensu stricto*, chociaż poszczególne państwa członkowskie mogą wdrożyć jego publicznoprawne egzekwowanie[416]. W przeciwieństwie do tradycyjnych regulacji ekonomicznych, które często skupiają się na zakazie pewnych praktyk czy działaniach w kontekście prawa konkurencji, Rozporządzenie P2B dąży do zwiększenia przejrzystości i uczciwości poprzez zachęcanie platform do dobrych praktyk i samoregulacji. Zamiast narzucania surowych wymogów i sankcji za ich niewykonanie, Rozporządzenie skupia się na zaleceniach i zachętach do stosowania określonych praktyk, co świadczy o pewnym stopniu elastyczności i adaptacji do dynamicznie zmieniającego się środowiska cyfrowego.

Rozwiązania przewidziane w tym akcie prawnym przypominają również przepisy dotyczące zakazu wykorzystywania przewagi kontraktowej. Jednym z kluczowych podobieństw między Rozporządzeniem P2B a przepisami regulującymi zakaz wykorzystania przewagi kontraktowej

te transakcje są ostatecznie zawierane. Po trzecie, są one świadczone użytkownikom biznesowym na podstawie stosunków umownych między dostawcą tych usług a użytkownikami biznesowymi, którzy oferują towary lub usługi konsumentom.

[415] T. Höppner, A. Schulz, Die EU-Verordnung 2019/1150 für Fairness und Transparenz von Online-Vermittlungsdiensten („P2B-Verordnung"), "Zeitschrift für Wirtschaftsrecht" 2019, nr 49, s. 2330; Ch. Twigg-Flesner, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, "Journal of European Consumer and Markets Law" 2018, nr 6, s. 20, https://ssrn.com/abstract=3253115 (data dostępu: 17.11.2023 r.).

[416] Przykładowo, przyjmując model egzekwowania tych przypisów podobny do publicznoprawnego modelu stosowania prawa konkurencji przez krajowe organy antymonopolowe (w modelu administracyjnym).

jest dążenie do zapewnienia równowagi i uczciwości w relacjach handlowych między stronami o różnym stopniu siły rynkowej. Zarówno Rozporządzenie P2B, jak i przepisy dotyczące przewagi kontraktowej, mają na celu ochronę słabszej strony – w przypadku P2B są to użytkownicy biznesowi korzystający z platform internetowych, a w kontekście przewagi kontraktowej – zazwyczaj małe i średnie przedsiębiorstwa czy indywidualni konsumenci wobec dużych korporacji lub dostawców (np. w sektorze rolno-spożywczym)[417]. Jak wskazano w literaturze, w porządkach prawnych poszczególnych państw normy chroniące przed nieuczciwym wykorzystywaniem przewagi kontraktowej oparte są na często odmiennych wzorach. Niekiedy funkcjonują wyłącznie jako regulacja sektorowa w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych, jednak w innych wypadkach państwa przyjmują też normy o charakterze horyzontalnym, mające zastosowanie bez względu na branżę reprezentowaną przez naruszyciela. Tego rodzaju normy mogą być w praktyce stosowane wobec przedsiębiorców świadczących podstawowe usługi platformowe, czego przykładem jest regulacja włoska[418].

4.1.2. Akt o rynkach cyfrowych (DMA)

Rozporządzenie z 14.09.2022 r. w sprawie kontestowanych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (DMA) stanowi kluczowy element regulacji europejskiego rynku cyfrowego. DMA, które weszło w życie 2 maja 2023 r., ma na celu zwalczanie szkodliwych praktyk na rynkach cyfrowych, które nie podlegają obowiązującym regułom konkurencji UE lub wobec których te reguły okazały się niewystarczające. Przez skuteczne wdrażanie DMA dąży się do eliminacji negatywnych skutków niektórych nieuczciwych praktyk operatorów platform internetowych („strażników dostępu") w sposób *ex ante*, jednocześnie zachowując możliwość interwencji *ex post* w oparciu o unijne i krajowe przepisy antymonopolowe[419].

---

[417] Przykładem może być polska regulacja tego rodzaju, która ma charakter branżowy i dotyczy wyłącznie umów nabycia produktów rolnych lub spożywczych, zawieranych między nabywcami tych produktów a ich dostawcami (zob. ustawa z 17.11.2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, Dz.U. z 2023, poz. 351).

[418] Przykładowo, w prawie włoskim obowiązują normy odnoszące się do zagadnień podwykonawstwa w działalności produkcyjnej (Legge 18 giugno 1998, n. 192 Disciplina della subfornitura nelle attività produttive, Gazzetta Ufficiale N. 143 del 22 giugno 1998), które obejmują zakaz nadużywania przez jednego lub więcej przedsiębiorców stanu zależności ekonomicznej, w którym znajduje się klient lub dostawca, zarazem przewidując domniemanie występowania zależności ekonomicznej, jeżeli przedsiębiorstwo korzysta z usług pośrednictwa świadczonych przez platformę cyfrową odgrywającą decydującą rolę w dotarciu do użytkowników końcowych lub dostawców (art. 9 ust. 1 przywołanej ustawy). G. Materna, A. Szmigielski, *Komentarz do art. 1 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 689.

[419] KE, *Uzasadnienie Wniosku Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych)*, s. 4.

DMA skupia się na potrzebnie zapewnienia przejrzystości, szybkości, łatwości administrowania i egzekwowalności kontroli wykorzystania siły rynkowej przez największych przedsiębiorców (strażników dostępu) działających na rynkach cyfrowych. W ten sposób regulacja ta nie zawiera standardowych narzędzi prawa konkurencji, w przypadku których analiza ekonomiczna (np. analiza rynku, siły rynkowej oraz skutków danego zachowania) zazwyczaj odgrywała kluczową rolę.

Ponieważ DMA opiera się na art. 114 TFUE jako podstawie prawnej, wymaga się, aby DMA wspierał funkcjonowanie rynku wewnętrznego (obszaru bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów) w świetle celów określonych w art. 26 TFUE. W swoim wniosku do DMA Komisja jako uzasadnienie wprowadzenia nowego rozporządzenia podała zapobieganie fragmentacji regulacyjnej rynku wewnętrznego[420].

DMA reguluje obowiązki i zakazy nałożone na strażników dostępu w art. 5, 6 i 7 DMA. Stanowią one odzwierciedlenie spraw z zakresu prawa konkurencji dotyczących praktyk operatorów platform internetowych, które były rozpatrywane przez Komisję i krajowe organy ochrony konkurencji[421]. Formalnie DMA jest odrębnym (komplementarnym) instrumentem prawnym od prawa konkurencji. Pomimo deklarowanej odrębności, realizuje on podobne cele oraz zakazuje podobny rodzaj zachowań, będący przedmiotem analizy na gruncie prawa konkurencji.

Podobnie jak w przypadku Rozporządzenia P2B, DMA dąży do stworzenia bardziej uczciwego i przejrzystego środowiska dla uczestników rynku cyfrowego. Jednak DMA, w porównaniu do Rozporządzenia P2B, różni się podejściem, koncentrując się bardziej na dużych platformach cyfrowych (nazywanych „strażnikami dostępu") i ich potencjalnie szkodliwym wpływie na rynek. W przeciwieństwie do Rozporządzenia P2B, DMA zawiera ściśle określone nakazy i

[420] Pomimo ścisłego związku DMA z regułami konkurencji, podstawą prawną tego aktu prawnego – regulującego zasady konkurencji na rynkach cyfrowych – nie jest art. 103 TFUE, który służy m.in. określenie w różnych gałęziach gospodarki zakresu zakazów praktyk ograniczających konkurencję (regulowanych art. 101 i 102 TFUE). Formalnie, DMA nie jest narzędziem prawa konkurencji, ale również różni się od regulacji sektorowej. Chociaż DMA nie jest formalnie instrumentem prawa konkurencji, w rzeczywistości wykazuje pewne podobieństwa do prawa antymonopolowego pod względem (i) celów, (ii) materialnych obowiązków i zakazów oraz (iii) mechanizmów egzekwowania.

[421] Prawo konkurencji stanowiło pierwotnie podstawowy instrument ochrony sfery gospodarki cyfrowej przed cyfrowymi monopolistami i to w oparciu o te doświadczenia orzecznicze poszukiwano optymalnego środowiska regulacyjnego dla strażników dostępu. Por. m.in. decyzje KE z 27.6.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Search (Shopping)*; z 18.7.2018 r., w sprawie AT.40099, Google Android; z 20.3.2019 r. w sprawie AT.40411, *Google Search (AdSense)*; z 4.5.2017 r. w sprawie AT.40153, *E-book (Amazon)*. W literaturze dokonano również przyporządkowania określonego rodzaju spraw rozstrzyganych na gruncie reguł konkurencji do odpowiedniego rodzaju zakazów wskazanych w DMA, zob.: F. Scott Morton, C. Caffarra, *The European Commission Digital Markets Act: A Translation*, 2021, https://cepr.org/voxeu/columns/european-commission-digital-markets-act-translation (data dostępu: 17.11.2023 r.); N. M. Belloso, N. Petit, *The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove*, "European Law Review" 2023, nr 48, s. 4-5, https://ssrn.com/abstract=4411743.

zakazy określonych zachowań oraz jasny system egzekwowania tych przepisów[422]. DMA ustanawia obowiązek lub zakaz tam, gdzie ze względu na funkcję „strażnika dostępu" wykonywaną przez daną platformę, gwarancje przejrzystości nie są wystarczające do ochrony uczciwości w relacjach P2B. Promowanie przejrzystości przez skuteczne wdrożenie Rozporządzenia P2B może umożliwić Komisji śledzenie praktyk, które mogą wymagać dalszej interwencji regulacyjnej na mocy DMA.

DMA wyróżnia się na tle unijnych regulacji prawnych dzięki swym unikatowym cechom, które jednocześnie czerpią inspirację z dwóch obszarów regulacyjnych: klasycznych regulacji ekonomicznych UE oraz prawa konkurencji[423].

4.1.3. Badania rynkowe oraz New Competition Tool

Prowadzenie badań rynku (ang. *sector inquiries*) przez organy antymonopolowe, takie jak KE (na podstawie art. 17 Rozporządzenia 1/2003) i Prezesa UOKiK (na podstawie art. 48 u.o.k.k.), stanowi standardową metodę zbierania informacji o rynku i wykrywania problemów antymonopolowych. Jednakże, w niektórych systemach prawa antymonopolowego, krajowe organy antymonopolowe posiadają uprawnienia do przeprowadzania specjalistycznych badań, pełniących funkcję unikalnego narzędzia regulacyjnego. Tego rodzaju badania rynku (ang. *investigation*)[424] to postępowania, za pomocą których organ ochrony konkurencji może holistycznie ocenić funkcjonowanie określonego rynku (sektor gospodarki). Badania te mają na celu ustalenie, czy konkurencja funkcjonuje, a jeśli nie, zidentyfikowane zawodności rynkowe uzasadniają nałożenie przez organ środków zaradczych w celu skorygowania tych nieprawidłowości. Obecnie przepisy w tym zakresie obowiązują w Europie, przykładowo w Wielkiej Brytanii oraz Grecji[425]. Proponowane rozwiązanie miało być również przyjęte na

[422] Zarówno Rozporządzenie P2B, jak i DMA, wprowadzają obowiązki mające na celu promowanie przejrzystości i uczciwości w gospodarce platformowej. Jednakże, Rozporządzenie P2B skupia się przede wszystkim na ustanowieniu obowiązków przejrzystości, które dotyczą dwóch kategorii platform: dostawców usług pośrednictwa online i wyszukiwarek. Z kolei DMA obejmuje szerszy zakres usług niż Rozporządzenie P2B (np. usługi reklamowe, usługi pośrednictwa online, wyszukiwarki, systemy operacyjne) i nie ogranicza się tylko do kwestii braku przejrzystości. Co więcej, w przeciwieństwie do Rozporządzenia P2B, które stosuje się niezależnie od siła rynkowej (lub statusu „strażnika dostępu"), DMA dotyczy tylko platform pełniących rolę „strażnika dostępu".

[423] B. Beems, *The DMA in the broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspectives*, "European Competition Journal" 2023, nr 1, s. 10.

[424] Badania („śledztwa") tego typu (ang. *market investigation*) należy odróżnić od badań sektorowych (ang. *sector inquiries*) oraz od „zwykłych" badań rynku (ang. *market studies*), np. wskazanych w art.17 Rozporządzenia 1/2003 (tzw. dochodzenia w odniesieniu do sektorów gospodarki) lub art. 48 u.o.k.k. (postępowania wyjaśniające w sprawach dotyczących określonej gałęzi gospodarki). Te „zwykłe" badania nie uprawniają organu antymonopolowego do nałożenia środków zaradczych w celu rozwiązania zidentyfikowanych problemów związanych z nieprawidłowym funkcjonowaniem konkurencji na danym rynku.

[425] R. Whish, *New Competition Tool – Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular Focus on the UK's market investigation tool – Expert study*, Bruksela 2020, s. 1-5.

poziomie UE w postaci NCT, jednakże ostatecznie badania rynku zostały uregulowane jedynie w DMA[426].

Te procedury nie skupiają się na określonym zachowaniu przedsiębiorcy i nie mają na celu ustalenia naruszenia prawa ani definiowania ogólnych zasad dla uczestników rynku. Zamiast tego, koncentrują się na poprawie funkcjonowania rynku jako całości, czyli na rozwiązywaniu problemów o charakterze strukturalnym. Problemy strukturalne w konkurencji odnoszą się do cech strukturalnych rynku, które negatywnie wpływają na konkurencję i mogą w rezultacie prowadzić do nieefektywnych wyników rynkowych, takich jak wyższe ceny, niższa jakość, ograniczony wybór i brak innowacji. Chociaż problemy strukturalne w konkurencji mogą występować w różnych scenariuszach, ogólnie można je podzielić na dwie kategorie, w zależności od tego, czy szkody już wpłynęły na rynek, czy są na etapie ryzyka. Po pierwsze, strukturalne ryzyka dla konkurencji odnoszą się do scenariuszy, w których charakterystyczne cechy rynku (takie jak efekty sieciowe i skali, brak multi-homingu i efektu *lock-in*) oraz działania przedsiębiorstw na danym rynku stwarzają zagrożenie dla konkurencji. Po drugie, strukturalny brak konkurencji odnosi się do sytuacji, w których rynek nie funkcjonuje prawidłowo i nie zapewnia konkurencyjnych wyników z powodu swojej struktury, czyli strukturalnych niedoskonałości rynku[427].

Strukturalne problemy w obszarze konkurencji nie mogą być skutecznie rozwiązane przy użyciu „tradycyjnych" narzędzi prawa konkurencji (przykładowo, w sytuacji strategii monopolizacji stosowanych przez przedsiębiorstwa niedominujące, ale posiadające władzę rynkową), ani za pomocą artykułów 101 lub 102 TFUE, które nie są w stanie rozwiązać tych problemów w najbardziej efektywny sposób (na przykład w przypadku strategii równoległego transferu siły rynkowej przez przedsiębiorstwa dominujące na wielu sąsiadujących rynkach)[428].

Najbardziej zaawansowaną formę badań rynku oferuje brytyjski organ antymonopolowy (CMA). Jej prawną podstawą jest brytyjska ustawa o przedsiębiorczości z 2002 r. – *Enterprise*

[426] DMA obejmuje trzy rodzaje badań rynku odnoszące się do tych pojęć. Pierwszy rodzaj badania rynku pozwala Komisji wyznaczyć jako „strażnika dostępu" dostawcę CPS na podstawie szeregu określonych wskaźników ilościowych i jakościowych w DMA. Drugi rodzaj badania rynku umożliwia Komisji nałożenie behawioralnych i, w razie potrzeby, strukturalnych środków zaradczych, w przypadku gdy wyznaczony strażnik systematycznie odmawia przestrzegania obowiązków i zakazów nałożonych przez DMA. Trzeci rodzaj badania rynku umożliwia Komisji rozszerzenie zakresu stosowania (tj. dodanie do wykazu nowych usług podstawowych platformy) i uzupełnienie wykazu obowiązków zawartych w DMA.

[427] KE, *Wstępna ocena skutków New Competition Tool z 4.06.2020 r.*, Ares(2020)2877634, s. 2; https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Jednolity-rynek-nowe-uzupe%C5%82niajace-narzedzie-s%C5%82uzace-skuteczniejszemu-egzekwowaniu-regu%C5%82-konkurencji_pl (data dostępu: 18.11.2023 r.).

[428] *Ibidem.*

Act[429], która wprowadziła szereg zmian w brytyjskim systemie prawa antymonopolowego. W ramach omawianej procedury, krajowy organ ochrony konkurencji posiada kompetencje do przeprowadzania śledztw rynkowych (ang. *market investigation*), w trakcie których uprawniony jest do prowadzenia negocjacji z przedsiębiorcami w sprawie ewentualnych zobowiązań oraz do nakładania środków zaradczych, zarówno behawioralnych, jak i strukturalnych[430].

Rozpoczęcie tej procedury jest możliwe tylko w sytuacji rynkowej, którą można określić jako „negatywny wpływ na konkurencję" (ang. *adverse effect on competition* – AEC). Artykuł 134(2) brytyjskiej ustawy definiuje ten stan jako sytuację, w której warunki panujące na rynku zapobiegają, ograniczają lub zakłócają konkurencję. Tę definicję rozszerzają wytyczne dotyczące stosowania przepisów ustawy, które wprowadzają specjalny „test AEC", umożliwiający ustalenie, czy dane warunki zostały spełnione. Przed rozpoczęciem śledztwa rynkowego, organ antymonopolowy ma możliwość odstąpienia od jego przeprowadzenia, jeśli przedsiębiorstwa zdecydują się na przedstawienie zobowiązań zdolnych do zapobieżenia zidentyfikowanym zagrożeniom dla konkurencji[431].

Podobne rozwiązanie prawne, inspirowane NCT, przyjął legislator niemiecki. Na podstawie 11. poprawki do niemieckiej ustawy antymonopolowej (GWB), Bundeskartellamt uzyskał uprawnienie do interwencji po przeprowadzeniu badania rynku, aby zaradzić stwierdzonym zakłóceniom konkurencji, które nie są związane z konkretnym naruszeniem prawa antymonopolowego (antykonkurencyjnym poróżnieniem lub nadużyciem pozycji dominującej)[432]. Niemieckie narzędzie opiera się na dwuetapowym procesie. Na początku niemiecki organ antymonopolowy musi zidentyfikować „znaczące i trwałe zakłócenie konkurencji", a w drugim etapie Bundeskartellamt ma możliwość nałożenia odpowiednich środków zaradczych[433]. Zidentyfikowane zakłócenie konkurencji musi zatem charakteryzować

---

[429] Brytyjska Ustawa o Przedsiębiorczości (Enterprise Act 2002) z 7.11.2002 r., zmieniona 6.04.2013, UK Public General Acts 2002, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents (data dostępu: 18.11.2023 r.).

[430] Badanie rynku poprzedzone jest zwykle badaniem rynku (ang. *market study*), które może być prowadzone zarówno przez organ antymonopolowy, jak i jednego z regulatorów lub jednego z ministrów. F. Wiaderek, *New Competition Tool – (utracona) szansa na rozwiązanie algorytmicznych problemów prawa konkurencji*, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2021, nr 4, s. 27.

[431] F. Wiaderek, *New Competition Tool – (utracona) szansa na rozwiązanie algorytmicznych problemów prawa konkurencji*, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2021, nr 4, s. 27.

[432] Bundeskartellamt, *Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle*, Bonn 2023, s. 1, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme_11_GWB_Novelle.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (data dostępu : 18.11.2023 r.); komunikat prasowy Bundeskartellamt z 7.11.2023 r., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/07_11_2023_GWB-Novelle.html (data dostępu: 18.11.2023 r.).

[433] Artykuł (sekcja) 32f GWB, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/ (data dostępu: 18.11.2023 r.); N. I. Pauer, *The 11th Amendment of the German Act Against Restraints of Competition – A 'New Competition Tool', Facilitated Disgorgement and the DMA's Enforcement*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2023, nr 6, s. 354-359.

się określoną intensywnością i nie może być jedynie tymczasowe[434]. Definicja „zakłócenie konkurencji" obejmuje przykładowe scenariusze szkodliwe dla rynku, takie jak ograniczenia wejścia na rynek, zmiany dostawcy, lub blokowanie dostępu do rynku lub klientów przez przedsiębiorstwo wertykalnie zintegrowane. To narzędzie posiada charakter uzupełniający w stosunku do tradycyjnych narzędzi prawa konkurencji, tj. może być stosowane, gdy dany problem zakłócenia konkurencji nie może być rozwiązany przy użyciu innych środków (na przykład poprzez wydanie decyzji stwierdzającej nadużycie pozycji dominującej). Środek zaradczy w postaci nakazu zbycia aktywów może być zastosowany tylko wobec przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą lub „nadrzędne znaczenie międzyrynkowe", zgodnie z art. 19a GWB (zob. pkt III.1.1.4.1 pracy doktorskiej).

4.1.4. Krajowe regulacje rynków cyfrowych

Na poziomie krajowym przyjęto już lub zaproponowano szereg rozwiązań regulacyjnych w celu rozwiązania problemów rynkowych związanych z nadmierną siłą rynkową oraz potencjalnie „nieuczciwymi" praktykami obserwowanymi na rynkach cyfrowych. W pracy doktorskiej dokonano szczegółowej analizy niemieckiej regulacji, uznawanej za pionierską w swoim zakresie[435], oraz projektu brytyjskiego aktu prawnego, charakteryzującego się zaawansowanym i innowacyjnym podejściem[436]. W pracy nie zostaną szeszej opisane propozycje legislacyjne, które nie zostały przedstawione w formie gotowych projektów legislacyjnych (np. propozycja francuska[437]) lub były wzorowane na rozwiazniach niemieckich (projekt włoski[438]) lub też dotyczą zagadnienia, które tylko pośrednio dotyczy regulacji

[434] Zakłócenie konkurencji uważa się za „trwałe", jeśli „istniało stale przez okres trzech lat" lub „występowało wielokrotnie" i nie ma żadnych oznak, że zakłócenie prawdopodobnie ustanie w ciągu dwóch lat. Artykuł (sekcja) 32f GWB, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/ (data dostępu: 18.11.2023 r.)

[435] Ustawodawca niemiecki przyjął rolę międzynarodowego lidera w tej dziedzinie, ponieważ w czasie przyjęcia niemieckiej regulacji proces legislacyjny na szczeblu europejskim, gdzie toczone były dyskusje na temat podobnych narzędzi (DMA), znajdował się jeszcze w fazie wstępnej. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 19.01.2021 r., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html (data dostępu: 31.10.2023 r.).

[436] W pracy doktorskiej dokonano analizy tego aktu, ponieważ Zjednoczone Królestwo wyróżnia się jako jeden z pionierów wprowadzania bardziej wymagającej regulacji *ex ante* dużych przedsiębiorców cyfrowych. Wyraźne zobowiązanie regulacyjne do wspierania konkurencyjności rynkowej, na którym opiera się brytyjskie podejście, stanowi kluczowy element w rozumieniu i ocenie skuteczności metod regulacji sektora cyfrowego.

[437] Francuski Urząd ds. Konkurencji zaproponował metodę definiowania tzw. platform „strukturyzujących", czyli takich, które posiadają znaczącą siłę rynkową na rynku, na którym są głównie aktywne, ale również na rynkach sąsiednich. Zob.: komunikat prasowy AdC z 19.02.2020 r., https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-03/2020.03.02_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf_en_0.pdf data dostępu: 31.10.2023 r.).

[438] Włoski organ antymonopolowy w raporcie na rzecz promowania konkurencji skierowanym do rządu zaproponował, aby przyznano mu uprawnienia względem największych operatorów platform internetowych, podobne do uprawnień Bundeskartellamt. Zob.: OECD, *Summary of Discussion of the Roundtable on Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021, s. 9.

przenoszenia siły rynkowej przez operatorów platform internetowych (np. przepisy dotyczące przeciwdziałaniu przewadze kontraktowej).

4.1.4.1. Niemcy

Niemiecki ustawodawca przyznał Bundeskartellamt, niemieckiemu organowi ochrony konkurencji, nowe narzędzia do zwalczania podmiotów wykorzystujących swoją dominującą pozycję rynkową. Stało się to za pomocą tzw. dziesiątej noweli do ustawy GWB, która weszła w życie w styczniu 2021 r.[439] W art. 19a GWB wprowadzono nowy termin do prawa antymonopolowego, a mianowicie „przedsiębiorstwo o nadrzędnym znaczeniu międzyrynkowym" (ang. *businesses with* "*paramount cross-market significance*" – PSCAM). Pojęcie to, choć zostało inaczej zdefiniowane niż „strażnicy dostępu", w praktyce odnosi się do tych samych przedsiębiorstw[440].

Głównym celem nowelizacji GWB było dostosowanie regulacji dotyczących nadużywania pozycji rynkowej do wyzwań związanych z ochroną konkurencji w gospodarce cyfrowej. Artykuł 19a GWB przewiduje podejście dwuetapowe: (i) wyznaczenie, czyli decyzję stwierdzającą, że przedsiębiorca prowadzący działalność w znacznym stopniu na rynkach wielostronnych ma nadrzędne znaczenie dla konkurencji między rynkami („przedsiębiorstwo o nadrzędnym znaczeniu międzyrynkowym") oraz (ii) dostosowaną do indywidualnych potrzeb „aktywację" określonych zakazów w stosunku do wyznaczonego przedsiębiorcy w oparciu o katalog zawarty w art. 19a GWB[441].

Ideą leżącą u podstaw tego podejścia jest to, że przedsiębiorstwa o statusie „PSCAM" posiadają pozycję siły ekonomicznej na wszystkich rynkach, która pozwala na zakres działań na rynkach, które nie są w wystarczającym stopniu kontrolowane przez konkurencję. Aby rozwiązać problemy wynikające z tej sytuacji, art. 19a odchodzi od tradycyjnej oceny czysto rynkowej i obejmuje perspektywę ekosystemową, tj. „między rynkami". Niemiecki organ antymonopolowy prowadzi zarówno postępowania dotyczące wyznaczania przedsiębiorców jako „PSCAM", jak również postępowania dotyczące konkretnych zachowań realizowanych przez wyznaczonych przedsiębiorców. Niemcy zdecydowały się przejść od standardów

[439] Artykuł (sekcja) 19a GWB, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/ (data dostępu: 18.11.2023 r.)
[440] Przykładowo do Google'a, Apple'a, Facebooka (Meta); zob. szerzej: M. Barczentewicz, *German Big Tech Actions Undermine the DMA*, "International Center for Law & Economics" 2013, https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2023/06/MB-DMA-v-Germany.pdf (dostęp: 31.10.2023 r.).
[441] M. Barczentewicz, *German Big Tech Actions Undermine the DMA*, "International Center for Law & Economics" 2013, https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2023/06/MB-DMA-v-Germany.pdf (dostęp: 31.10.2023 r.).

konkurencji do domniemań i reguł *per se*, które mają być jak najbardziej „samowykonujące", oraz przyspieszyć proces prawny[442].

Istnieją wątpliwości, czy niniejszy instrument należy zaliczyć do regulacji sektorowej zbliżonej do przepisów DMA, czy też to instrument zaliczany do szerszej kategorii „krajowych reguł konkurencji"[443]. Rozróżnienie to jest istotne, gdyż art. 1 ust. 6 lit. b) DMA pozwala na przyjęcie i stosowanie krajowych przepisów należących do kategorii krajowych przepisów konkurencji, które nakładają dodatkowe obowiązki na strażników dostępu. Podobnie, art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 pozwala państwom członkowskim na uchwalanie i egzekwowanie krajowych przepisów dotyczących nadużywania pozycji dominującej, które są surowsze niż art. 102 TFEU, nawet jeżeli skutkuje to tym, że przedsiębiorcy podlegają surowszym przepisom w niektórych państwach członkowskich UE[444].

4.1.4.2. Wielka Brytania

W Wielkiej Brytanii utworzono Digital Markets Unit (DMU) – jednostki podlegającej pod brytyjski organ antymonopolowy (Competition and Markets Authority – CMA) – aby rozpocząć pracę nad operacjonalizacją przyszłego prokonkurencyjnego reżimu dla rynków cyfrowych. DMU będzie nadzorować nowy reżim regulacyjny dla największych operatorów platform internetowych, promując większą konkurencję i innowacje na tych rynkach oraz chroniąc konsumentów i przedsiębiorstwa przed nieuczciwymi praktykami[445]. Brytyjska ustawa o rynkach cyfrowych, konkurencji i konsumentach została wprowadzona do parlamentu 25 kwietnia 2023 r.[446]

W 2018 roku raport Furmana, zlecony przez rząd Wielkiej Brytanii, stwierdził, że brytyjskie prawo konkurencji w obecnej formie nie jest w stanie poradzić sobie z brakiem konkurencji na

---

[442] https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2021)2/ANN3/FINAL/en/pdf, s. 5.

[443] Na mocy art. 1 ust. 5 DMA, w celu zapobieżenia fragmentacji rynku wewnętrznego państwa członkowskie nie mogą nakładać na strażników dostępu – w drodze środków ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych – dodatkowych obowiązków do celów zapewnienia kontestowalnych i uczciwych rynków. Żaden z przepisów niniejszego rozporządzenia nie uniemożliwia państwom członkowskim nakładania na przedsiębiorstwa – w tym przedsiębiorstwa świadczące podstawowe usługi platformowe – obowiązków w odniesieniu do spraw wykraczających poza zakres stosowania niniejszego rozporządzenia, pod warunkiem że obowiązki te są zgodne z prawem Unii i nie wynikają z faktu posiadania przez odpowiednie przedsiębiorstwa statusu strażnika dostępu w rozumieniu niniejszego rozporządzenia. Zgodnie z art. 1 ust. 6 DMA, rozporządzenie to pozostaje bez uszczerbku dla karowych reguł konkurencji zakazujących innych form praktyk jednostronnych w zakresie, w jakim mają one również zastosowanie do przedsiębiorców innych niż strażnicy dostępu lub w jakim wiążą się z nałożeniem dodatkowych obowiązków na strażników dostępu.

[444] A. C. Witt, *The Digital Markets Act – Regulating the Wild West*, "Common Market Law Review" 2023, nr 3, s. 37-39, https://ssrn.com/abstract=4395089 (data dostępu: 18.11.2023 r.).

[445] Zob.: N. Dunne, *Pro-competition Regulation in the Digital Economy: The United Kingdom's Digital Markets Unit*, "The Antitrust Bulletin" 2022, nr 2, s. 1-26

[446] Explanatory Notes relate to the Digital Markets, Competition and Consumers Bill as introduced in the House of Commons on 25.04.2023 (Bill 294), https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0294/en/220294en.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.).

rynkach cyfrowych. Zalecono, aby Wielka Brytania wprowadziła nowy zestaw środków prokonkurencyjnych, aby otworzyć rynki cyfrowe. Rząd Wielkiej Brytanii zaakceptował wszystkie sześć strategicznych zaleceń raportu i poprosił brytyjski organ antymonopolowy CMA o doradztwo w sprawie sposobu realizacji tych zaleceń. W grudniu 2020 roku Digital Taskforce opublikował swoje zalecenia w dokumencie zatytułowanym "A New Pro-Competition Regime for Digital Markets" [447], który przedstawia szczegółowe sugestie dotyczące nowego ramowego systemu regulacyjnego. Wdrożenie tego systemu nastąpiło w projekcie ustawy z 25.04.2023 r. W dniu 15.11.2023 r. wprowadzono poprawki do projektu odnośnie do zmiany w procesie odwoławczym od decyzji CMA. Zmiany te pozwalają kwalifikującym się przedsiębiorcom technologicznym kwestionować decyzje regulacyjne CMA, ze względu na ich proporcjonalność, na zasadach kontroli sądowej[448]. W czasie pisania niniejszej pracy doktorskiej projekt ten nie wszedł w życie.

Podobnie jak Komisja Europejska, CMA jest zdania, że najpotężniejsi gracze cyfrowi powinni podlegać specjalnym zasadom postępowania. W związku z tym zalecił, aby nowy reżim prokonkurencyjny obejmował egzekwowalny kodeks postępowania dla przedsiębiorców o strategicznym statusie rynkowym (ang. *strategic market status* – SMS). CMA zamierza zapewnić zestaw jasnych zasad *ex ante*, które przedsiębiorcy SMS muszą przestrzegać. Celem nowej regulacji jest ochrona konsumentów i przedsiębiorców przed eksploatacją („wyzyskiem") oraz zapobieganie praktykom, które mogłyby podważać uczciwą konkurencję oraz zapobieganie praktykom wykluczającym (np. w postaci umocnienia lub przenoszenia pozycji rynkowej).

Przedsiębiorcy, którzy zostali wyznaczeni jako posiadający „strategiczny status rynkowy" (SMS), będą podlegać szeregowi dostosowanych środków. Te środki mają na celu zapewnienie uczciwego handlu, otwartego wyboru oraz zaufania i przejrzystości. Mają one również na celu zarządzanie skutkami władzy rynkowej i zapewnienie otwartości rynków na konkurencję i innowacje. Dodatkowo, mogą być podejmowane potencjalne interwencje prokonkurencyjne, które mają na celu rozwiązanie podstawowej przyczyny władzy rynkowej przedsiębiorców. Wprowadzony zostanie nowy „Mechanizm Ostatecznej Oferty", który umożliwia DMU, w

[447] Konsultacje społeczne dotyczące brytyjskiej ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych z 2021 r.

[448] Press release Changes to Digital Markets Bill introduced to ensure fairer competition in tech industry, https://www.gov.uk/government/news/changes-to-digital-markets-bill-introduced-to-ensure-fairer-competition-in-tech-industry (data dostępu: 16.11.2023 r.).

ostateczności, rozwiązanie problemu nieuczciwych warunków płatności i rozstrzygnięcie sporów między przedsiębiorcami SMS a stronami trzecimi[449].

4.2. Cele regulacji *ex ante* rynków cyfrowych

Oprócz terminowości i skuteczności egzekwowania reguł konkurencji, środki przyjmowane na gruncie regulacji sektorowej rynków cyfrowych mają na celu zajęcie się problemami strukturalnymi obserwowanymi na tych rynkach. Problemy te mogą uniemożliwiać lub znacząco utrudniać wejście na rynek i ekspansję nowych graczy. Przyjęte lub projektowane regulacje mają zatem na celu zarówno wspieranie konkurencji na rynku[450], jak i konkurencję o rynek[451].

4.2.1. Cele Rozporządzenia P2B

Na szczeblu europejskim głównymi warunkami przyjęcia rozporządzenia (UE) 2019/1150 (rozporządzenie P2B) był wzrost zależności gospodarczej i rosnąca nierównowaga umowna między platformami internetowymi a użytkownikami komercyjnymi. Celem Rozporządzenia P2B, które stosuje się od 12 lipca 2020 r., jest zapewnienie przejrzystości, sprawiedliwości i możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń użytkownikom biznesowym korzystającym z usług pośrednictwa internetowego. Rozporządzenie P2B nakłada na platformy internetowe pewne obowiązki mające na celu ochronę słabszej pozycji użytkowników komercyjnych, w szczególności w zakresie treści regulaminów świadczenia usług.

Na gruncie stosunków umownych rozporządzenie to ma na celu zapewnienie warunków „formalnej" uczciwości w relacji P2B poprzez zwiększenie przejrzystości działania operatorów platform internetowych, a przez to przyczynienie się do podejmowania przez użytkowników świadomych decyzji[452].

---

[449] Konsultacje społeczne dotyczące brytyjskiej ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych z 2021 r.; Explanatory Notes relate to the Digital Markets, Competition and Consumers Bill as introduced in the House of Commons on 25 April 2023 (Bill 294), https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0294/en/220294en.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.).

[450] Niektóre z omawianych środków mają jednak na celu umożliwienie konkurencji również na rynku, na przykład poprzez zapewnienie dostępu do zbiorów danych lub zapewnienie przejrzystości, aby umożliwić konsumentom dokonywanie świadomych wyborów.

[451] Ze względu na strukturalne bariery wejścia i dynamikę rynków cyfrowych, w której „zwycięzca bierze wszystko", przedsiębiorcy wykorzystujący model platform internetowych mają tendencję do konkurowania o rynek.

[452] Zob. szerzej: A. Szmigielski, *Regulacja nieuczciwych i nietransparentnych praktyk handlowych w relacji między użytkownikami biznesowymi a platformami – znaczenie prawa antymonopolowego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2020, nr 9, s. 46-56.

4.2.2. Cele DMA

Zgodnie z art. 1 ust 1. DMA celem tego aktu prawnego jest przyczynienie się do prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez ustanowienie zharmonizowanych przepisów służących zapewnieniu wszystkim przedsiębiorstwom kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym w całej Unii, na których działają strażnicy dostępu, z korzyścią dla użytkowników biznesowych i użytkowników końcowych. DMA ma na celu: (i) zaradzenie niedoskonałościom rynków cyfrowych, aby zagwarantować konkurencyjność (kontekstualność) rynków cyfrowych, a przez to innowacyjność i większy wybór dla konsumentów (ii) zapobieganie nieuczciwym zachowaniem strażników dostępu (iii) zwiększenie spójności i pewności prawa, a przez to rozwój rynku wewnętrznego.

Tabela 4 – przyczyny i cele interwencji na gruncie DMA

Źródła problemów	Problemy	Specyficzne cele	Cel generalny
Zależności ekonomiczne i siła przetargowa niektórych operatorów platform internetowych	Nieuczciwe praktyki biznesowe operatorów platform względem użytkowników	Zapobieganie nieuczciwym zachowaniem strażników dostępu	Zapewnienie rozwoju rynku wewnętrznego poprzez rozwój konkurencji na rynkach cyfrowych (poprzez zapewnienie kontestowanych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym)
Bariery wejścia na rynki cyfrowe	Niska kontekstualność rynków cyfrowych oraz niekonkurencyjna struktura konkurencji (lub ryzyko powstania takiej niekonkurencyjnej struktury rynku)	Zagwarantowanie kontekstualności (otwartości) rynków cyfrowych	
Fragmentaryczności regulacji oraz nadzoru na rynkach cyfrowych w państwach członkowskich UE	Brak pewności prawnej dla uczestników rynków cyfrowych	Zwiększenie spójności i pewności prawa	

Źródło: opracowanie własne na podstawie: Komisja Europejska, *Ocena skutków towarzysząca wnioskowi z 15 grudnia 2020 r. dotyczącemu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kwestionowanych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych)*, SWD/2020/363 final, s. 18-26.

Zgodnie z motywem 10 DMA, cele prawa konkurencji i rozporządzenia są odmienne. DMA służy osiągnięciu celu, który ma charakter uzupełniający, lecz różny od celu polegającego na ochronie niezakłóconej konkurencji na danym rynku, określonego w prawie konkurencji. DMA służy zapewnieniu, aby rynki, na których działają strażnicy dostępu, były i pozostały kontestowalne i uczciwe, niezależnie od faktycznych, prawdopodobnych lub domniemanych skutków zachowania danego strażnika dostępu dla konkurencji na danym rynku.

Motywy 32 i 33 DMA podkreślają, że pojęcie „kontestowalność" odnosi się do zdolności przedsiębiorstw do skutecznego pokonywania barier wejścia i rozwoju oraz do kwestionowania

pozycji strażnika dostępu, a uczciwość dotyczy sytuacji braku równowagi między prawami a obowiązkami użytkowników biznesowych, w której to sytuacji strażnik dostępu uzyskuje nieproporcjonalną przewagę. Obowiązki nakładane na strażników dostępu zmierzają do zwiększenia pewności prawa użytkowników biznesowych, zapewnienia im sprawiedliwego traktowania, osiągnięcie konkurencji na platformie oraz umożliwienia wejścia na rynki potencjalnym konkurentom.

Rozporządzenie DMA koncentruje się na praktykach, które zwiększają bariery wejścia lub ekspansji na rynkach cyfrowych i nakłada obowiązki, które mają tendencję do obniżania tych barier, a także zakazuje „nieuczciwych" praktyk, które zmniejszałyby sporność („kontestowalność") rynków cyfrowych. Kontestowalność rynków cyfrowych jest więc ograniczona zarówno przez cechy tych rynków, jak również przez same działania strażników dostępu. Na przykład brak *multi-homingu* (zdolności użytkowników biznesowych i użytkowników końcowych do zmiany lub do korzystania z wielu platform) może wynikać z faktu, że użytkownicy wolą skoncentrować swoje działania na jednej platformie, ale może to również wynikać z właściwości umownych lub technicznych wybranych przez obecną platformę w wyraźnym celu ograniczenia konkurencji. W pierwszym zakresie, rozporządzenie DMA zawiera obowiązki zmierzające do korygowania zawodności rynków (np. obowiązki odnośnie do interoperacyjności). W drugim zakresie, prawodawca unijny wskazał na obowiązki zmierzające do zakazu „nieuczciwych praktyk", zmniejszających „kontestowalność" rynków cyfrowych. (np. obowiązki odnośnie do zakazu faworyzowania własnych produktów lub usług)[453].

Pojęcie „uczciwość", zgodnie z motywem 33 DMA, odnosi się do sytuacji, w której występuje brak równowagi między prawami a obowiązkami użytkowników biznesowych, gdy w warunkach tych strażnicy dostępu uzyskują nieproporcjonalną przewagę nad uczestnikami rynku (użytkownikami usług platformowych oraz innymi przedsiębiorstwami). W doktrynie wskazuje się, że na gruncie rozporządzenia DMA „uczciwość" oznacza organizację działalności gospodarczej na korzyść użytkowników w taki sposób, aby otrzymywali oni sprawiedliwe nagrody za swój wkład w dobrobyt gospodarczy i społeczny, oraz aby

[453] G. Materna, A. Szmigielski, *Komentarz do art. 1 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 678.

przedsiębiorstwa (użytkownicy biznesowi) nie były ograniczane w swojej zdolności do rywalizacji[454].

DMA zawiera liczne odniesienia do uczciwej konkurencji lub samej uczciwości, w tym już w swoim tytule („*rozporządzenie w sprawie (...) uczciwych rynków w sektorze cyfrowym*"). W szczególności, zgodnie z motywem 4, kluczowe cechy dostawców platform podstawowych, czyli „strażników dostępu" prowadzą do braku równowagi siły przetargowej, a tym samym do „nieuczciwych praktyk i warunków dla użytkowników biznesowych". W motywie 5 zauważono: „*Sprawiedliwsze i bardziej sprawiedliwe warunki dla wszystkich podmiotów w sektorze cyfrowym umożliwiłyby im większe wykorzystanie potencjału wzrostu gospodarki platform*". DMA wyróżnia jako problematyczne usługi, które charakteryzują się wielostronnym pośrednictwem między użytkownikami biznesowymi a końcowymi, w rękach „*jednej z nielicznych dużych platform cyfrowych*", która dyktuje „*warunki handlowe ze znaczną autonomią*". W DMA zauważono, że strażnicy dostępu „*działają jako bramy umożliwiające użytkownikom biznesowym dotarcie do ich klientów*" oraz „*nadużywają swojej pozycji strażnika poprzez nieuczciwe zachowania wobec zależnych ekonomicznie użytkowników biznesowych i klientów*".

Ekonomia platformy, scharakteryzowana w rozdziale I niniejszej rozprawy, według założeń na których opiera się rozporządzenie DMA, może prowadzić do „niesprawiedliwych" wyników, w których użytkownicy nie są nagradzani za swój wkład w sukces platformy. „Nieuczciwe wyniki" w tym kontekście mogą oznaczać, że niektórzy użytkownicy, którzy przyczyniają się do sukcesu platformy (np. tworzą wartościową treść, przyciągają nowych użytkowników, generują przychody itd.), nie otrzymują adekwatnej rekompensaty za swój wkład[455].

4.2.3. Cele krajowych regulacji rynków cyfrowych

Celem 10. nowelizacji niemieckiej ustawy o ograniczeniach konkurencji (GWB), która wprowadziła regulacje rynków cyfrowych, było dostosowanie przepisów dotyczących

[454] J. Crémer, G.S. Crawford, D. Dinielli, A. Fletcher, P. Heidhues, M. Schnitzer, F.M. Scott Morton, K. Seim, *Fairness and Contestability in the Digital Markets Act*, "Yale Journal on Regulation" 2023, nr 40, s. 108-109, https://www.yalejreg.com/wp-content/uploads/DRAFT_Fairness-and-Contestability.pdf (17.11.2023 r.).

[455] Zgodnie z założeniami, na których opiera się rozporządzenie DMA, wiele przedsiębiorstw jest coraz bardziej zależnych od strażników dostępu, co w wielu przypadkach prowadzi do poważnych nierówności w ich sile negocjacyjnej i, w konsekwencji, nieuczciwych praktyk. Skutkiem tego jest powstanie niekorzystnych warunków dla użytkowników biznesowych, które nie byłyby osiągalne w normalnych okolicznościach. Takie nierówności w siłach negocjacyjnych, połączone z ekonomicznym uzależnieniem wielu użytkowników biznesowych i klientów od „strażników dostępu", pozwalają tym ostatnim uzyskać warunki, które nie byłyby dostępne w przypadku dobrze funkcjonujących i konkurencyjnych rynków; KE, *Commission staff working document impact assessment report accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, SWD/2020/363 final, s. 7-8.

nadużywania pozycji dominującej do wyzwań związanych z ochroną konkurencji w gospodarce cyfrowej. Te zmiany były odpowiedzią na dynamiczny rozwój gospodarki cyfrowej i szybki wzrost dużych platform cyfrowych. Niemiecka ustawa stała się prekursorem na arenie międzynarodowej, ponieważ w dniu jej wejścia w życie, 19 stycznia 2021 r., proces legislacyjny na szczeblu europejskim dotyczący omawianych narzędzi znajdował się jeszcze w fazie wstępnej[456]. Wprowadzone nowe narzędzia umożliwiają Bundeskartellamt, niemieckiemu organowi ochrony konkurencji, szybsze reagowanie na potencjalne nadużycia oraz maja pozwolić na wcześniejsze zapobieganie niektórym rodzajom zachowań ze strony wielkich przedsiębiorstw technologicznych działających na rynkach cyfrowych.

Brytyjski system prokonkurencyjny ma na celu „*wspieranie interesów konsumentów i obywateli na rynkach cyfrowych poprzez promowanie konkurencji i innowacji*"[457]. Na pierwszy rzut oka sprawia to wrażenie celu prawnego w pełni zgodnego z celem brytyjskiego prawa konkurencji, tj. ochroną procesu konkurencyjnego w interesie dobrobytu konsumentów. Jednakże deklarowany cel wspierania konkurencji implikuje aktywną interwencję mającą na celu usunięcie barier wejścia i wykracza poza cel, jakim jest „zwykła" ochrona konkurencji przed zakłóceniami. Co więcej, we wszystkich propozycjach CMA można także znaleźć częste odniesienia do celu, jakim jest zapewnienie „uczciwej konkurencji" czy „uczciwego handlu". Trzy szczegółowe cele mające na celu określenie prokonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców to: (i) uczciwy handel; (ii) otwarty wybór oraz (iii) zaufanie i przejrzystość[458].

Pierwszy z celów odnosi się do relacji B2B i ma celu uczciwe traktowanie użytkowników biznesowych przez przedsiębiorców mających status SMS oraz zapobieganie praktyk polegających na eksploatacji tych użytkowników. Drugi z celów odnosi się do tego, aby użytkownicy nie napotykali żadnych barier w swobodnym i łatwym wyborze między usługami świadczonymi przez przedsiębiorców o statusie SMS oraz innymi operatorami platform. Ma to na celu zapobieganie postępowaniom wykluczającemu, np. utrwalaniu, ochronie lub rozszerzaniu siły rynkowej. Trzeci cel odnosi się do tego, aby użytkownicy otrzymywali jasne i istotne informacje, aby zrozumieć, jakie usługi świadczą przedsiębiorcy o statusie SMS, ułatwiające podejmowanie świadomych decyzji odnoszących się do interakcji z tym

[456] Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 19.01.2021 r., https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html (data dostępu: 18.11.2023 r.).
[457] Konsultacje społeczne dotyczące brytyjskiej ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych z 2021 r.
[458] *Ibidem.*

operatorem. Ma to na celu promowanie świadomych i skutecznych wyborów przez użytkowników[459].

4.3. Publicznoprawny model wdrażania regulacji *ex ante* rynków cyfrowych

O ile obok właściwych organów krajowych Komisja może bezpośrednio egzekwować unijne prawo konkurencji[460], o tyle unijne regulacje gospodarcze są zwykle egzekwowane przez państwa członkowskie. Większość systemów regulacji sektorowej wymaga, aby państwa członkowskie utworzyły specjalny krajowy organ regulacyjny odpowiedzialny za wdrażanie i egzekwowanie przepisów[461]. Na płaszczyźnie instytucjonalnej trzeba rozstrzygnąć przy tym kwestię, czy stosowanie w określonym sektorze regulacji lub reguł konkurencji powinno być powierzone zupełnie różnym kategoriom organów[462], czy też może – alternatywnie – obie te grupy norm prawnych powinny być w odniesieniu do określonego sektora stosowane przez jeden i ten sam organ[463].

Biorąc pod uwagę znaczenie skutecznego i spójnego stosowania regulacji gospodarczych na całym rynku wewnętrznym, prawo UE zasadniczo określa wymogi instytucjonalne dla tych krajowych organów regulacyjnych – w szczególności w zakresie niezależności, odpowiedzialności, wiedzy specjalistycznej, gwarancji proceduralnych i uprawnień – a przestrzeganie tych wymogów jest ściśle egzekwowane przez Trybunał Sprawiedliwości[464]. Aby zagwarantować spójne stosowanie prawa UE i pewien stopień koordynacji między krajowymi organami regulacyjnymi, unijne systemy regulacji sektorowych często ustanawiają

---

[459] Konsultacje społeczne dotyczące brytyjskiej ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych z 2021 r.

[460] Jest to wyjątkiem w szerszym kontekście prawa administracyjnego UE, gdzie model administracyjny UE ma charakter pośredni, tj. spoczywa na krajowych organach administarcyjnych. Zob. szerzej: A. Szmigielski, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez organy administracji publicznej* [w:] R. Grzeszczak, A. Szczerba-Zawada (red.), *Prawo administracyjne Unii Europejskiej*, Warszawa 2016, s. 357 i nast.

[461] Stanowi to wyjątek od zasady autonomii instytucjonalnej, zgodnie z którą państwa członkowskie mają możliwość swobodnego wyboru organów rządowych, samorządowych, czy nawet prywatnych, które będą wykonywać obowiązki unijne, oraz wyposażenia ich w odpowiednie kompetencje. Swoboda ta nie jest całkowita i jest ograniczana przez akty prawa unijnego – tam, gdzie istnieje regulacja unijna, nie ma autonomii, lecz obowiązuje zasada pierwszeństwa. K. Kiczka, *Administracja gospodarcza w warunkach Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2015, nr 3661, s. 306; N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 53-54. Przykładowo, model zdecentralizowany, w którym egzekwowanie przepisów odbywa się przez organy państwa członkowskiego, gdzie przedsiębiorstwo świadczy regulowane usługi, dotyczy prawa telekomunikacyjnego (art. 5 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej, Dz. U. z 17.12.2018, L 321/36, s. 36-214) oraz prawa energetycznego (art. 57 ust. 1 dyrektywy Parlamentu europejskiego i Rady 2019/944 z dnia 5.06.2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniająca dyrektywę 2012/27/UE, Dz. U. z 14.6.2019, L 158/125, s. 125-199). Zob. szerzej: G. Monti, A. de Streel, *Report. Improving EU Institutional Design to Better Supervise Digital Platforms*, CERRE 2022, s. 16; W. Szydło, *Polskie organy regulacji sektorowej jako instytucje prawa prywatnego*, Wrocław 2019, s. 16-20.

[462] Przykładowo, prawo konkurencji stosowane przez ogólne organy ochrony konkurencji, regulacja sektorowa zaś przez specjalne organy regulacyjne.

[463] Rozwiązanie takie zostało przyjęte w Wielkiej Brytanii, gdzie regulatorzy sektorowi stosują reguły konkurencji w ramach właściwości swojego sektora.

[464] G. Monti, A. de Streel, *Report. Improving EU Institutional Design to Better Supervise Digital Platforms*, CERRE 2022, s. 16.

forum dla krajowych organów regulacyjnych na szczeblu UE, na przykład w formie sieci lub agencji[465]. Ogólnie rzecz biorąc, Komisja odgrywa bardzo aktywną rolę w tych sieciach. Co więcej, w niektórych przypadkach decyzje krajowych organów regulacyjnych podlegają przeglądowi lub nawet zawetowaniu na poziomie europejskim przez Komisję lub forum na szczeblu UE.

W wyjątkowych przypadkach regulacje gospodarcze UE mogą być egzekwowane bezpośrednio przez agencje lub organy na szczeblu UE. Dotyczy to w szczególności nadzoru finansowego nad bankami, który sprawuje EBC w ramach Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego[466]. W innych sektorach agencja UE składająca się z sieci krajowych organów regulacyjnych może również posiadać bezpośrednie, ale ograniczone uprawnienia wykonawcze w sprawach mających wymiar transgraniczny[467].

4.3.1. Model egzekwowania Rozporządzenia P2B

Rozporządzenie P2B nie wymaga publicznoprawnego egzekwowania tego aktu prawnego ani nie zobowiązuje państw członkowskich do ustanawiania właściwych organów odpowiedzialnych za egzekwowanie przedmiotowych przepisów, w tym nakładanie kar pieniężnych za stwierdzone naruszenia[468]. Skuteczność prawa nie zależy jednak wyłącznie od ustanowienia dobrych regulacji (które same w sobie mogą być rozwiązaniem tylko „na papierze"), ale również wymaga odpowiedniego egzekwowania przepisów. Z tego względu, art. 15 Rozporządzenie P2B nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia właściwego i skutecznego egzekwowania przedmiotowych przepisów, w tym ustanowienia skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających środków[469].

---

[465] *Ibidem*, s. 20-21. Zob. szerzej: M. Błachucki, *Ponadnarodowe sieci organów administracji publicznej oraz ich wpływ krajowy porządek prawny*, Warszawa 2019.

[466] W skład Jednolitego Mechanizmu Nadzorczego wchodzi Europejski Bank Centralny (EBC) i odpowiednie organy nadzorcze państw uczestniczących (tj. państw członkowskich strefy euro i państw, które zdecydowały się na podjęcie tzw. „bliskiej współpracy"). Rozporządzenie Rady nr 1024/2013 z 15.10.2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi, Dz. U. z 29.10.2013, L 287/63, s. 63-89.

[467] Przykładem może być BEREC, Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (ang. (Body of European Regulators for Electronic Communications) ustanowiony rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1971 z 11.12.2018 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Agencję Wsparcia BEREC (Urząd BEREC), zmieniające rozporządzenie (UE) 2015/2120 oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1211/2009, D. Urz. z 17.12.2018, L 321/1, s. 1-35. W art. 4 ww. rozporządzenia wskazano zadania regulacyjne BEREC.

[468] Mechanizm egzekwowania przepisów dotyczących zakazów „nieuczciwych" praktyk zidentyfikowanych w Rozporządzeniu P2B może opierać się na: (i) prywatnoprawnym egzekwowaniu zakazów określonych praktyk przez sądy krajowe; (ii) publicznoprawnym egzekwowaniu przedmiotowych zakazów przez organy administracyjne, które mogą mieć różne uprawnienia dochodzeniowo-sankcyjne, (iii) wewnętrznych mechanizmach rozpatrywania sporów oraz samoregulacji (tj. kodeksach postępowania przyjętych przez przedsiębiorców z własnej inicjatywy).

[469] M. Grochowski, *Komentarz do art. 15 Rozporządzenia platform-to-business*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 1270.

Samo prywatnoprawne egzekwowanie zakazów określonych praktyk operatorów platform internetowych może okazać się nieskuteczne, ponieważ słabsza strona umowy (użytkownik biznesowy) może obawiać się odwetu ze strony silniejszej strony umowy (operatora platformy), jeśli wniesie sprawę do sądu[470]. Sądy krajowe mogą nie mieć z kolei zdolności instytucjonalnej, aby samodzielnie rozwiązywać skomplikowane problemy wymagające fachowej wiedzy o charakterze ekonomicznym[471].

W czerwcu 2023 r. 15 państw członkowskich wdrożyło mechanizm egzekwowania Rozporządzenia P2B za pośrednictwem organu publicznego[472]. Przykładowo, we Włoszech organem odpowiedzialnym za egzekwowanie tych przepisów jest AGCOM (regulator ds. łączności). Mechanizm sankcji mający zastosowanie w przypadku naruszenia nakazów lub ostrzeżeń wydanych przez ten organ egzekwującego przepisy Rozporządzeniu jest taki sam, za naruszenia dotyczące pozycji dominującej[473]. W Danii Urząd ds. Konkurencji i Konsumentów egzekwuje rozporządzenie P2B. Organ ten może zająć się sprawą z własnej inicjatywy lub na podstawie skargi. W celu egzekwowania przepisów Rozporządzenia P2B może żądać od przedsiębiorców wszelkich informacji (w tym dotyczących algorytmów i innych elektronicznych mechanizmów rankingowych). Organ duński w celu egzekwowania przepisów rozporządzenia może wydawać decyzje skierowane do operatorów platform (dostawców usług pośrednictwa internetowego) m.in. odnośnie do zmiany regulaminów oraz zapewnienia przejrzystości w opisie najważniejszych parametrów rankingowych, a także nakładać dzienne lub tygodniowe kary pieniężne za niedostosowania się do tych decyzji[474]. W Rumunii Rozporządzenie P2B jest egzekwowane za pomocą specjalnej grupy zadaniowej ds. cyfrowych w ramach Rady Konkurencji (rumuńskiego organu ochrony konkurencji). Ta grupa jest odpowiedzialna za odbieranie i analizowanie zawiadomień o podejrzeniu naruszeń obowiązków zawartych w Rozporządzeniu P2B, przeprowadzanie dochodzeń w przypadku podejrzeń o naruszenie Rozporządzenia P2B. Rumuński organ ochrony konkurencji ma

[470] A. de Streel, *Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission* Proposal, 2018, s. 16, https://ssrn.com/abstract=3248723 (data dostępu: 15.11.2023 r.).
[471] Sądy cywilne, koncentrujące się na rozwiązywaniu sporów prywatnych, są zazwyczaj nieprzygotowane, aby radzić sobie z szerszymi negatywnymi skutkami systemowymi, wynikającymi z przedmiotowych praktyk. Bez ustanowienia publicznoprawnego egzekwowania zakazów praktyk operatorów platform internetowych przedsiębiorcy ci mogą nie mieć również wystarczającej motywacji, aby wprowadzić skuteczne mechanizmy samoregulacji.
[472] KE, *Study on evaluation of the Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (the P2B Regulation) – Final report, Publications Office of the European Union*, Bruksela 2023, s. 146.
[473] Zob.: https://www.agcom.it/platform-to-business.
[474] Ustawa nr 740 z 30.05.2020 r. o wykonaniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie promowania uczciwości i przejrzystości dla użytkowników usług pośrednictwa internetowego (Lov om håndhævelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om fremme af retfærdighed og gennemsigtighed for brugere af onlineformidlingstjenester), https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2020/740#idbae12daf-1abc-450c-a1ee-d07b7035f22f (data dostępu: 20.12.2023 r.).

również kompetencje do nakładania kar finansowych, które mogą wynieść do 1% całkowitego obrotu zaangażowanych w naruszenie przedsiębiorców[475].

4.3.2. Model instytucjonalny oraz egzekwowanie przepisów DMA

Na poziomie instytucjonalnym DMA obejmuje scentralizowany model egzekwowania prawa na poziomie UE[476]. Komisja jest odpowiedzialna za egzekwowanie przepisów DMA mających zastosowanie do strażników dostępu. Rola państw członkowskich i ich organów krajowych jest bardziej ograniczona niż w innych obszarach prawa gospodarczego UE. Komisja ma uprawnienia do wydawania decyzji o kwalifikacji podmiotu jako strażnika dostępu, nakładania obowiązków i zakazów oraz nakładania kar pieniężnych za naruszenie DMA. Komisja może również prowadzić dochodzenia w celu ustalenia, czy istnieją nowe usługi lub praktyki strażników dostępu, które wymagają interwencji. Państwa członkowskie i ich organy krajowe wspierają Komisję w wykonywaniu jej zadań, w szczególności poprzez udostępnianie informacji i współpracę w dochodzeniach[477]. Tam, gdzie prawo krajowe na to pozwala, krajowe organy ochrony konkurencji mogą, z własnej inicjatywy lub na żądanie Komisji, prowadzić dochodzenia dotyczące potencjalnego nieprzestrzegania obowiązków przez strażników dostępu na swoim terytorium (art. 38 ust 7 DMA).

Procedury zawarte w DMA są wyraźnie inspirowane na Rozporządzeniem 1/2003, które definiuje uprawnienia Komisji w zakresie egzekwowania prawa konkurencji[478]. DMA czerpie również inspirację z prawa konkurencji w kwestii sankcji[479].

---

[475] Rozporządzenie nr 23 z 31.03.2021 r., w sprawie działań mających na celu wykonanie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1.150 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie promowania uczciwości i przejrzystości dla przedsiębiorców korzystających z usług pośrednictwa internetowego oraz o zmianie i uzupełnieniu Prawa konkurencji (ORDONANȚĂ nr. 23 din 31 martie 2021 privind măsurile de punere în aplicare a Regulamentului 2019/1.150 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 iunie 2019 privind promovarea echității și a transparenței pentru întreprinderile utilizatoare de servicii de intermediere online, precum și pentru modificarea și completarea); https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/240385 (data dostępu: 20.12.2023 r.).

[476] Poszczególni autorzy podkreślili, że przełomową innowacją DMA jest umieszczenie Komisji w centrum jej projektu instytucjonalnego: przedstawienie jej jako paneuropejskiego regulatora dla dużych cyfrowych strażników i wybór modelu 'centralizowanego' egzekwowania na poziomie UE. A. Tzanaki, J. Nowag, *The Institutional Framework of the DMA: From Hybrid to Mature?*, [w:] Ch. Ahlborn, P. I. Colomo, W. Leslie (red.), *The Law and Economics of the Digital Markets Act*, 2023, https://ssrn.com/abstract=4574518.

[477] Chociaż Komisja jest jedynym organem egzekwującym DMA i ma wyłączną odpowiedzialność za prowadzenie postępowań i wydawanie decyzji, krajowe organy antymonopolowe państw członkowskich mają szereg uprawnień, które przyczynią się do skutecznej i efektywnej egzekwowania tego rozporządzenia. W szczególności, organy te mogą wspierać Komisję poprzez zbieranie informacji, dostarczanie Komisji specyficznej wiedzy specjalistycznej i pomagać Komisji w jej zadaniach zapewnienia przestrzegania DMA.

[478] Możliwość Komisji do przeprowadzania badań rynkowych (artykuły 16-19 DMA) silnie nawiązuje do artykułu 17 Rozporządzenia 1/2003. Tak samo, uprawnienia do zbierania dowodów, jak na przykład wnioski o informacje (artykuł 21 DMA), przeprowadzanie wywiadów (artykuł 22 DMA) czy realizowanie inspekcji (artykuł 23 DMA), mają wiele wspólnego z ich odpowiednikami w prawie konkurencji (artykuły 18, 19 i 20 Rozporządzenia 1/2003).

[479] Komisja posiada kompetencje do stosowania środków tymczasowych, jednak w ściśle określonych warunkach (artykuł 24 DMA). Dodatkowo, Komisja ma prawo do nakładania decyzji o niewypełnianiu obowiązków DMA, grzywien oraz kar pieniężnych (artykuły 29, 30 i 31 DMA). Te przepisy są bardzo zbliżone do artykułów 10, 23 i 24 Rozporządzenia 1/2003.

4.3.3. Krajowe modele instytucjonalne oraz egzekwowanie regulacji rynków cyfrowych

Wiele jurysdykcji, w których rozważano potrzebę regulacji platform internetowych zmieniła swoje prawo konkurencji, przyznając organom ochrony konkurencji uprawnienia regulacyjne. Jednakże niektóre państwa zdecydowały się oddzielić regulację od prawa konkurencji (na przykład Japonia)[480].

W niektórych państwach istniejący organ antymonopolowy jest odpowiedzialny za egzekwowanie regulacji rynków cyfrowych. W związku z tym nowe przepisy nie wymagają wyraźnie tworzenia nowej jednostki w ramach organu antymonopolowego ani ustanawiania nowego organu. Jest to model przyjęty w Niemczech[481] oraz proponowany we Włoszech[482] i we Francji[483], gdzie obecnie sformułowane przepisy odnoszą się jedynie do krajowego organu antymonopolowego bez dalszych specyfikacji czy wymagań[484].

W innym modelu, specjalistyczna jednostka lub organ jest tworzony w ramach oddzielnego organu niż organ ochrony konkurencji lub w ramach specjalnej (nowej jednostki) istniejącej w ramach organu ds. konkurencji. DMU została założona w ramach CMA w kwietniu 2021 roku, aby skupić się na operacjonalizacji i przygotowywaniu się do nowego reżimu, gdy wejdzie on w życie. Aby zachęcić do współpracy władze o różnych kompetencjach w zakresie regulacji rynków cyfrowych, Wielka Brytania utworzyła również Forum Współpracy w zakresie Regulacji Cyfrowej (DRCF). Wielka Brytania utworzyła również Forum Współpracy w zakresie Regulacji Cyfrowej, w skład którego wchodzi Urząd ds. Konkurencji i Rynków, ale także Urząd Komisarza ds. Informacji, Urząd ds. Komunikacji (Ofcom) oraz Urząd ds. Nadzoru Finansowego. Ma to na celu zachęcenie regulatorów do uwzględniania szerszego ekosystemu regulacyjnego, a nie tylko skupiania się na własnych, węższych obowiązkach, podczas zajmowania się ekosystemami cyfrowymi.

Zob. szerzej: G. Materna, *Komentarz do art. 30 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 1005 i nast.

[480] OECD, *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021, s. 29-30.

[481] Sekcja 19a GWB.

[482] AGCM, Raport na temat propozycji reform konkurencyjnych (wł. *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*) (art 3*bis*), https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGGE%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf (data dostępu: 15.11.2023 r.).

[483] Francuski projekt ustawy z 19.02.2020 r. pt. „Wolny wybór konsumentów w cyberprzestrzeni" (*fr.Libre choix du consommateur dans le cyberespace*), https://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl19-048.html (data dostępu: 15.11.2023 r.).

[484] OECD, *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021, s. 29-30.

4.4. Konkluzje

Obserwuje się rosnącą rolę regulacji prawnej i ekonomicznej rynków cyfrowych, które mają na celu wzmacnianie prawa konkurencji i radzenie sobie z wyzwaniami, które tradycyjne prawo konkurencji nie jest w stanie efektywnie rozwiązać. W jurysdykcjach na całym świecie przyjmują różnorodne podejścia regulacyjne, często opierając się na doświadczeniach wynikających z prawa konkurencji, ale rozszerzają te podejścia o dodatkowe aspekty, takie jak sprawiedliwość i przejrzystość. W Unii Europejskiej oraz w takich krajach jak Niemcy, Wielka Brytania i Włochy, istnieje zgoda co do konieczności wdrożenia regulacji *ex ante* rynków cyfrowych, mającej na celu ochronę ich otwartości i możliwości konkurencyjnych.

W 2019 roku przyjęto w Unii Rozporządzenie P2B, które stanowi pierwszy etap sektorowej regulacji platform internetowych. Rozporządzenie to skupia się na uczciwym i przejrzystym traktowaniu użytkowników biznesowych, wprowadzając ogólne zasady, ale nie narzucając szczegółowych zakazów, co odzwierciedla elastyczność i adaptację do dynamicznie zmieniającego się środowiska cyfrowego. Kluczowym instrumentem regulacji rynków w Unii jest jednak Akt o rynkach cyfrowych. DMA charakteryzuje się unikatowymi cechami i opiera się na scentralizowanym modelu egzekwowania prawa, z Komisją Europejską jako głównym organem egzekwującym. Dodatkowo, na poziomie UE rozważano wprowadzenie badań rynkowych i NCT, które miałyby umożliwić holistyczną ocenę i poprawę funkcjonowania rynków cyfrowych, koncentrując się na problemach strukturalnych. Propozycja ta nie została ostatecznie przyjęta i wdrożona w prawodawstwie UE.

Na poziomie krajowym, Niemcy i Wielka Brytania podjęły inicjatywy w celu rozwiązania wyzwań związanych z ochroną konkurencji w gospodarce cyfrowej. Niemcy wprowadziły nowelizację niemieckiej ustawy antymonopolowej, wprowadzając art. 19a GWB a Wielka Brytania utworzyła Digital Markets Unit w ramach CMA, mającą na celu nadzorowanie nowego reżimu regulacyjnego dla największych operatorów platform internetowych.

Cele regulacji *ex ante* rynków cyfrowych koncentrują się na zapewnieniu skutecznego i sprawiedliwego funkcjonowania tych rynków. W szczególności, dążą one do zajęcia się problemami strukturalnymi rynków cyfrowych, które mogą uniemożliwiać wejście na rynek i ekspansję nowych graczy, wspierając tym samym zarówno konkurencję na rynku, jak i konkurencję o rynek.

Model publicznoprawny wdrażania regulacji *ex ante* rynków cyfrowych przewidziany w DMA różni się od innych regulacji gospodarczych w UE. Tradycyjnie w przypadku regulacji

gospodarczych UE, wymagane jest, aby państwa członkowskie ustanowiły specjalne krajowe organy regulacyjne, odpowiedzialne za wdrażanie i egzekwowanie przepisów[485]. DMA wdraża natomiast scentralizowany model, w którym Komisja odgrywa kluczową rolę. W tym modelu, KE ma uprawnienia do bezpośredniego egzekwowania DMA w zakresie nadzoru nad działaniami „strażników dostępu" na rynkach cyfrowych.

[485] Prawo UE określa wymogi instytucjonalne dla tych krajowych organów regulacyjnych, w szczególności w zakresie niezależności, odpowiedzialności, wiedzy specjalistycznej, gwarancji proceduralnych i uprawnień naprawczych, a ich przestrzeganie jest ściśle egzekwowane przez Trybunał Sprawiedliwości.

ROZDZIAŁ III.
PORÓWNANIE INTERWENCJI ANTYMONOPOLOWEJ (*EX POST*) I REGULACYJNEJ (*EX ANTE*) NA RYNKACH CYFROWYCH

Rozdział ten skupia się na porównaniu interwencji antymonopolowej (ex *post*) i regulacyjnej (*ex ante*), biorąc pod uwagę instrumenty prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych w kontekście kontroli wykorzystywania i rozszerzania siły rynkowej przez operatorów platform internetowych. Analiza obejmuje zakres podmiotowy i przedmiotowy rynków cyfrowych w prawie konkurencji oraz w regulacji rynków cyfrowych, a także relację między regulacją (*ex ante*) a prawem antymonopolowym (*ex post*), ich komplementarny i subsydiarny charakter, oraz konsekwencje stosowania regulacji rynków cyfrowych. Dodatkowo, rozpatrywane są kwestie naruszenia regulacji sektorowej z perspektywy prawa konkurencji oraz mechanizm koordynacji postępowań określony w DMA. Główne pytania badawcze tego rozdziału dotyczą kluczowych różnic i podobieństw między obiema formami interwencji oraz instrumentów i metod stosowanych do kontroli działań operatorów platform internetowych.

1. Instrumenty prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych dotyczące kontroli wykorzystywania i rozszerzania siły rynkowej operatorów platform internetowych

Analiza różnic i podobieństw między interwencjami antymonopolowymi (*ex post*) a regulacyjnymi (*ex ante*) na rynkach cyfrowych stanowi kluczowy element zrozumienia współczesnych wyzwań regulacyjnych. W tym kontekście istotne jest uwzględnienie zarówno zakresu podmiotowego, jak i metod stosowania tych regulacji. Szczegółowe badanie różnych podejść do regulacji rynków cyfrowych w UE, Wielkiej Brytanii i Niemczech[486] ujawnia, jak te jurysdykcje dostosowują swoje systemy regulacyjne do dynamicznie zmieniających się warunków rynkowych. Istotne jest zrozumienie, w jaki sposób definicje „platform" i „rynków cyfrowych" wpływają na zakres podmiotowy regulacji w różnych systemach prawnych, a także jak nowe podejścia, takie jak DMA, wpisują się w szerszy kontekst regulacji i prawa konkurencji.

[486] W ramach przeprowadzonej analizy wskazane zostaną również propozycje regulacji innych państw, lecz nie będą one przedmiotem tak dogłębnych analiz jak przepisy niemieckieczy brytyjskie.

W przedmiotowym punkcie analizie poddany zostanie zakres podmiotowy i przedmiotowy poszczególnych regulacji rynków cyfrowych w odniesieniu do przepisów prawa konkurencji.

1.1. Rynki cyfrowe i ich zakres podmiotowy w świetle prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych

Rozumienie zakresu podmiotowego „rynków cyfrowych" [487] jest istotne w kontekście prawidłowej interwencji na tych rynkach. Prawo konkurencji, w tym zakaz nadużywania pozycji dominującej, ma zastosowanie horyzontalne do działalności gospodarczej przedsiębiorstw, bez względu na sektor gospodarki, w jakim działają. Oparte jest ono na wyznaczaniu rynku właściwego oraz określeniu siły rynkowej przedsiębiorcy[488]. W odniesieniu do nowych i innowacyjnych modeli biznesowych jest to czasochłonny i pracochłonny proces związany z uwzględnieniem specyficznych okoliczności badanej sprawy, w tym odpowiedniego kontekstu ekonomicznego[489].

Co do zasady określanie konkretnego właściwego rynku odbywa się odrębnie w każdej sprawie antymonopolowej[490], dotyczącej badanych domniemanych naruszeń reguł konkurencji, nawet w przypadkach gdy sprawy te dotyczą tych samych przedsiębiorców[491]. Chociaż może się wydawać, że analizując konkretnego przedsiębiorcę lub sektor gospodarczy, np. rynek cyfrowy, w wielu sprawach będzie on identyczny, to nie jest to jednak regułą. Każda sprawa antymonopolowa zazwyczaj dotyczy różnych okoliczności faktycznych, które mogą wpływać na definiowanie właściwego rynku. W zależności od specyfiki analizowanej praktyki oraz analizowanej teorii szkody, sposób definiowania rynku właściwego może się różnić. Ponadto

---

[487] Tj. zakresu działalności gospodarczej wykorzystującej model biznesowy platform internetowych lub działalności cyfrowej.
[488] Zgodnie z motywem 5 DMA zakres stosowania art. 101 i 102 TFUE ogranicza się do niektórych przypadków władzy rynkowej, na przykład dominacji na określonych rynkach oraz zachowania antykonkurencyjnego, a ich egzekwowanie następuje *ex post* i wymaga dogłębnego zbadania w każdym przypadku z osobna często bardzo złożonego stanu faktycznego. W motywie 10 DMA wskazano, że stosowanie tych przepisów opiera się na zindywidualizowanej ocenie pozycji rynkowych i zachowań rynkowych, w tym ich rzeczywistych lub potencjalnych skutków i dokładnego zakresu zabronionego zachowania. Przepisy te przewidują możliwość przedstawiania przez przedsiębiorców argumentów dotyczących wydajności i obiektywnego uzasadnienia danego zachowania.
[489] Organ antymonopolowy nie jest związany z konkretnym terminem w procesie badania, czy dany przedsiębiorca jest adresatem art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.), a zatem czy posiada pozycję dominująca na rynku właściwym.
[490] Należy jednak wskazać, że w orzecznictwie unijnym przyjęto, że obowiązek określenia rynku właściwego w kontekście stosowania art. 101 TFUE występuje jedynie, gdy bez zdefiniowania takiego rynku niemożliwe jest stwierdzenie, czy rozpatrywane porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskim oraz czy ich celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego. Zob.: wyroki Sądu z: 16.09.2013 r. w sprawie T-396/10, *Zucchetti Rubinetteria SpA przeciwko Komisji*, EU:T:2013:446; 25.10.2005 r. w sprawie T-38/02, *Groupe Danone przeciwko Komisji*, EU:T:2005:367; 15.09.1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T 375/94, T-384/94 oraz T-388/94, *European Night Services i inni przeciwko Komisji* Europejskiej, EU:T:1998:198; wyrok Sądu Unii Europejskiej z 6.07.2000 r. w sprawie T-62/98, Volkswagen przeciwko Komisji, EU:T:2000:180.
[491] Niezależnie od tego ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na organie, a przyjęta ocena i ustalenia faktyczne musi odbywać się na podstawie jasnych i spójnych dowodach oraz rzetelnej analizie ekonomicznej.

nawet w przypadku analizy tych samych przedsiębiorców, istotne jest uwzględnienie, że mogą oni działać w różnych segmentach rynku, oferując różnorodne produkty lub usługi.

Sprawy dotyczące nadużycia pozycji dominującej są nieodłącznie uzależnione od ustalenia istnienia pozycji dominującej zajmowanej przez danego przedsiębiorcę. Aby ocenić, czy dane zachowanie może stanowić nadużywanie pozycji dominującej, w rozumieniu art. 102 TFUE oraz krajowych odpowiednikach tego przepisu (w tym art. 9 u.o.k.k.), organ antymonopolowy musi ustalić, czy dany podmiot jest adresatem zakazu nadużywania tej pozycji, a więc czy posiada on status przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą. W tym celu, w pierwszym etapie należy (i) zbadać, czy podmiot ma status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 102 TFUE (art. 4 pkt 1 u.o.k.k.); (ii) wyznaczyć rynek właściwy, na którym działa ten przedsiębiorca; a następnie (iii) określić jego siłę rynkową na tym rynku. Aby danemu przedsiębiorcy można było przypisać pozycję dominującą, musi on posiadać siłę rynkową o charakterze kwalifikowanym – umożliwiającą mu zachowywanie się na rynku w dostatecznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i klientów.

Wyznaczenie rynku właściwego oraz określenie siły rynkowej danego przedsiębiorcy jest niezbędne, aby w ogóle móc stwierdzić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednostronną praktyką stanowiącą nadużycie pozycji dominującej[492]. Aby ocenić siłę rynkową danego operatora platformy internetowej lub kontrolowanego przez niego ekosystemu, należy obliczyć udział rynkowy tego przedsiębiorcy na rynku właściwym. Jednakże, w przypadku specyficznych cech platform internatowych udział rynkowy musi być badany w szerszej perspektywie, tj. w odniesieniu do badania zawodności tego rynku, w tym bariery wejścia na dany rynek (zob. pkt I.1.1.1 pracy doktorskiej)[493].

Określenie zakresu podmiotowego dla interwencji *ex ante* wymaga zastosowania bardziej precyzyjnego i uproszczonego podejścia w porównania do podejścia stosowanego w prawie konkurencji. Powinno ono umożliwiać równoważenie dokładnego zdefiniowania działalności gospodarczej oraz siły rynkowej danego przedsiębiorcy w kontekście tej działalności, np. jego zdolności do negatywnego wpływania na strukturę rynku, z szybkością i efektywnością interwencji. Z tego względu, w poszczególnych raportach eksperckich podkreślono, że w

[492] Na marginesie należy wskazać, że wyznaczenie rynku właściwego nie jest konieczne dla każdej sprawy antymonopolowej. Zob.: J. Polański, *Rynki nierelewantne*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2023, nr 5, s. 38-55. Podobnie KE wskazała, że nie definiuje ona zazwyczaj rynku właściwego przy ocenie porozumień, których celem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, takich jak porozumienia kartelowe, i nie jest do tego zobowiązana. Zob.: Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 9.
[493] Determinuje to siłę rynkową danego przedsiębiorcy oraz możliwość pojawienia się potencjalnej konkurencji.

kontekście rynków cyfrowych należy położyć mniejszy nacisk na analizę definicji rynku, a większy na teorię szkody oraz identyfikację strategii antykonkurencyjnych. Zamiast skupiać się na próbach precyzyjnego określenia rynku, regulatorzy powinni koncentrować się na tym, jakie konkretne praktyki mogą szkodzić konkurencji i konsumentom[494].

1.1.1. Rynek właściwy dotyczący modeli biznesowych platform internetowych

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 cen. Tak szerokie ujęcie rynku nie jest jednak przydatne w prawie konkurencji[495]. Zdefiniowanie rynku właściwego stanowi jeden z dwóch głównych etapów ustalania pozycji dominującej w kontekście art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.)[496]. Istotne jest zatem, aby definicja rynku została odpowiednio przeprowadzona, aby zapobiec błędnemu stosowaniu i nieprawidłowym ustaleniom dotyczącym art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.). Przeprowadzenie tego badania w przypadku platform internetowych wymaga dodatkowej ostrożności ze względu na wyzwania, jakie niesie ze sobą ich dwu- lub wielostronny charakter (zob. pkt I.2.1.1 pracy doktorskiej).

Koncepcja rynku właściwego stanowi narzędzie analityczne służące weryfikowaniu, czy w kontekście określonej teorii szkody może dochodzić do zakłócenia konkurencji. Podstawowym celem definicji rynku nie jest przedstawienie listy produktów substytucyjnych, ale wyznaczenie obszaru efektywnej konkurencji oraz określenie i wyznaczenie granic konkurencji między przedsiębiorcami[497]. Określenie rynku właściwego nie może jednak pozostawać oderwane od charakteru badanej praktyki oraz rzeczywistych działań przedsiębiorców[498]. Badanie w tym celu nie może ograniczać się wyłącznie do obiektywnych cech właściwych produktów i usług, ale należy również wziąć pod uwagę warunki konkurencji oraz strukturę podaży i popytu na rynku[499].

Rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku,

---

[494] J. Crémer, Y.-A. de Montjoye H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era* (2019), s. 3-4, https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf (data dostępu: 14.01.2023).
[495] A. Szmigielski, *Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2016, nr 6, s. 198.
[496] R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 94.
[497] V. Robertson, *Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems*, "Concurrences" 2021, nr 2, s. 5.
[498] Zob.: decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2020 r. w sprawie DOK-6/2020, *Kluby fitness*, s. 153.
[499] Wyrok Sądu z 15.12.2010 r. w sprawie T-427/08, *CEAHR przeciwko Komisji*, EU:T:2010:517, pkt 67.

preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji[500]. Definicja rynku właściwego wyznacza dwa jego wymiary: wymiar towarowy (rynek właściwy produktowo) i wymiar geograficzny (rynek właściwy terytorialnie)[501]. Rynek właściwy wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru (usługi) na określonym terytorium geograficznym. Określenie rynku właściwego wynika w szczególności z istnienia presji konkurencyjnej doświadczanej przez przedsiębiorców ze względu na substytucyjność popytu, substytucyjność podaży oraz potencjalną konkurencję.

Odrębność produktów lub usług do celów zdefiniowania rynku właściwego musi być oceniana przez odniesienie do popytu. Czynniki, które należy wziąć pod uwagę obejmują m.in. charakter i cechy techniczne danych produktów lub usług; historię rozwoju danych produktów lub usług; a także praktyki handlowej przedsiębiorcy [502] . Fakt istnienia na rynku niezależnych przedsiębiorców specjalizujących się w danym produkcie lub usłudze może stanowić „poważny dowód" istnienia odrębnego rynku dla tego produktu lub usługi[503]. Różnice w cechach produktu same w sobie nie są jednak wystarczające, aby wykluczyć zastępowalność popytu, ponieważ będzie to w dużej mierze zależeć od tego, jak klienci cenią różne cechy tych produktów[504]. Substytucja po stronie podaży ma miejsce, gdy dostawcy są w stanie przestawić produkcję na odpowiednie produkty i wprowadzać je na rynek w krótkim okresie bez ponoszenia znacznych dodatkowych kosztów lub ryzyka w odpowiedzi na niewielkie i trwałe zmiany cen względnych[505]. Odnośnie do badania potencjalnej konkurencji, w razie potrzeby analizę tę przeprowadza się dopiero na kolejnym etapie badania rynku właściwego, po ustaleniu już pozycji zaangażowanych przedsiębiorców na określonych rynkach właściwych, w sytuacji gdy taka pozycja budzi wątpliwości z punktu widzenia reguł konkurencji[506].

Jednym z najbardziej znanych i najpowszechniej stosowanych narzędzi ekonomicznych pozwalających wyznaczyć rynek właściwy jest tzw. test SSNIP (ang. *Small but Significant Non-*

---

[500] KE, *Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji*, Dz. U. z 9.12.1997, C 372, s. 5-13 (dalej: „**Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji z 1997 r.**"); art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Natomiast pod pojęciem towaru należy rozumieć, zgodnie z art. 4 pkt 7 u.o.k.k., zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

[501] *Ibidem*. Rynek właściwy (relewantny) to połączenie rynku produktowego (asortymentowego) oraz rynku geograficznego (terytorialnego)

[502] Wyrok Sądu w sprawie T-201/04, *Microsoft przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289, pkt 925.

[503] Wyrok Sądu w sprawie T-201/04, *Microsoft przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289, pkt 927.

[504] Zob. np. decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 211-212.

[505] Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji z 1997 r., pkt 20; Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 29.

[506] Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji z 1997 r., pkt 24.

transitory Increase in Price, tj. niewielki, jednak istotny i nieprzejściowy wzrost ceny). Zgodnie z pkt 17 ww. obwieszczenia Komisji sens tego testu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, jak zmienia się popyt na dobro B, gdy cena dobra A nieznacznie, lecz stale wzrasta. Zgodnie z obwieszczeniem KE 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 substytucyjny. W teście SSNIP opłacalność niewielkiego, ale znaczącego, nieprzejściowego wzrostu ceny jest badana dla każdego potencjalnego rynku. Jeśli SSNIP nie byłby opłacalny, zakres potencjalnego (pierwotnie badanego) rynku jest rozszerzany, a test jest ponownie przeprowadzany do szerszego rynku. Gdy SSNIP jest rentowny, potencjalny (badany) rynek jest identyfikowany jako rynek właściwy. Niemniej jednak w doktrynie podkreśla się, że test SSNIP należy stosować z dużą ostrożnością, aby uniknąć tzw. błędu celofanowego[507].

Próba wyznaczenia rynku produktowego, na którym działają operatorzy platform internetowych, wiąże się z dwoma kluczowymi problemami. Po pierwsze, należy ustalić, który z rynków dwustronnych powinien być decydujący w jego wyznaczaniu. Alternatywnie, rozważa się, czy oba te rynki mają charakter równoważny i czy w związku z tym powinny być badane holistycznie ze względu na specyfikę funkcjonowania rynku dwustronnego. Po drugie, pojawia się kwestia, jak wąsko lub szeroko należy definiować rynki poszczególnych stron danej platformy internetowej. Platformy te obsługują co najmniej dwie odrębne grupy klientów, ułatwiając interakcję między nimi. Dlatego też, przy ocenie siły rynkowej platformy internetowej, co wymaga zdefiniowania rynku właściwego, konieczne jest ustalenie, czy te grupy klientów należą do jednego rynku właściwego, czy też do wielu rynków właściwych. Po podjęciu decyzji w tej sprawie, należy dokładnie określić zakres rynku właściwego na podstawie oceny substytucyjności pomiędzy daną usługą cyfrową oferowaną za pośrednictwem platformy internetowej (cyfrowego ekosystemu) a jej najbliższymi konkurentami.

1.1.1.1. Podejście jedno- i wielorynkowe

W kontekście platform dwu- lub wielostronnych ocena rynków właściwych może przebiegać na dwa różne sposoby: (i) przez zdefiniowanie tylu rynków właściwych, ile jest stron platformy (podejście wielorynkowe), lub (ii) przez zdefiniowanie jednolitego rynku, na którym oferowane są usługi pośrednictwa dla różnych stron platformy (podejście oparte na jednolitym rynku).

[507] A. Szmigielski, *Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2016, nr 6, s. 199-200.

Niektórzy autorzy, na przykład L. Filistrucchi, D. Gerardin i E. van Damme, wskazali, że w przypadku platform transakcyjnych należy zdefiniować tylko jeden rynek, natomiast w przypadku dwustronnych platform nietransakcyjnych powinno się zdefiniować dwa ze sobą powiązane rynki. W tej perspektywie produktem jest sama transakcja, będąca tym samym produktem oferowanym każdej ze stron [508]. Podejście jednorynkowe dla platform transakcyjnych zostało zatwierdzone przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *Amex przeciwko Ohio*[509]. Sąd ten uznał, że rynkiem właściwym są karty kredytowe, obejmujące zarówno stronę sprzedawców, jak i użytkowników.

Praktyka decyzyjna organów antymonopolowych na rynkach cyfrowych wskazuje, że kwestię definiowania jednego czy dwóch rynków w przypadku internetowych rynków dwustronnych należy rozstrzygać indywidualnie dla każdego przypadku. Decyzja ta zależy od tego, czy sprawa dotyczy platform transakcyjnych czy nietransakcyjnych [510]. Przykładowo, Bundeskartellamt stał na stanowisku, że w przypadku platform dopasowujących (zob. pkt I.2.1.1.2 pracy doktorskiej), gdzie połączenie dwóch grup użytkowników jest faktycznym „produktem" oferowanym przez platformę, zasadnym może być zdefiniowanie tylko jednego rynku (podejście jednorynkowe)[511]. Rozdzielenie dwóch stron platformy „rozdarłoby" produkt platformy dopasowującej i zniweczyłoby w ten sposób cel operatora platformy, a także nie uwzględniłoby w wystarczającym stopniu dwustronnych pozytywnych pośrednich efektów sieciowych typowych dla tego rodzaju platformy (zob. pkt I.2.1.1.1 pracy doktorskiej)[512]. Przy ocenie koncentracji na rynkach dwustronnych w sprawie *Elite Partner* Bundeskartellamt założył, że usługi kojarzenia oferowane przez serwisy randkowe należy zdefiniować jako usługę należące do tego samego rynku produktowego i że nie należy wyznaczać oddzielnych rynków właściwych względem różnych stron platformy internetowej, czyli oddzielne usługi agencyjne dla kobiet i dla mężczyzn[513]. Podobnie, w sprawie koncentracji internetowych

[508] L. Filistrucchi, D. Gerardin, E. van Damme. *Identifying Two-Sided Markets*, "Dipartimento di Scienze Economiche Università degli Studi di Firenze. Working Paper Series" 2012, nr 1; OECD 2018, s. 12-13.
[509] Wyrok SN Stanów Zjednoczonych z 25.06.2018 r. w sprawie 585 U.S., *Ohio v. American Express Co*.
[510] Raport ICN, s. 11.
[511] Raport Bundeskartellamt nt. siły platform, s. 5.
[512] *Ibidem,* s. 5-6.
[513] Bundeskartellamt uważa, że możliwe jest zdefiniowanie rynku bez rozróżnienia między różnymi stronami rynku, jeżeli perspektywa obu grup użytkowników w odniesieniu do zastępowalność jest zasadniczo identyczna. Zob.: decyzja Bundeskartellamt z 22.10.2015 r. w sprawie B6-57/15, *Elite Partner*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2016/B6-57-15.pdf;jsessionid=41A2F438B04497B761EE73D05B38F91A.2_cid387?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023).

platform sprzedaży nieruchomości o charakterze transakcyjnym Bundeskartellamt przyjął podejście jednorynkowe i uznał, że rynek właściwy obejmuje dwie strony platformy[514].

Typologia platform, rozróżniająca platformy transakcyjne od nietransakcyjnych, może być niewystarczająca jako jedno kryterium do zdefiniowania właściwych rynków. Jest to spowodowane przede wszystkim ignorowaniem charakteru i siły efektów sieciowych. Dlatego, mimo że niektóre krajowe organy ochrony konkurencji przywiązują do tego czynnika znaczną wagę, typ platformy nie jest powszechnie akceptowany jako jedyne ważne kryterium. To oznacza, że nie zawsze można na jego podstawie jednoznacznie określić, czy w przypadku platform dwu- lub wielostronnych należy zdefiniować jeden, czy wiele rynków właściwych[515]. Przy wyborze odpowiedniego podejścia, jednorynkowego czy wielorynkowego, organy antymonopolowe biorą również pod uwagę teorię szkody, czyli czy dany aspekt zachowania operatora platformy wpływa w szczególności na dwie czy jedną stronę platformy. Rozważają również, czy warunki konkurencji, na przykład ilość dostępnych alternatyw, są tożsame czy różne po obu stronach platformy[516].

Zgodnie z wielorynkowym podejściem do definicji rynku właściwego, praktyka decyzyjna europejskich organów antymonopolowych, w tym Komisji Europejskiej, polegała na wyznaczaniu oddzielnych rynków właściwych dla każdej grupy użytkowników platformy internetowej i uwzględnieniu wzajemnych zależności między nimi w dalszej analizie antymonopolowej[517]. Z tej perspektywy punktem wyjścia jest założenie, że rynek właściwy obejmuje zbiór produktów, które są wystarczająco bliskimi substytutami.

Na tej podstawie, w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej, Komisja Europejska do tej pory definiowała strony platformy jako odrębne rynki, wyznaczając jako rynek właściwy tę stronę platformy, która była istotna dla zidentyfikowanej teorii szkody w konkretnym przypadku, bez konieczności określania rynku po drugiej stronie platformy. Na przykład w sprawie *Google Shopping*[518] Komisja Europejska określiła rynek właściwy dla wyszukiwania ogólnego, ale nie uznała za konieczne zdefiniowania rynku po drugiej stronie

---

[514] Celem internetowych platform sprzedaży nieruchomości jest zbliżenie do siebie dwóch stron (dostawców nieruchomości i osób poszukujących nieruchomości). Decyzja Bundeskartellamt z 20.04.2015 r. w sprawie B6-39/15, *internetowe platformy sprzedaży nieruchomości*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2015/B6-39-15.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023).

[515] Raport KE nt. wyznaczania rynku właściwego, s. 50

[516] CMA, *Merger Assessment Guidelines (2021)*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1051823/MAGs_for_publication_2021_--_.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), pkt 4.24.

[517] Raport ICN, s. 11.

[518] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*.

platformy – świadczenia usług dla reklamodawców. Wyodrębniając usługi porównywania cen od usług platform handlu elektronicznego z punktu widzenia popytu, Komisja nie przyjęła jednego rynku usług pośrednictwa internetowego oferowanych dwóm grupom użytkowników. Zamiast tego Komisja dokonała rozróżnienia między perspektywą użytkowników (konsumentów) oraz perspektywą sprzedawców internetowych oraz podała odrębne powody, dla których zakłada, że usługi porównywarki cen oraz platformy handlu elektronicznego służą innym celom.

Powyższe podejście KE potwierdziła z swoim zawiadomieniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., wskazując, że w przypadku platform dwustronnych (wielostronnych) może ona zdefiniować właściwy rynek produktowy w odniesieniu do produktów oferowanych przez platformę jako całość, w sposób obejmujący wszystkie grupy użytkowników (lub wiele takich grup), lub może zdefiniować odrębne (aczkolwiek powiązane) właściwe rynki produktowe w odniesieniu do produktów oferowanych po każdej stronie platformy. W ocenie KE, w zależności od okoliczności sprawy bardziej odpowiednie może być zdefiniowanie odrębnych rynków, gdy istnieją znaczne różnice w zakresie możliwości substytucji po poszczególnych stronach platformy. Aby ocenić, czy takie różnice istnieją, Komisja może wziąć pod uwagę takie czynniki, jak to, czy przedsiębiorcy oferujący produkty substytucyjne dla każdej grupy użytkowników różnią się między sobą, stopień zróżnicowania produktów po każdej stronie (lub postrzeganie go przez każdą grupę użytkowników), czynniki behawioralne, takie jak decyzje o korzystaniu z platform podejmowane przez każdą grupę użytkowników[519] oraz charakter platformy (na przykład czy jest to platforma transakcyjna czy platforma dopasowująca). Komisja uwzględnia, w stosownych przypadkach, pośrednie efekty sieciowe między grupami użytkowników po różnych stronach platformy[520].

W sprawie *Allegro*[521] Prezes UOKiK przyjął podejście wielorynkowe w stosunku do działalności platform handlu elektronicznego i zdefiniował rynek właściwy jako usługi pośrednictwa w sprzedaży internetowej między przedsiębiorcami a klientami indywidualnymi, oferowanych sprzedawcom na platformach handlu elektronicznego. W ocenie Prezesa UOKiK,

[519] Jak wskazano w przypisie 131 zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., chodzi tu o decyzję użytkowników o korzystaniu z jednej platformy w przypadku danego produktu (ang. *single-homing*) lub o korzystaniu z wielu platform równolegle w przypadku tego samego produktu (ang. *multi-homing*). W niektórych przypadkach takie decyzje użytkowników po jednej stronie platformy wpływają na dostępne alternatywy interakcji z tymi użytkownikami przez użytkowników po innych stronach platformy, a tym samym na możliwości substytucji po tych innych stronach platformy.
[520] Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 95.
[521] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*.

popyt i potrzeby klientów platformy należących do różnych grup są odmienne. Sprzedawcy korzystający z platformy są zainteresowani dotarciem do konsumentów, natomiast kupujący poszukują towarów oferowanych na możliwie korzystnych warunkach. Prezes UOKiK uwzględnił jednak wzajemne zależności istniejące między dwoma stronami Allegro [522]. Podobnie rynek właściwy zdefiniował włoski organ antymonopolowy (AGCM) w sprawie *usług logistycznych Amazon*[523], a także Komisja Europejska w sprawie *Amazon Marketplace*[524] oraz *Amazon Buy Box*[525]. W sprawach tych organy zdefiniowały rynek właściwy z perspektywy usług świadczonych przez Amazon dla profesjonalnych sprzedawców. Zdefiniowany przez te organy rynek właściwy nie obejmował usług świadczonych użytkownikom końcowym – kupującym.

Doświadczenie organów antymonopolowych w zakresie rynków cyfrowych pokazuje, że towary lub usługi oferowane po jednej stronie platformy zazwyczaj nie są substytutami tych oferowanych po drugiej stronie, a poziom cen i ich struktura po każdej stronie różnią się. Wynika to z faktu, że strony działające na różnych stronach platformy zwykle nie mają zbieżnych interesów, a żadna z nich nie ponosi pełnych kosztów, czyli sumy cen pobieranych od każdej ze stron [526]. Ponadto, z perspektywy użytkowników, stopień substytucyjności platform dwu- lub wielostronnych jako całości może znacznie różnić się od stopnia substytucyjności produktów lub usług oferowanych po każdej ze stron. Innymi słowy, presja konkurencyjna wywierana na całą platformę i na poszczególne strony platformy może być bardzo różna. Co jednak istotne, również z perspektywy art. 102 TFUE, w sprawie *MasterCard* rozpatrywanej na gruncie art. 101 TFUE Sąd odrzucił pogląd skarżących, zgodnie z którym istniał tylko jeden rynek produktowy, a mianowicie rynek, na którym systemy kart płatniczych świadczyły jedną usługę oferowaną zarówno posiadaczom kart, jak i akceptantom i na którym rywalizowali oni ze sobą oraz ze wszystkimi innymi formami płatności[527]. Jak wyjaśnił Sąd,

---

[522] W szczególności Prezes UOKiK zauważył, że krańcowe pośrednie efekty sieciowe na platformie Allegro są niewielkie. Z punktu widzenia kupujących liczba sprzedawców oferujących ten sam produkt na platformie Allegro przestała być istotna i jej niewielkie zmiany przestały wpływać na decyzje kupujących o korzystaniu z tej platformy, ponieważ każdy dodatkowy sprzedawca nie zwiększał w jakikolwiek istotny sposób szerokości asortymentu dostępnego za pośrednictwem platformy Allegro, ani też konkurencji między działającymi na niej sprzedawcami. W związku z powyższym, analizując w kontekście definicji rynku właściwego możliwe reakcje sprzedających na zmiany warunków oferowanych przez Allegro, w ocenie Prezesa UOKiK nie było konieczne analizowanie efektów pośrednich (tj. reakcji sprzedających na reakcję kupujących na pierwotną reakcję sprzedających na zmianę warunków sprzedaży produktów na Allegro). Platforma osiągnęła już bowiem „krytyczną wielkość" – wzrost liczby sprzedawców nie powodował już poszerzenia się asortymentu, na który pojawiał się popyt.

[523] Decyzja AGCM z 3.10.2022 r. w sprawie A528, *Amazon*, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_chiusura%20istruttoria.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.) (dalej: „**Decyzja AGCM w sprawie *Amazon***").

[524] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych nr AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box.*

[525] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych nr AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box*.

[526] W przypadku gdy użytkownicy po różnych stronach platformy są niejednorodni, skutki podwyższenia pełnej ceny nie ma charakteru informacyjnego dla każdej ze stron.

[527] Wyrok Sądu z 24.05.2012 r. w sprawie T-111/08, *MasterCard*, EU:T:2012:260, pkt 174-177.

efekty sieciowe między dwiema grupami użytkowników muszą być brane pod uwagę przy ocenie, czy ograniczenia systemu płatności dotyczące wydawania kart należy uznać za ograniczenie konkurencji [528]. Niezależnie od przyjęcia podejścia jednorynkowego czy wielorynkowego, przy definiowaniu rynku właściwego należy uwzględniać efekty sieciowe występujące między poszczególnymi stronami platformy internetowej.

W związku z tym, niezależnie od tego, czy rynki, na których funkcjonują dane platformy internetowe, są definiowane jako całość (zgodnie z podejściem jednorynkowym) czy osobno dla każdej strony rynku (zgodnie z podejściem wielorynkowym), należy przeprowadzić oddzielną analizę rynków po obu stronach platformy. Należy również uwzględnić współzależności między obiema stronami platformy (grupami użytkowników), takie jak pośrednie efekty sieciowe oraz wszystkie siły konkurencyjne działające po każdej „stronie" platformy. Czynniki brane pod uwagę przez organy antymonopolowe, oprócz typologii platformy, powinny obejmować możliwe alternatywy (substytuty) dostępne dla klientów oraz jednorodność popytu po każdej stronie platformy. Istotny jest również zakres konkurencji między platformami a ich jednostronnymi konkurentami[529].

1.1.1.2. Rynki produktowe o zerowej cenie (*zero-price market*)

W literaturze podkreśla się, że definicja rynku właściwego w kontekście zerowych cen (patrz pkt I.1.1.2 pracy doktorskiej) wiąże się z szeregiem wyzwań. Po pierwsze, pojawia się pytanie, czy istnieją rynki właściwe, na których ceny po jednej stronie platformy wynoszą zero. Po drugie, w przypadku istnienia takich rynków, pojawia się kwestia, jak je zdefiniować i jakich narzędzi należy użyć w tym celu. W doktrynie nie ma jednomyślności co do sposobów rozwiązania tych problemów[530].

Prawidłowe zdefiniowanie rynku, zgodnie z obowiązującymi normami prawa konkurencji, wymaga istnienia podaży i popytu na produkt lub usługę. W związku z tym pojawiają się wątpliwości, czy zbieranie danych osobowych użytkowników przez dostawców platform internetowych stanowi „wymianę gospodarczą"[531]. Zgodnie z regułą „brak płatności, brak rynku", zastosowaną m.in. przez niemiecki sąd w 2015 r., darmowe usługi oferowane przez

[528] Wyrok TS z 11.09.2014 r. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, pkt 77-79.
[529] Raport KE nt. wyznaczania rynku właściwego, s. 50-51.
[530] S. M. Gal, D. L. Rubinfeld, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, „Antitrust Law Journal" 2016, nr 3; J. M. Newman, *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*, "Washington University Law Review" 2016, nr 1; D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Free*, "Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics" 2011, nr 555.
[531] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 80.

platformy internetowe nie były postrzegane jako rynki w rozumieniu przepisów prawa konkurencji[532]. Twierdzenie to przesądzało z kolei o braku naruszenia konkurencji, ponieważ przedsiębiorcy zawsze prowadzą działalność i rywalizują między sobą na jakimś konkretnym rynku. Podobnie część badaczy uważała, że prawo konkurencji nie ma zastosowania do „darmowych usług" internetowych jak np. media społecznościowe[533]. Zgodnie z logiką, że bez cen rynki nie istnieją, kontrola prawa konkurencji nie byłaby konieczna na tych rynkach.

Jednakże zgodnie z orzecznictwem sądów unijnych fakt, że produkt lub usługa jest świadczona „bezpłatnie", nie stoi na przeszkodzie temu, by oferowanie takiej usługi stanowiło działalność gospodarczą w rozumieniu reguł konkurencji określonych w TFUE[534]. W decyzji w sprawie koncentracji Facebook i WhatsApp Komisja zbadała kilka rynków internetowych, w tym sieci społecznościowe (finansowane z reklam), chociaż użytkownicy mogą korzystać praktycznie ze wszystkich oferowanych usług bez żadnej bezpośredniej rekompensaty pieniężnej[535]. Komisja uznała również, że działalność polegająca na oferowaniu usług wyszukiwania ogólnego stanowi działalność gospodarczą, ponieważ internauci, mimo że korzystają z tej usługi „bezpłatnie", akceptują fakt, że operator wyszukiwarki gromadzi ich dane, które może następnie spieniężyć, w szczególności dzięki reklamodawcom, którzy chcą wyświetlać reklamy na stronach wyników wyszukiwania. Zasadniczo na dwustronnych platformach internetowych darmowa usługa dla jednego typu użytkowników (w tym przypadku internautów) może wzmacniać popyt po drugiej stronie platformy, która jest płatna dla innego typu użytkowników (w tym przypadku reklamodawców pragnących dotrzeć do jak największej liczby internautów). Różne usługi internetowych wyszukiwarek ogólnych konkurują ze sobą, starając się przyciągnąć zarówno internautów, jak i reklamodawców poprzez jakość swoich wyszukiwarek.[536]. Fakt, że dany produkt jest dostarczany po zerowej cenie pieniężnej nie oznacza, że nie istnieje rynek właściwy tego produktu[537].

Bundeskartellamt w sprawie *Elite Partner* wskazał, że bezpłatne modele biznesowe muszą zostać uwzględnione w analizie prawa konkurencji i być rozpatrywane w ramach definicji

[532] Orzecznictwo nie uznawało bezpłatnego korzystania z platformy za rynek, ponieważ uznawało obrót pieniężny i ustalanie cen za podstawowe parametry konkurencyjne, bez których rynek nie istniał. Wyższy Sąd Okręgowy w Düsseldorfie potwierdził ten pogląd w odniesieniu do internetowej platformy transakcyjnej – HRS (decyzja Wyższego Sądu Okręgowego z 1.09.2015 r., w Düsseldorfie w sprawie VI Kart 1/14 (V), *HRS*, DE:OLGD:2015:0109.VI.KART1.14V.00). Raport Bundeskartellamt nt. siły platform, s. 6.
[533] M. S. Ferro, *De Gratis Non Curat Lex: Abuse of Dominance in Online Free Services*, "The Competition Law Review" 2017, nr 2, s. 153–170.
[534] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289, pkt 65-74.
[535] Decyzja KS z 03.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*.
[536] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 43.
[537] Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 97.

rynku właściwego. Bundeskartellamt uznał, że użytkownicy po jednej lub obu stronach platformy randkowej mogą nie dokonywać płatności pieniężnych, ale mogą „płacić" operatorowi tej platformy swoją uwagą lub ponoszą koszt alternatywny poprzez wystawienie się na działanie reklam.[538] Wraz ze zmianą niemieckiej ustawy o ograniczeniu konkurencji (GWB), ustawodawca niemiecki w 2017 r. wprowadził przepis uregulowany w § 18 (2a) GWB, zgodnie z którym: „*Założenia istnienia rynku nie podważa fakt, że towar lub usługa są dostarczane nieodpłatnie*". W sprawie Facebooka niemiecki organ ochrony konkurencji uznał, że fakt, iż użytkownicy nie płacą za swoje konta na Facebooku, nie stanowi przeszkody w zdefiniowaniu rynku właściwego o zerowej cenie, czyli rynku sieci społecznościowych dla użytkowników prywatnych w Niemczech[539]. Bundeskartellamt podkreśla, że z ekonomicznego i antymonopolowego punktu widzenia, usługi świadczone bezpłatnie na platformach dla użytkowników (w tym konsumentów) powinny być rozpatrywane jako część rynku w rozumieniu prawa konkurencji, jeśli są one powiązane z grupą użytkowników płacących za tę usługę[540]. Opiera się to na założeniu, że istnieje ścisły związek między działalnością platformy po stronie reklamowej a po stronie użytkowników końcowych. Działania platformy realizują zatem jeden wspólny cel biznesowy, niezależnie od tego, do której strony platformy są one skierowane[541].

1.1.1.3. Substytucyjność usług oferowanych za pośrednictwem platform internetowych

Kluczowym kryterium definiowania rynku jest to, czy konsumenci postrzegają produkty lub usługi jako odpowiednie substytuty lub realne alternatywy. W tradycyjnych branżach rynki są często definiowane wokół produktów fizycznych o podobnych właściwościach, natomiast rynki w ekosystemie cyfrowym zazwyczaj obejmują szeroki zakres usług lub produktów o różnorodnych zastosowaniach, które klienci mogą uważać za substytuty. Tradycyjne granice między produktami i usługami, wyznaczane przez technologie stosowane do ich dostarczania lub produkcji, zaczynają zanikać[542].

---

[538] Decyzja Bundeskartellamt z 22.10.2015 r. w sprawie B6-57/15, *Elite Partner*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2016/B6-57-15.pdf;jsessionid=41A2F438B04497B761EE73D05B38F91A.2_cid387?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023).

[539] Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook*, pkt 238.

[540] Oznacza to, że w ocenie prawnej działalności rynkowej platform cyfrowych, usługi dostępne dla użytkowników bez opłat mogą być traktowane jako część rynku, pod warunkiem, że generują one wartość ekonomiczną poprzez relację z inną grupą użytkowników – tymi, którzy za te usługi płacą.

[541] Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook*, pkt 241.

[542] GSMA, *Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem* (2016), https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report_Oct-2016_60pp_WEBv2.pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 15.

Praktyka decyzyjna organów antymonopolowych wskazuje, że badanie substytucyjności w kontekście platform internetowych skupia się na funkcjonalności danej platformy oraz analizie cech usług oferowanych za jej pośrednictwem [543]. W praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych [544] – przy określaniu rynku produktowego – widać wyraźną tendencję uwzględniania cech funkcjonalnych poszczególnych platform internetowych (w tym usług oferowanych „bezpłatnie"). Według tego podejścia dokonywany jest „podział" poszczególnych usług cyfrowych na rynki, których uczestnicy świadczą określonej kategorii usługi, np. rynek mediów społecznościowych, rynek wyszukiwarek internetowych. Podejście to jest zgodne z założeniem, że o przynależności do rynku właściwego świadczą takie elementy, jak przeznaczenie oraz właściwości danego produktu.

Definiowanie rynku właściwego w odniesieniu do modeli dwustronnych lub wielostronnych platform internetowych wymaga określenia rynku z perspektywy: (i) uczestników platformy poszukujących usługi lub produktu (klientów końcowych), oraz (ii) uczestników oferujących swoje usługi lub produkty za pośrednictwem platformy (użytkowników biznesowych). Należy uwzględnić, że te grupy składają się z różnych rodzajów uczestników – klientów końcowych i użytkowników biznesowych – których opinie na temat substytucyjności i kryteria wpływające na nią mogą się znacząco różnić. Dlatego w kontekście definicji rynku dwustronnego oraz funkcjonowania platformy internetowej, substytucyjność po stronie popytu może być oceniana w odniesieniu do więcej niż jednej grupy klientów. W tym kontekście należy ustalić, czy zapotrzebowanie takich klientów może być łatwo zaspokojone przez inne usługi „nieplatformowe". Na przykład, należy rozważyć, czy zapotrzebowanie użytkowników biznesowych na usługi oferowane przez platformy handlu elektronicznego może być zaspokojone przez internetowych sprzedawców detalicznych (sklepy internetowe).

Użytkownicy biznesowi, którzy oferują swoje usługi lub produkty na platformie, zazwyczaj wykorzystują usługi platformy jako kanał sprzedaży lub narzędzie reklamowe[545]. Zasadniczo usługi świadczone przez operatora platformy dla użytkowników biznesowych nie są bezpłatne – ci użytkownicy są zobowiązani do uiszczenia pewnego rodzaju wynagrodzenia, np. prowizji czy abonamentu. Aby wyznaczyć rynek właściwy z perspektywy tych użytkowników, należy

[543] Analiza praktyki decyzyjnej została szczegółowo omówiona w literaturze, zob.: I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 138-155.
[544] Decyzja KE z: 11.03.2008 r. w sprawie COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*; 3.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*; 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*. Podobnie również: I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 146.
[545] Platformy internetowe, które zapewniają tym uczestnikom funkcje wzajemnego dopasowywania i zawierania transakcji, będą wykorzystywane przez użytkowników biznesowych jako kanał sprzedaży lub dystrybucji, natomiast platformy nietransakcyjne (np. media społecznościowe, wyszukiwarki internetowe) w celach reklamowych.

ustalić, czy będą oni skłonni do zmiany usług oferowanych przez operatora platformy internetowej w przypadku wzrostu opłat. W kontekście oceny zastępowalności między różnymi kanałami sprzedaży lub dystrybucji, ważne jest, aby zauważyć, że usługi oferowane przez operatora platformy internetowej to pośrednictwo w sprzedaży online. Na przykład, platformy handlu elektronicznego oferują niezależnym sprzedawcom usługi pośrednictwa w sprzedaży internetowej, które obejmują: (i) możliwość wystawienia produktów na sprzedaż na platformie, włączając dopasowanie ofert – ułatwiając obu stronom platformy znalezienie się i przeprowadzenie transakcji, oraz (ii) możliwość zawarcia transakcji z konsumentem bezpośrednio na platformie, bez konieczności przekierowywania konsumenta na stronę internetową sprzedawcy[546].

Z perspektywy użytkowników biznesowych, np. producentów lub dostawców, ułatwienie interakcji między stronami platformy – użytkownikami biznesowymi a klientami końcowymi – zapewniane przez model biznesowy transakcyjnych platform internetowych (zob. pkt I.2.1.1.2 pracy doktorskiej) sprawia, że usługi oferowane za pośrednictwem platformy znajdują się na innym etapie łańcucha dostaw w porównaniu z alternatywnymi usługami nieplatformowymi[547]. W sprawie *Allegro* Prezes UOKiK wskazał, że z punktu widzenia użytkowników biznesowych samodzielna sprzedaż (przez własny sklep) i korzystanie z usług platformy handlu elektronicznego nie są zamiennikami; sprzedaż przez własny sklep, co do zasady, nie odbywa się kosztem sprzedaży na platformie i odwrotnie. Z perspektywy sprzedawców, korzystanie z usług oferowanych przez platformy handlu elektronicznego ma charakter uzupełniający, a nie substytucyjny względem samodzielnej sprzedaży internetowej[548]. W sprawach dotyczących platform rezerwacji hoteli, krajowe organy antymonopolowe zdefiniowały rynek właściwy jako usługi pośrednictwa portali hotelowych (rynek portali hotelowych), na który składa się wygodny dla klientów hotelowych pakiet usług „*wyszukaj, porównaj i zarezerwuj*". Do rynku właściwego nie zostały włączone własne strony internetowe hoteli, specjalistyczne portale nieoferujące tego pakietu lub internetowe biura podróży[549].

---

[546] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*, pkt 590.

[547] Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego z 1997 r. (pkt 33) wskazuje, że w danym przypadku można ustanowić odrębne rynki produktowe dla różnych poziomów produkcji lub dystrybucji produktów lub usług.

[548] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*, pkt 608.

[549] Zob. np. decyzja Bundeskartellamt z 22.12.2015 r. w sprawie B9-121/13, *Booking.com*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf;jsessionid=48057680482EE0C34BAEAC1684352FD4.1_cid387?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023), pkt 6.

W kontekście usług przewozowych oraz platform (aplikacji mobilnych) kojarzących pasażerów z kierowcami, włoski organ antymonopolowy (AGCM) stwierdził, że rynek odbioru i rozdziału zleceń na usługi taksówkarskie oparte na aplikacjach, takich jak oferowane przez MyTaxi, bezpośrednio konkurują z usługami świadczonymi przez tradycyjne korporacje taksówkarskie, a zatem należą do tego samego rynku. Obie usługi spełniają tę samą funkcję ekonomiczną – umożliwiają taksówkarzom dostęp do ich usług i zarządzanie popytem na te usługi. Celem każdego dostawcy usług taksówkarskich jest zaspokojenie potrzeb taksówkarzy w zakresie zapewnienia mechanizmu dotarcia do osób potrzebujących przejazdu taksówką. Dlatego AGCM uznał, że kluczowym aspektem oceny powinno być zbadanie relacji między dostawcami usług taksówkarskich a kierowcami-użytkownikami. „Tradycyjne" modele biznesowe oraz modele oparte na platformach internetowych (aplikacjach mobilnych) pozwalają ich użytkownikom osiągnąć ten sam cel: maksymalizację liczby przejazdów podczas pracy. Okoliczność, że usługi te były świadczone albo za pośrednictwem radia i centrum telefonicznego, albo za pomocą aplikacji mobilnej, nie miała wpływu na ustalenia dotyczące rynku właściwego[550]. Podobnie, w odróżnieniu od handlu elektronicznego, w literaturze wskazuje się, że z perspektywy użytkownika końcowego, na przykład konsumenta, różnice w kanałach sprzedaży zasadniczo nie decydują o zaspokojeniu jego zapotrzebowania na produkt lub usługę. Konsument prawdopodobnie nie będzie zwracał uwagi na to, czy produkt jest kupowany bezpośrednio od sprzedawcy internetowego, czy na platformie handlu elektronicznego, pod warunkiem, że otrzymuje te same produkty i warunki transakcji są porównywalne[551].

W odniesieniu do platform nietransakcyjnych (zob. pkt I.2.1.1.2 pracy doktorskiej) niektórzy zauważają, że nawet jeśli usługi oferowane przez operatorów platform internetowych, takich jak YouTube czy Facebook, różnią się od siebie, to mimo to ci przedsiębiorcy konkurują ze sobą o uwagę użytkowników i reklamodawców (tzw. „rynek uwagi")[552]. „Rynek uwagi" definiuje się jako platformę, na której przedsiębiorcy starają się pozyskać uwagę konsumenta, aby następnie sprzedać jej „cząstki" na rynku reklamy, na którym inni przedsiębiorcy konkurują

[550] Decyzja AGCM z 27.06.2018 r. w sprawie nr I801B, *Servizi di prenotazione del trasporto mediante taksówka – Milano,* pkt 22; G. Materna, *Klauzule o zakazie konkurencji jako bariera rozwoju alternatywnych kanałów rezerwacji taksówek w świetle decyzji Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato z 27 czerwca 2018 r. (sprawa I801B, Taxi – Milano),* „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8, s. 154-162.

[551] D. Mândrescu, *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms,* Bodegraven 2022, https://hdl.handle.net/1887/3466333 (data dostępu: 14.01.2023 r.), s. 117.

[552] D. S. Evans, *The Economics of Attention Markets* (2020), https://ssrn.com/abstract=3044858 (data dostępu: 14.01.2023).

o uwagę stanowiącą „towar" o najwyższej wartości[553]. Koncepcja rynku właściwego jako „rynek uwagi" jest jednak zbyt szeroka, a przez to nie jest właściwa z perspektywy praktyki decyzyjnej i orzeczniczej.

Na przykład, w kontekście mediów społecznościowych, Bundeskartellamt w sprawie *Facebooka*[554] zauważył, że istnieje specyficzne zapotrzebowanie na portale społecznościowe, które zasadniczo różni się od zapotrzebowania na inne media społecznościowe. Kluczowym ich zadaniem jest umożliwienie odnajdywania i nawiązywania kontaktów z osobami, które użytkownicy już znają, oraz codzienna wymiana doświadczeń, opinii i treści między wybranymi kontaktami, których tożsamość użytkownicy określają. Dostawcy spełniają to zapotrzebowanie, oferując odpowiednie podstawowe funkcje, które umożliwiają użytkownikom „bogate doświadczenie społecznościowe" [555] . Warto zauważyć, że Bundeskartellamt przyjmuje węższe spojrzenie na rynek niż australijski organ ochrony konkurencji (ACCC), stwierdzając, że LinkedIn działa na innym rynku niż platforma Facebook, a także że Twitter i Snapchat również znajdują się na innych rynkach niż Facebook[556].

W kontekście usług wyszukiwania, organy antymonopolowe zwracały uwagę, że zastępowalność między ogólnymi a specjalistycznymi usługami wyszukiwania jest ograniczona. Wyszukiwanie specjalistyczne koncentruje się na dostarczaniu informacji związanych z konkretnym obszarem specjalizacji. Zazwyczaj oferuje ono pewne funkcje, których nie ma w ogólnych usługach wyszukiwania. Na przykład serwis rezerwacji hoteli może zapewniać własną usługę oceny gwiazdkowej, weryfikację recenzji oraz możliwość dokonania rezerwacji i płatności bezpośrednio z poziomu wyników wyszukiwania[557].

1.1.1.4. Definiowanie rynku produktowego w kontekście cyfrowych ekosystemów

W przypadku ekosystemów cyfrowych ich obszarem konkurencji nie jest pojedynczy rynek produktów, lecz zespół wzajemnie uzupełniających się produktów. W ekosystemach cyfrowych konkurencja może zachodzić zarówno między poszczególnymi ekosystemami, jak i wewnątrz nich (zob. pkt I.3.2 pracy doktorskiej). Ze względu na specyfikę rynków cyfrowych, gdzie

[553] Rynek reklamy charakteryzuje się występowaniem typowych relacji o charakterze pieniężnym, zachodzących pomiędzy brokerami uwagi a reklamodawcami, co uzasadnia dokonywanie jego pomiarów przede wszystkim na podstawie generowanych na nim przychodów. Cechą rynku uwagi jest natomiast brak klasycznej wymiany towarowo-pieniężnej. K. Kanton, J. Łukawski, Sz. Murek, *Rynek uwagi: pojęcie i wyzwania przy antymonopolowej ocenie koncentracji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8, s. 18-19.
[554] Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook*.
[555] *Ibidem*, pkt 249.
[556] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 78; decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook*, pkt 286, 307.
[557] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 64; decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 166.

innowacje, dostęp do danych i zachowania użytkowników mogą odgrywać ważniejszą rolę niż w porównaniu do rynkach offline, konieczne jest prowadzenie analizy antymonopolowej na wielu poziomach i w różnych kierunkach, aby określić możliwe ograniczenia konkurencji. Trudności w zdefiniowaniu rynku wynikają z potrzeby uwzględnienia różnych warstw konkurencji, które występują w realiach rynkowych ekosystemów cyfrowych, aby umożliwić dogłębną analizę konkretnych zachowań rynkowych. Na przykład, warto rozważyć, czy klaster usług cyfrowych, lub pewne kombinacje sprzętu i usług cyfrowych, które nie są wzajemnie zamienne, mogą tworzyć tzw. rynek klastrów cyfrowych, konkurujący jedynie z innymi rynkami klastrów cyfrowych[558]. Brak jest jednoznacznych kryteriów tworzenia takich rynków klastrowych. Pojawia się zatem pytanie, jak i na jakim etapie analizy konkurencja między ekosystemami powinna być uwzględniona w ocenie ich konkurencyjności.

W ekosystemie cyfrowym nadal istotne jest analizowanie poszczególnych, bardziej tradycyjnych rynków właściwych, takich jak konkretne usługi cyfrowe (np. wyszukiwarki, systemy operacyjne). Jednakże, aby uzyskać kompletny obraz, niezbędne jest również uwzględnienie makroekosystemu cyfrowego, który pomaga zrozumieć różne ograniczenia konkurencyjne lub ich brak. Określenie rynku właściwego ma na celu nie tylko zdefiniowanie rzeczywistej natury i zakresu wewnętrznej konkurencji charakterystycznej dla danego rynku[559], ale również zbadanie, czy istnieje zewnętrzna presja konkurencyjna[560] ze strony produktów, usług lub rynków innych niż te, które są przedmiotem analizy[561].

Podstawowe zasady i narzędzia wyznaczania rynku właściwego zachowują swoje zastosowanie w definiowaniu jasnych i przejrzystych ram analizy danego rynku cyfrowego. Niemniej jednak, ich zastosowanie w kontekście cyfrowych ekosystemów może wymagać bardziej szczegółowej analizy, wykraczającej poza tradycyjny podział na rynki, aby dokładniej ocenić panującą na nich konkurencję i pozycję zajmowaną przez konkretne przedsiębiorstwa w aspekcie siły gospodarczej[562].

---

[558] Raport Crémera, s. 48.

[559] Oznacza to zrozumienie, jakie są główne dynamiki konkurencyjne wewnątrz określonego rynku, na przykład w sektorze usług cyfrowych, takich jak wyszukiwarki czy systemy operacyjne. Chodzi tu o analizę, w jaki sposób przedsiębiorcy na tym rynku konkurują ze sobą.

[560] Innymi słowy, jest to analiza, czy istnieją okoliczności zewnętrzne (poza analizowanym rynkiem), które mogą mieć wpływ na konkurencyjność i działanie firm na tym rynku. Przykładów, zamienność i zastępowalność produktów i usług mają oczywiście charakter dynamiczny, gdyż nowa oferta jest w stanie zmienić postrzeganie produktów i usług uważanych za zamienne z produktem lub usługą obecną już na rynku lub za zastępowalne w stosunku do tego produktu lub usługi, i, tym samym, uzasadnić nowe określenie parametrów rynku właściwego.

[561] Wyrok Sądu z 14.09.2022 r. w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 109, 111.

[562] Dotyczy to w szczególności rynków należących do gospodarki cyfrowej, w której tradycyjne parametry takie jak cena produktów lub usług lub udział danego przedsiębiorstwa w rynku mogą mieć mniejsze znaczenie niż mato miejsce w przypadku

W cyfrowym „ekosystemie", który obejmuje i umożliwia interakcje między różnymi kategoriami dostawców, klientów i konsumentów w ramach platformy, produkty lub usługi z poszczególnych rynków właściwych, tworzących ten ekosystem, mogą się pokrywać lub łączyć ze względu na ich komplementarność poziomą lub pionową. Te rynki właściwe, rozpatrywane razem, mogą mieć także wymiar globalny, zarówno z uwagi na system łączący ich elementy, jak i z powodu potencjalnej presji konkurencyjnej działającej w obrębie tego systemu lub pochodzącej z innych systemów[563].

Korzystając z analogii do rynków wtórnych (ang. *aftermarkets*), można zastanowić się, czy poszczególne rynki, takie jak wyszukiwarki czy sklepy z aplikacjami, należy traktować jako rynki wtórne wywodzące się z pierwotnego, kompleksowego ekosystemu cyfrowego[564]. W zależności od ograniczeń konkurencyjnych na danym rynku, możemy wyznaczyć wiele odrębnych rynków lub jeden kompleksowy (systemowy) rynek, biorąc pod uwagę różne teorie szkody[565]. To, co może sprawić, że analogia rynku wtórnego jest szczególnie trafna dla ekosystemów cyfrowych, to fakt, że ekosystem cyfrowy, podobnie jak rynek pierwotny, daje właścicielowi ekosystemu dodatkową kontrolę nad różnymi rynkami poprzez dostarczanie zintegrowanego rozwiązania dla usług, które mogą być również oferowane osobno. Ten sam produkt, np. wyszukiwarka online, może być postrzegany zarówno jako samodzielny produkt konkurujący z innymi wyszukiwarkami w tradycyjnej analizie substytucyjności, jak i jako integralna część kompleksowego ekosystemu cyfrowego. Na przykład, można argumentować, że App Store stanowi rynek wtórny, ponieważ jest on preinstalowany na urządzeniach z systemem iOS, które konsument nabywa, a indywidualne pobieranie, zakupy i transakcje w aplikacjach w App Store odbywają się dopiero na późniejszym etapie. Użytkownicy systemu

klasycznych rynków, w porównaniu z innymi zmiennymi, takimi jak innowacyjność, dostęp do danych, aspekty wielostronne, zachowanie użytkowników lub efekty sieciowe. Wyrok Sądu z 14.09.2022 r. w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 114-115.

[563] Wyrok Sądu z 14.09.2022 r. w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 116.

[564] Rynki wtórne to rynki dostaw produktów lub usług potrzebnych lub używanych razem z tym, co zazwyczaj jest stosunkowo trwałym produktem lub usługą, które zostały już nabyte (np. drukarka i toner). Ten produkt lub usługa jest określany mianem „produktu podstawowego" (stąd jego rynek nazywany jest „rynkiem pierwotnym"). Produkty i usługi komplementarne wykorzystywane w połączeniu z produktem podstawowym określane są jako „produkty wtórne" (a ich rynek nazywany jest „rynkiem wtórnym"). Podobnie, KE wskazała, że: „*Przy rozpatrywaniu ekosystemów (cyfrowych) Komisja może zastosować zasady podobne do tych, które stosuje się do rynków wtórnych, aby zdefiniować właściwy rynek produktowy lub właściwe rynki produktowe*". Zob.: Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 104.

[565] Podobnie KE wskazała, że: „*W pewnych okolicznościach można uznać, że ekosystemy (cyfrowe) składają się z produktu głównego i kilku produktów wtórnych (cyfrowych), których konsumpcja jest związana z produktem głównym, na przykład poprzez powiązania technologiczne lub interoperacyjność*". Zob.: Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 104.

iOS są ograniczeni do swoich urządzeń i nie mają możliwości przejścia na „wtórne" usługi dystrybucji aplikacji oferowane przez inne przedsiębiorstwa[566].

Chociaż to podejście nie oddaje w pełni wszystkich złożonych współzależności występujących w ekosystemach cyfrowych, może ono służyć jako użyteczna podstawa do zastosowania prawa konkurencji [567] . Wynikiem takiej analizy jest wielowarstwowe określenie rynku dla ekosystemów cyfrowych. Każda warstwa konkurencji ma swoje uzasadnienie, ale dopiero ich połączenie daje kompletny obraz badanej sprawy. Wielowarstwowe definiowanie rynku w ekosystemach cyfrowych ma na celu dokładne uchwycenie konkurencyjnej sytuacji tych ekosystemów, co umożliwia skuteczne stosowanie prawa konkurencji. Nawet przy wąskim definiowaniu rynku właściwego, nadal istotne jest uwzględnienie kontekstu rynkowego, a zatem współzależności występujących w ramach cyfrowych ekosystemów. Określenie warunków konkurencji, które są istotne dla oceny pozycji siły ekonomicznej danego przedsiębiorstwa, może zatem wymagać przeprowadzenia analizy na kilku poziomach lub w różnych kierunkach, aby ustalić rzeczywisty charakter i zakres różnych presji konkurencyjnych oddziałujących na to przedsiębiorstwo[568].

Zarówno Google, jak i Apple sprawują kontrolę nad swoimi równie „zamkniętymi" ekosystemami, tworząc dwa równoległe monopole technologiczne w zakresie dystrybucji aplikacji i dotarcia do konsumentów. Użytkownicy są związani z danym ekosystemem ze

[566] Konsumenci, którzy nabyli urządzenie z systemem iOS, nie mają alternatywnych sposobów pobierania i instalowania aplikacji natywnych poza sklepem Apple App Store, ponieważ Apple ściśle kontroluje taką możliwość. Apple nie zezwala na dystrybucję aplikacji natywnych za pośrednictwem alternatywnych sklepów z aplikacjami ani w formie *sideloadingu* aplikacji ze stron internetowych deweloperów. Łamanie mobilnego systemu operacyjnego wymaga zaawansowanych umiejętności hakerskich i stanowi naruszenie umowy licencyjnej użytkownika końcowego oprogramowania iOS. W związku z tym konsumenci nie mają możliwości pobierania i instalowania natywnych aplikacji na urządzenia z systemem iOS w inny sposób niż za pośrednictwem sklepu App Store. Aplikacje internetowe pozwalają na znacznie bardziej ograniczoną funkcjonalność. Aplikacje na Androida lub aplikacje, które zostały opracowane dla alternatywnego inteligentnego mobilnego systemu operacyjnego, są niekompatybilne z urządzeniami z systemem iOS. Dla użytkowników systemu iOS może nie być zatem substytutów względem pobierania i instalowania aplikacji z App Store.

[567] Podobnie, KE stoi na stanowisku, że: „*Jeżeli produkty wtórne (cyfrowe) są oferowane jako pakiet, Komisja może również ocenić, czy ten pakiet może sam w sobie stanowić rynek właściwy. Chociaż nie wszystkie ekosystemy (cyfrowe) pasują do podejścia opartego na rynkach wtórnych lub rynkach produktów pakietowych, Komisja przy definiowaniu właściwego rynku produktowego lub właściwych rynków produktowych uwzględnia w stosownych przypadkach takie czynniki, jak efekty sieciowe, koszty przestawienia się (w tym czynniki mogące prowadzić do uzależnienia klienta od jednego dostawcy) i decyzje o korzystaniu (z jednej platformy lub wielu platform równolegle) w przypadku tego samego produktu*". Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 104.

[568] Wyrok Sądu z 14.09.2022 r. w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 117.

względu na wysokie koszty zmiany, znane jako „ścieżka zależności” [569] . Twórcy oprogramowania są z kolei zmuszeni do tworzenia aplikacji dla obu platform.[570].

1.1.1.5. Zastosowanie testu hipotetycznego monopolisty w kontekście definiowania rynku właściwego platform internetowych

W doktrynie prawnej i ekonomicznej nie ma zgody co do tego, czy i ewentualnie w jakim zakresie test SSNIP powinien mieć zastosowanie do wyznaczania rynku właściwego, na którym działają platformy internetowe. Według niektórych ekspertów, test hipotetycznego monopolisty, znany jako test SSNIP, nadal może być stosowany na cyfrowych rynkach wielostronnych [571] . Na przykład, przy definiowaniu pojedynczego rynku w kontekście działalności platformy internetowej o charakterze transakcyjnym, test SSNIP może być wykorzystany do określenia zakresu tego rynku, nawet jeżeli jedna strona platformy nie płaci za korzystanie z usług w formie pieniężnej. Wynika to z faktu, że brak opłaty, czyli „zerowa cena”, jest tylko jednym z elementów struktury cenowej, którą platforma ustala dla swojego pojedynczego produktu, czyli transakcji zawieranej za jej pośrednictwem. Niewielki, ale znaczący wzrost całkowitej ceny transakcji pozostaje zatem sensowną metodą badania rynku właściwego, ponieważ potencjalny wzrost cen może nadal być opłacalny dla hipotetycznego monopolisty[572]. Cena po hipotetycznej monopolizacji jest wynikiem dążenia monopolisty do maksymalizacji zysków ze wszystkich kontrolowanych przez siebie produktów, w tym w przypadku dwustronnej platformy. Aby prawidłowo zastosować test SSNIP, należy ustalić, czy hipotetyczny monopolista mógłby zmienić atrakcyjność platformy (cenę, jakość, dostępność) dla wszystkich typów użytkowników, czy tylko dla użytkowników z jednej strony platformy. Test SSNIP można najpierw zastosować z jednej strony, a następnie z drugiej, lub z obu stron jednocześnie. Jeśli hipotetyczny monopolista może zmienić atrakcyjność swojej oferty tylko

[569] Zob. szerzej: D. S. Evans, R. Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Boston 2016, s. 80-130; T. Wu, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, Nowy Jork 2010, s. 120-170; M. A. Cusumano, A. Gawer, D. B. Yoffie, *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power*, Nowy Jork 2019, s. 100-150.

[570] Z komunikacji wewnętrznej ujawnionej w kontekście egzekwowania prawa antymonopolowego przez Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych przeciwko Google wynika, że Google i Apple mają wspólny i spójny interes w dzieleniu między siebie użytkowników, w szczególności w celu podzielenia się zyskami monopolistycznymi generowanymi na urządzeniach Apple z rdzeniem Google usługi reklamowe. Cytując słowa pracownika Apple, który napisał do swojego odpowiednika w Google w 2018 roku: „*Naszą wizją jest to, że pracujemy tak, jakbyśmy byli jedną firmą*”. Skarga przeciwko Google LLC złożona przed District Court for the District of Columbia z 20.10.2020 r., w sprawie 1:20-cv03010USA, https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download (data dostępu: 14.02.2023 r.).

[571] Oxera, *Two-sided market definition: some common misunderstandings* (2022), https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2020/09/Two-sided-market-definition-1.pdf (data dostępu: 14.01.2023).

[572] OECD 2018, s. 14.

dla jednej strony platformy, test SSNIP należy przeprowadzić tylko z tej strony, uwzględniając pośrednie efekty sieciowe[573].

Wielu badaczy podkreśla, że na rynkach dwustronnych nie jest możliwe zastosowanie testu SSNIP, przyjmując logikę wyznaczania tradycyjnego rynku (rynku offline) [574]. Przyczyną tego jest między innymi fakt, że jedna ze stron platformy nie płaci za korzystanie z jej usług, podczas gdy test SSNIP opiera się na analizie hipotetycznego wzrostu cen. Zwykle operator platformy ustala niższą, zerową, a nawet ujemną cenę dla strony, która generuje silniejszy pozytywny efekt zewnętrzny dla drugiej strony platformy (zob. pkt I.2.1.1.1 pracy doktorskiej). Ponadto, aplikacja testu SSNIP na popyt po jednej stronie rynku może zostać zaburzona przez pośrednie efekty sieciowe[575]. Wdrożenie testu SSNIP, uwzględniając reakcje drugiej strony i pośrednie efekty sieciowe, może być trudne do zastosowania w praktyce ze względu na brak wiarygodnych danych empirycznych. W tym kontekście test SSNIP można przeprowadzić, opierając się na dowodach jakościowych (np. opinie respondentów) oraz analizując, czy podniesienie cen byłoby opłacalne dla hipotetycznego monopolisty[576].

W związku z powyższym, zastosowanie testu SSNIP powinno uwzględniać nie tylko fakt, że wzrost ceny po jednej stronie platformy skutkuje stratą sprzedaży zależną od elastyczności cenowej tej strony, ale również fakt, że ta strata sprzedaży czyni platformę mniej atrakcyjną dla drugiej strony, odzwierciedlając efekt zewnętrzny. W decyzji w sprawie *Allegro,* Prezes UOKiK zauważył, że powiązania między rynkami usług świadczonych przez operatorów platform handlu elektronicznego (takich jak Allegro) sprzedawcom i konsumentom mogą utrudniać analizę siły rynkowej Allegro w stosunku do tych pierwszych. Chociaż na „standardowych" rynkach odpowiedź na powyższe pytanie można uzyskać poprzez analizę reakcji bezpośrednich nabywców danego towaru przy zastosowaniu testu SSNIP, na rynkach dwustronnych konieczna może być analiza wzajemnych reakcji podmiotów na obydwóch powiązanych rynkach. Ponieważ skłonność sprzedawców do korzystania z platformy zależy nie tylko od ponoszonych kosztów, ale również od liczby użytkowników po drugiej stronie (kupujących) [577], konsekwencje podwyższenia kosztu dla sprzedawców mogą wykraczać poza

[573] *Ibidem*.
[574] Raport Crémera, s. 44-45.
[575] D. Aziewicz, J. Górka, T. Skoczny, *Ekspertyza naukowa. Analiza antymonopolowa w przypadku koncentracji przedsiębiorców na rynkach dwustronnych*, Warszawa 2015, https://cars.wz.uw.edu.pl/images/badania/54/Ekspertyza.docx (data dostępu: 14.01.2023), s. 17; D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Free*, "Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics" 2011, nr 555, s. 2.
[576] OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paryż 2018, s. 14-16.
[577] Tj. liczby użytkowników (kupujących), która z kolei zależy od liczby sprzedawców (ofert) i *vice versa*.

zmniejszenie liczby sprzedawców w reakcji na wzrost kosztów[578]. W sytuacji współzależności między popytami dwóch grup łączonych przez platformę, skutki podwyżki cen dla jednej grupy mogą być silniejsze niż w warunkach braku takiej współzależności. Prezes UOKiK ocenił, że w przypadku usług oferowanych przez Allegro sprzedawcom, problem ten nie występował, z uwagi na niewielką siłę krańcowych efektów sieciowych od sprzedawców do kupujących. Zauważył również, że w początkowej fazie rozwoju platformy, gdy liczba sprzedawców jest niewielka, każdy dodatkowy sprzedawca istotnie zwiększa jej atrakcyjność – poprzez poszerzanie asortymentu lub zwiększanie konkurencji między sprzedawcami. Jednakże wraz ze wzrostem liczby sprzedawców korzyści dla kupujących związane z dołączeniem kolejnego sprzedawcy maleją, aż do osiągnięcia stanu, w którym dołączenie kolejnego sprzedawcy nie wpływa na postrzeganą przez kupujących atrakcyjność platformy[579].

W związku z tym, aby nadać testowi SSNIP wartość aplikacyjną, czyli możliwość zastosowania go w praktyce, wymagana jest jego modyfikacja, dostosowując go do logiki funkcjonowania rynków dwustronnych[580]. Jak sugeruje L. Filistrucchi, w przypadku „darmowych" rynków można zastosować test SSNDQ (*Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality* – mały, ale znaczący, nieprzemijający spadek jakości), zamiast testu SSNIP[581]. Możliwość stosowania testu SSNDQ do darmowych usług oferowanych za pośrednictwem platform internetowych została podkreślona w Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r.[582] Test hipotetycznego monopolisty jest testem opłacalności marginalnej degradacji oferowanej wartości, a nie wyłącznie wzrostu samej ceny. W związku z tym hipotetycznie można badać spadek jakości usług, zamiast wzrostu ceny. Stosując test SSNDQ, badamy tezę, że spadek jakości prowadzi do utraty klientów, co sprawia, że hipotetyczny monopolista byłby bardziej skłonny uznać

[578] Zmniejszanie liczby sprzedawców (ich ofert) ze względu na negatywne efekty sieciowe będzie miał sprzężenie zwrotne po obu stronach platformy dwustronnej. Innymi słowy, zmniejszenie liczby sprzedawców może bowiem obniżyć atrakcyjność platformy dla konsumentów i sprawić, że będzie z niej korzystać mniejsza ich liczba, co z kolei jeszcze bardziej obniży atrakcyjność platformy dla sprzedawców, co z kolei może zmniejszyć ich liczbę itd.

[579] W takiej sytuacji ewentualne zmiany polityki platformy wobec sprzedających mają wyłącznie opisany wyżej efekt bezpośredni (reakcja sprzedających na zmianę warunków oferowanych przez platformę) i nie wywołują efektów pośrednich. W powyższym zjawiskiem, w ocenie Prezesa UOKiK, mamy do czynienie w przypadku usług pośrednictwa w sprzedaży internetowej B2C na platformach handlu elektronicznego świadczonych profesjonalnym sprzedawcom przez Allegro. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*, pkt 559-600.

[580] 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.

[581] OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paryż 2018, s. 14.

[582] KE, *Przegląd zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji* (2022), https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en (data dostępu: 14.01.2023); Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 2024 r., pkt 98.

spadek jakości za nieopłacalny, gdyby produkt miał mniej substytutów. Na przykład, przedsiębiorca mógłby hipotetycznie przechwycić nadwyżkę konsumenta, nie tylko podnosząc cenę oferowanych usług, ale również obniżając koszty ich świadczenia, na przykład poprzez mniejsze inwestycje w jakość usług[583]. Pojawia się zatem pytanie, czy hipotetycznemu monopoliście, np. właścicielowi wyszukiwarki internetowej, opłacałoby się pogorszenie jakości wyników wyszukiwania wyświetlanych internautom, którzy nie płacą za te usługi w formie pieniężnej, w celu zwiększenia zysków z reklam. Kolejną kwestią problematyczną jest ustalenie kryterium jakości, które miałoby być przedmiotem badań przy zastosowaniu testu SSNDQ, np. „gorsze" wyniki wyszukiwania, mniejsze standardy ochrony prywatności, oraz określenie, czym byłby „mały spadek" jakości, na przykład spadek ochrony prywatności, i za pomocą jakiego punktu odniesienia go mierzyć[584]. W przeciwieństwie do wzrostu cen, pogorszenie jakości nie daje się łatwo skwantyfikować i określić w sposób ilościowy.

Zastosowanie testu SSNDQ może nie być możliwe w praktyce ze względu na brak wiarygodnych danych. W sytuacji, gdy empiryczne przeprowadzenie testu SSNDQ (podobnie jak testu SSNIP) jest niemożliwe dla organu z powodu braku dostępu do wystarczających danych rynkowych, możliwą alternatywą jest użycie testu hipotetycznego monopolisty jako „eksperymentu myślowego". Do tego celu mogłyby być zastosowane dowody jakościowe, takie jak opinie dotyczące zastępowalności grup konsumenckich, analizy branżowych ekspertów lub przedsiębiorców, które opierają się na zweryfikowanych obserwacjach i wcześniejszych doświadczeniach.[585].

Powyższe problemy związane ze stosowaniem odpowiednich narzędzi do oceny rynku właściwego w kontekście darmowych usług oferowanych przez platformy internetowe stały się wyraźne w sprawie *Google Shopping*, gdzie Komisja odmówiła zastosowania testu SSNIP z powodu braku cen dodatnich[586]. Komisja Europejska po raz pierwszy zastosowała test SSNDQ w sprawie *Google Android*, jednakże nie określiła ilościowo pogorszenia jakości ani odpowiadającego popytu na te usługi[587]. Projekt zawiadomienia w sprawie definicji rynku właściwego nie porusza tej problematyki poza stwierdzeniem, że test SSNDQ stanowi

[583] Wielkość nadwyżki konsumenta stanowi różnicę między kwotą, jaką nabywca jest skłonny zapłacić za określoną ilość towaru, a kwotą, jaką musi zapłacić w rzeczywistości. Nadwyżka konsumenta to zatem kwota, którą kupujący zatrzymuje dla siebie w sytuacji, gdy przy obowiązującym poziomie cen byłby gotowy zapłacić cenę wyższą
[584] OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paryż 2018, s. 14.
[585] *Ibidem*, s. 15.
[586] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 242-245.
[587] *Ibidem*, pkt 263-267.

potencjalne narzędzie, które Komisja może wykorzystać w przypadku definiowania rynkowej towarów lub usług o zerowej cenie[588].

W decyzji w sprawie *Google Android*, Komisja Europejska stwierdziła, że mobilne systemy operacyjne, których nie można licencjonować (jak iOS Apple), nie należą do tego samego rynku, co systemy operacyjne podlegające licencjonowaniu (jak Android Google) [589]. Dochodząc do tego wniosku, Komisja zastosowała m.in. test SSNDQ w odniesieniu do usług Androida [590]. Sąd w swoim wyroku w sprawie *Google Android* wskazał, że w celu zdefiniowania właściwego rynku i oceny sytuacji konkurencyjnej danego przedsiębiorstwa na tym rynku, Komisja może oprzeć się na zbiorze dowodów, nie będąc zobowiązana do przestrzegania sztywnej hierarchii różnych źródeł informacji lub rodzajów dostępnych dowodów[591]. Według Sądu, w przypadku produktu, który prawdopodobnie nie nadawałby się do klasycznego testu hipotetycznego monopolisty (przy zastosowaniu testu SSNIP), test SSNDQ stanowił istotny dowód do określenia rynku właściwego. Konkurencja między przedsiębiorstwami może faktycznie zachodzić pod względem ceny, ale także jakości i innowacyjności [592]. Sąd wyjaśnił także, że określenie dokładnego ilościowego standardu degradacji jakości docelowego produktu nie jest warunkiem stosowania testu SSNDQ. Hipoteza niewielkiego pogorszenia jakości Androida nie wymagała – w przeciwieństwie do klasycznego testu hipotetycznego monopolisty, gdzie łatwiej jest skwantyfikować niewielki, ale znaczący i nieprzemijający wzrost ceny – ustanowienia precyzyjnego standardu degradacji na wstępie. Liczy się to, że degradacja jakości pozostaje niewielka, ale znacząca i trwała[593].

W związku z powyższym, nie jest jasne, w jaki sposób test SSNDQ został w praktyce zastosowany przez Komisję. W szczególności nie jest oczywiste, jaką procedurę lub procedury Komisja zastosowała, aby wybrać cechy (kryteria) przetestowane w tym celu ani jaki stopień pogorszenia jakości został przyjęty. Z uwagi na to, że zróżnicowanie produktów na rynkach cyfrowych jest zazwyczaj wielowymiarowe, trudno jest ustalić, który wymiar jakościowy jest praktycznie istotny. Aby zapewnić większą pewność prawną uczestnikom rynków cyfrowych, należy wprowadzić odpowiednie ramy proceduralne obejmujące te kwestie. W praktyce test

[588] KE, *Przegląd zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji* (2022), https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en (data dostępu: 14.01.2023).
[589] Decyzja KE z 18.07.2017 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 284.
[590] W ramach tego testu Komisja zbadała reakcję użytkowników i twórców aplikacji na pogorszenie jakości Androida. *Ibidem*, pkt 286-292.
[591] Wyrok Sądu z 14.09.2022 r., T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 176.
[592] *Ibidem*, pkt 177.
[593] *Ibidem*, pkt 180.

SSNIP rzadko jest stosowany w formie matematycznej i powinien być postrzegany jako narzędzie koncepcyjne do definiowania rynku właściwego.

1.1.1.6. Rynek geograficzny usług oferowanych za pośrednictwem platform internetowych

Usługi oferowane za pośrednictwem platform internetowych mogą dotyczyć produktów lub usług realizowanych w całości online (na przykład usługi streamingu muzyki lub filmów) lub usługi wykonywanej przynajmniej częściowo w świecie realnym (jak handel elektroniczny, rezerwacje lub zamawianie usług realizowanych offline). Wspomniane rozróżnienie ma znaczenie przy definiowaniu rynku geograficznego.

W pierwszym przypadku brak kosztów transakcyjnych może sugerować szerszy niż regionalny lub krajowy charakter usług (produktów) świadczonych za pośrednictwem platformy internetowej. Większość ugruntowanych platform internetowych ma globalny zasięg (np. Facebook, Google), a konkurencja między operatorami platform oferującymi usługi realizowane wyłącznie w świecie cyfrowym jest „*oddalona o jedno klikniecie myszy*" [594]. Praktyka decyzyjna Komisji oraz krajowych organów ochrony konkurencji nie potwierdza jednoocznie tezy o szerokim zakresie rynku w ujęciu geograficznym[595].

Przykładowo, w decyzji dotyczącej koncentracji *Microsoft/Yahoo*, choć Komisja pozostawiła otwartą dokładną definicję rynku geograficznego, uznała, że zakres geograficzny rynku dla wyszukiwania internetowego może być szerszy niż rynki narodowe czy językowe[596]. W decyzji w sprawie *Google Shopping*, Komisja doszła natomiast do wniosku, że rynki usług wyszukiwania ogólnego mają zakres narodowy. W opinii Komisji, chociaż usługi wyszukiwania ogólnego mogą być dostępne dla użytkowników na całym świecie, główne usługi wyszukiwania ogólnego oferują lokalne strony w różnych krajach oraz w różnych wersjach językowych[597].

---

[594] F. Thépot, *Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, „World Competition" 2013, nr 2, s. 220.

[595] I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 156-157.

[596] Powodami takiego wniosku mogły być fakt, że najważniejsze wyszukiwarki (takie jak Google czy Yahoo) działają na skalę globalną, dążą do indeksowania całego Internetu, są dostępne z każdego miejsca na świecie, a biegłość w języku angielskim, którym posługuje się większość stron internetowych, coraz częściej rozprzestrzenia się na całym świecie. Mimo to, Komisja uznała, że z perspektywy popytowej wielu użytkowników wymaga dostępu do wyszukiwarki i wyników wyszukiwania w ich języku. Decyzja KE z 18.02.2010 r. w sprawie M.5727, *Microsoft/Yahoo!*, pkt 96–98.

[597] Komisja stwierdziła, że istnieją znaczne bariery uniemożliwiające rozszerzenie technologii wyszukiwania poza granice narodowe i językowe, co było jednym z powodów, dla których mniejsze usługi wyszukiwania ogólnego w EOG wykorzystywały swoją technologię wyszukiwania głównie dla stron internetowych z własnego kraju i w swoim rodzimym języku, podczas gdy wyniki wyszukiwania Google lub Bing były wykorzystywane dla ich stron w innych krajach lub w innych

W decyzji dotyczącej koncentracji *Facebook/WhatsApp*, Komisja wskazała, że zakres geograficzny rynku usług sieci społecznościowych obejmuje co najmniej EOG. Pomimo wskazówek, że zakres geograficzny rynku mógłby być globalny, biorąc pod uwagę globalny zasięg Internetu, Komisja uznała, że właściwy rynek geograficzny do oceny sprawy jest na skalę EOG, stosując bardziej konserwatywne podejście[598]. W decyzji dotyczącej koncentracji *Microsoft/LinkedIn*, Komisja oceniła, że właściwy rynek geograficzny dla profesjonalnych usług sieci społecznościowych ma charakter krajowy[599].

Podobnie, niemiecki organ antymonopolowy w sprawie *Facebook* uznał, że rynek sieci społecznościowej ma charakter krajowy głównie z powodu faktycznego użytkowania sieci społecznościowych przez osoby mieszkające w Niemczech[600]. Ponadto, międzynarodowe sieci społecznościowe, takie jak Facebook.com i wcześniej Google+, mają ten sam interfejs na całym świecie, ale oferują swoje usługi pod narodowymi domenami w każdym kraju i z różnymi ustawieniami językowymi. Zawartość udostępniana przez użytkowników na Facebook.com często jest w języku niemieckim i dotyczy tematów regionalnych lub narodowych, co odpowiada zainteresowaniom niemieckich użytkowników, a także niemieckojęzyczna reklama jest dostosowana do ich preferencji[601]. Bundeskartellamt stwierdził również, że substytucja podaży z innych rynków narodowych nie jest możliwa, ponieważ wejście na niemiecki rynek z innych rynków geograficznych w krótkim czasie i przy rozsądnych kosztach ekonomicznych jest utrudnione przez „bezpośrednie efekty sieciowe oparte na tożsamości”[602]. Takie wnioski

---

językach. Komisja wskazała, że nawet dla dużych, międzynarodowych przedsiębiorstw koszty zwiększenia technologii wyszukiwania w celu obejmowania stron z innych krajów i w różnych językach mogą być zbyt wysokie. Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 251-255.

[598] Chociaż respondenci w dochodzeniu rynkowym stwierdzili, że generalnie nie ma różnic w usłudze sieci społecznościowej oferowanej w różnych regionach geograficznych lub krajach, szczególnie pod względem ceny, funkcjonalności, platform i systemów operacyjnych, Komisja argumentowała, że ograniczone dostosowania pod względem języka i drobnych funkcjonalności wydają się być obecne. Zdaniem Komisji, inne możliwe różnice, które określają zakres geograficzny rynku, obejmują koszty marketingowe, wymogi prawne lub regulacyjne oraz preferencje klientów. Decyzja KE z 3.10.2014 r. w sprawie nr M.7217, *Facebook/WhatsApp*, pkt 64-68.

[599] Chociaż większość respondentów w dochodzeniu rynkowym nie zidentyfikowała znaczących różnic między poszczególnymi krajami EOG pod względem wymagań klientów, podkreślili oni kilka możliwych różnic między krajami EOG, takich jak wymogi regulacyjne i prywatności, a także różnice kulturowe i językowe. Ponadto, zdaniem Komisji, relacje zawodowe i zatrudnienie mają tendencję do posiadania bardziej lokalnego wymiaru, co potwierdza fakt, że kilka sieci społecznościowych specjalnie kieruje swoje usługi do klientów z jednego lub kilku konkretnych krajów w EOG. Decyzja KE z 6.11.2016 r. w sprawie M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, pkt 121-125.

[600] Niemieccy użytkownicy przeważnie korzystają z sieci społecznościowych do komunikacji z przyjaciółmi z Niemiec, co potwierdza ankieta przeprowadzona przez Bundeskartellamt, w której około 85% użytkowników wskazało, że wybór sieci społecznościowej jest motywowany obecnością ich znajomych w tych samych sieciach. Dodatkowo, około 80% użytkowników Facebook.com w Niemczech stwierdziło, że większość ich przyjaciół mieszka w Niemczech. Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook* pkt 345-347.

[601] *Ibidem*, pkt 345-347.

[602] Efekty sieciowe oparte na tożsamości odzwierciedlają fakt, że gdy użytkownicy muszą wybierać sieć społecznościową, ich wybór będzie zależał od jej wielkości i możliwości znalezienia na niej osób, z którymi pozostawać w kontakcie. *Ibidem*, pkt 348, 350-351.

potwierdzają przypadki krajowych sieci, takich jak Stayfriends i StudiVZ, które nie odniosły sukcesu w próbach ekspansji na inne europejskie rynki[603].

Jeśli chodzi o stronę reklamodawców, Komisja w kilku decyzjach dotyczących koncentracji doszła do wniosku, że właściwy rynek geograficzny powinien być zdefiniowany wzdłuż narodowych lub językowych granic w EOG. Zdaniem Komisji, czynniki wspierające taką definicję rynku obejmują preferencje zakupowe klientów, języki oraz obecność sieci wsparcia i sprzedaży na poziomie narodowym[604].

W odniesieniu do rynku licencjonowania mobilnych systemów operacyjnych na telefony komórkowe, takich jak Android, Komisja wskazała, ze rynek ma charakter światowy (z wyłączeniem Chin). Definiując geograficzny charakter rynku, na którym działa Google Android, Komisja wzięła pod uwagę to, że w większości regionów świata bariery wejścia na ten rynek są niskie. Ponadto, umowy pomiędzy producentami OEM i twórcami systemów operacyjnych mają charakter ogólnoświatowy[605].

W odniesieniu do usług lub produktów, które przynajmniej częściowo są wykonywane w świecie realnym, definicja rynku właściwego w ujęciu geograficznym uwzględniała również dodatkowe czynniki, takie jak czas i koszt dostawy oraz łatwość korzystania z usługi przez użytkowników z określonego terytorium.

Powyższe twierdzenie ilustruje przykład usług świadczonych sprzedawcom przez platformy handlu elektronicznego, takie jak Amazon czy Allegro. Zdaniem Prezesa Urzędu, usługi pośrednictwa w sprzedaży do klientów z rynków zagranicznych nie są zamiennikami dla usług świadczonych na rynku polskim. Różnią się one bowiem zasadniczo popytem, który zależy od rozpoznawalności produktów i sprzedawców w poszczególnych krajach. Dla sprzedawców sprzedaż na rynkach zagranicznych nie stanowi zatem bezpośredniej alternatywy dla rynku krajowego.[606]. Komisja uważa podobnie, że specyfika rynku danego kraju ma kluczowe znaczenie. Konkretny rynek zapewnia konsumentom lepsze, bardziej dostosowane do ich potrzeb doświadczenia konsumenckie[607]. Z kolei, AGCM wskazała, że rynek geograficzny

[603] Efekty sieciowe oparte na tożsamości odzwierciedlają fakt, że gdy użytkownicy muszą wybierać sieć społecznościową, ich wybór będzie zależał od jej wielkości i możliwości znalezienia na niej osób, z którymi pozostawać w kontakcie. *Ibidem*, pkt 348, 350-351.
[604] I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 158-159.
[605] Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 403-405.
[606] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*, pkt 646.
[607] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych nr AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box*, pkt 74.

dotyczący usług taksówkarskich świadczonych za pośrednictwem aplikacji (platform internatowych) ma charakter lokalny i odpowiada obszarowi terytorialnemu miasta Mediolanu, które wydaje licencje taksówkowe. Taksówki zazwyczaj obsługują klientów w określonym geograficznie obszarze, którym w tym przypadku jest miasto. Obszar ten jest ograniczony ze względu na logistykę i koszty, co sprawia, że usługi są świadczone lokalnie[608].

1.1.2. Definicje „platform" oraz „rynków cyfrowych" w regulacjach rynków cyfrowych

Różnorodność rynków cyfrowych i podejść do rozwiązywania problemów strukturalnych obserwowanych na tych rynkach sprawiają, że regulacje (lub ich propozycje) w poszczególnych jurysdykcjach mają odmienny zakres. Można to zobrazować na przykładzie różnego rozumienia terminów „platforma" i „rynki cyfrowe". Niektóre regulacje mogą nie odnosić się do definicji rynku, modelu platformy lub rodzaju działalności, inne natomiast zawierają ogólną definicję platform lub działalności cyfrowej, a jeszcze inne precyzują zamkniętą listę usług cyfrowych.

Niektóre regulacje, jak regulacja niemiecka i włoska propozycja legislacyjna, definiują kryteria określające siłę rynkowe operatorów platform internetowych, lecz nie zawierają definicji ani nie ograniczają się do określonych produktów lub usług cyfrowych[609]. Niemieckie przepisy *ex ante* dotyczą przedsiębiorstw działających w znacznym stopniu na wielostronnych rynkach i sieciach[610]. Zgodnie z założeniami niemieckiego prawodawcy, przepisy te obejmują różne rodzaje platform internetowych, ale nie są ograniczone wyłącznie do rynków cyfrowych. W teorii, mogłyby one dotyczyć również tradycyjnych dwustronnych rynków, jak centra handlowe, gazety finansowane z reklam czy telewizja. Włoska propozycja regulacji rynków cyfrowych koncentruje się przede wszystkim na rynkach z platformami internetowymi, ale nie jest do nich wyłącznie ograniczona. Podobnie, francuska propozycja (propozycja projektu legislacyjnego) dotycząca „przedsiębiorców strukturalnych" nie odnosi się do określonego rodzaju działalności gospodarczej czy usług[611].

Inne regulacje lub ich propozycje definiują rynki cyfrowe lub działalność cyfrową w sposób ogólny. Na przykład, definicja „platform internetowych" w Rozporządzeniu P2B jest szeroka i

---

[608] Decyzja AGCM z 27.06.2018 r. w sprawie I801B, *Servizi di prenotazione del trasporto mediante taksówka – Milano*, pkt 23-24.
[609] OECD, *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021, s. 24.
[610] Pojęcie to nie zostało jednoznacznie zdefiniowane w ust. 19a GWB. Jednakże z uzasadnień dołączonych do projektu ustawy wynika, że koncepcja ma na celu objęcie przedsiębiorstw działających na kilku wzajemnie połączonych platformach cyfrowych lub rynkach sieciowych i mogących czerpać korzyści z przewagi strukturalnej wertykalnej lub konglomeratowej, nawet jeśli nie mają one jeszcze władzy rynkowej w żadnym z tych rynków.
[611] OECD, *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021, s. 24.

nie opiera się jedynie na użyciu aplikacji lub infrastruktury cyfrowej („statusie platformy"), ale bierze pod uwagę rzeczywistą działalność różnych modeli internetowych [612]. Na mocy Rozporządzenia P2B platformy internetowe zostały określone jako „usługi pośrednictwa internetowego" [613], a operator takiej platformy jako „dostawca usług pośrednictwa internetowego", którym jest przedsiębiorca (osoba fizyczna lub prawna) świadcząca lub oferująca usługi pośrednictwa dla użytkowników biznesowych (art. 2 pkt 3 Rozporządzenia P2B).

Brytyjski projekt regulacji platform internetowych dotyczy przedsiębiorców prowadzących działalność cyfrową. W projekcie tej ustawy[614], pojęcie „działalność cyfrowa" jest szerokie i obejmuje: (i) świadczenie usług przez Internet (odpłatnie lub bezpłatnie); (ii) dostarczanie treści cyfrowych (płatnych lub innych); oraz (iii) jakąkolwiek inną działalność związaną z celami określonymi w punktach (i) lub (ii)[615].

W podejściu przyjętym w ramach DMA nie zdefiniowano ogólnie „rynków cyfrowych" ani „platform internetowych", lecz enumeratywnie wskazano cyfrowe usługi podlegające regulacji wobec podmiotów (przedsiębiorców) o statusie kwalifikowanym, nazywanymi „strażnikami dostępu" i świadczących te usługi. Zgodnie z art. 1 ust. 2 DMA, rozporządzenie to dotyczy tzw.

---

[612] Przyjęta definicja jest przez to neutralna pod względem technologicznym i obejmuje zarówno platformy handlu elektronicznego (np. Amazon), porównywarki cenowe (np. Ceneo), jak też platformy ogłoszeń lokalnych (np. Facebook Marketplace). Usługi świadczone przez internetowe media społecznościowe, w ramach świadczonych usług pośrednictwa, również są objęte zakresem obowiązywania Rozporządzenia P2B. Rozporządzenie to nie znajduje natomiast zastosowania, w sytuacji gdy wykorzystywanie danej platformy (np. w postaci aplikacji) ma charakter wyłącznie wspomagający transakcje (np. przelewy internetowe) lub gdy przedsiębiorca wykorzystuje Internet lub inne technologie cyfrowe wyłącznie do świadczenia własnych usług (np. Netflix). Przedmiotowy akt prawny nie będzie miał również zastosowania do usługi pośrednictwa stanowiącej integralną część złożonej usługi, której głównym elementem jest usługa objęta inną kwalifikacją prawną. Odnosi się to do platform z sektora gospodarki na żądanie (takich jak Uber), gdzie celem usługi pośrednictwa jest natychmiastowe wykonanie usługi głównej (np. przewozu), a zatem usługa pośrednictwa jest niezbędna dla tej usługi. Rozporządzenie nie odnosi się również do platform, które umożliwiają dostarczanie towarów i usług między konsumentami (np. platformy wynajmu turystycznego między nieprofesjonalistami), a które są kluczowe dla gospodarki dzielenia się.

[613] Usługi pośrednictwa internetowego, zgodnie z Rozporządzeniem P2B, to usługi spełniające kumulatywnie następujące wymogi. Po pierwsze, stanowią one usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy 2015/1535 z 9.09.2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. z 17.9.2015 r., L 241, s. 1), a zatem usługa ta musi być normalnie świadczona: (i) za wynagrodzeniem, (ii) na odległość, (iii) drogą elektroniczną oraz (iv) na indywidualne żądanie odbiorcy usług. Po drugie, tego typu usługi umożliwiają użytkownikom biznesowym oferowanie towarów lub usług konsumentom, z zamiarem ułatwienia inicjowania transakcji bezpośrednich między tymi użytkownikami biznesowymi a konsumentami, niezależnie od tego, gdzie te transakcje są ostatecznie zawierane. Po trzecie, są one świadczone użytkownikom biznesowym na podstawie stosunków umownych między dostawcą tych usług a użytkownikami biznesowymi, którzy oferują towary lub usługi konsumentom.

[614] Explanatory Notes relate to the Digital Markets, Competition and Consumers Bill as introduced in the House of Commons on 25.04.2023 (Bill 294), s. 20 https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0294/en/220294en.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.).

[615] Na marginesie można wskazać, że japoński akt dotyczący poprawy przejrzystości i sprawiedliwości w cyfrowym świecie ogranicza się do platform cyfrowych, definiując je jako strony internetowe lub inne przestrzenie online używane przez dużą liczbę osób do wymiany towarów, usług lub praw. Obejmuje również usługi cyfrowe świadczone użytkownikom przez Internet i inne zaawansowane sieci informacyjno-komunikacyjne. OECD, *Market Power in the Digital Economy and Competition Policy*, Paryż 2022.

podstawowych usług platformowych (ang. *core platform service*, „CPS")[616], które – zgodnie z definicją prawną z art. 2 pkt 2 DMA – obejmują dziesięć rodzajów usług: (i) usługi pośrednictwa internetowego (np. platformy handlu elektronicznego, zob. pkt I.2.3.3 pracy doktorskiej); (ii) wyszukiwarki internetowe (zob. pkt I.2.3.1 pracy doktorskiej); (iii) internetowe serwisy społecznościowe (zob. pkt I.2.3.2 pracy doktorskiej); (iv) usługi platformy udostępniania wideo; (v) usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów; (vi) systemy operacyjne (zob. pkt I.2.3.4 pracy doktorskiej); (vii) przeglądarki internetowe; (viii) wirtualnych asystentów; (ix) usługi przetwarzania w chmurze; (x) internetowe usługi reklamowe, w tym sieci reklamowe, giełdy reklamowe i inne usługi pośrednictwa w zakresie reklam, świadczone przez przedsiębiorstwo, które świadczy dowolne podstawowe usługi platformowe określone w pkt (i)-(ix)[617]. Takie podejście wzmacnia zasadę pewności prawa, ale może być nieskuteczne w kontekście dynamicznego (zmiennego) charakteru modeli usług cyfrowych[618].

Należy również wskazać na pewne nieścisłości pomiędzy unijnymi regulacjami rynków cyfrowych. DMA definiuje „usługi pośrednictwa online", odwołując się do Rozporządzenia P2B. Mimo że sieci społecznościowe, platformy udostępniania filmów (VSP) i asystenci wirtualni są traktowane jako „usługi pośrednictwa online" zgodnie z Rozporządzeniem P2B, DMA traktuje je jako cztery oddzielne kategorie usług. Ta niejasność może stanowić zagrożenie dla celów Rozporządzenia P2B, rodząc wątpliwości, czy wspomniane platformy faktycznie kwalifikują się jako „usługi pośrednictwa online". Wątpliwości te wynikają z faktu, że Rozporządzenie P2B zawiera odniesienia do tych platform w preambułach interpretacyjnych, ale nie wspomina o nich bezpośrednio w przepisach. W przeciwieństwie do Rozporządzenia P2B, DMA odnosi się do sieci społecznościowych, platform udostępniania

[616] Świadczonych lub oferowanych przez strażników dostępu użytkownikom biznesowym mającym siedzibę w Unii lub użytkownikom końcowym mającym siedzibę lub miejsce pobytu w Unii, niezależnie od siedziby lub miejsca pobytu strażników dostępu i niezależnie od innych przepisów prawa mających zastosowanie do świadczenia usług.

[617] Według prawodawcy unijnego na rynkach tych obserwowane były zawodności w postaci dużej koncentracji rynkowej oraz znacznej siły rynnowej niewielkiej ilości operatorów platform internetowych. W ocenie prawodawcy unijnego, na rynkach tych platformy internetowe działają jako bramy umożliwiające użytkownikom biznesowym dotarcie do konsumentów, a operatorzy tych platform – na podstawie doświadczenia ze stosowania reguł konkurencji – mogą nadużywać swoją władzę „strażnika dostępu" poprzez nieuczciwe zachowanie.

[618] Takie podejście, polegające na enumeratywnym wyliczaniu usług w ramach DMA, wzmacnia zasadę pewności prawa, ponieważ przedsiębiorstwa dokładnie wiedzą, które usługi podlegają regulacji. Dzięki precyzyjnemu określeniu zakresu stosowania przepisów, przedsiębiorcy mogą lepiej dostosować swoje strategie i operacje do obowiązujących wymogów prawnych. Jednakże, w świecie technologii, gdzie modele biznesowe i rodzaje świadczonych usług szybko ewoluują i adaptują się do zmieniających się potrzeb rynkowych i technologicznych innowacji, taka szczegółowość może być niewystarczająca. Ryzyko polega na tym, że przepisy mogą szybko stać się przestarzałe i nieadekwatne do nowych form działalności cyfrowej, które nie zostały uwzględnione w pierwotnym wykazie. W efekcie, pojawia się potrzeba regularnego aktualizowania i dostosowywania przepisów do bieżącej rzeczywistości rynkowej, co może stanowić wyzwanie zarówno dla prawodawcy unijnego, jak i dla przedsiębiorstw starających się „nadążyć" za szybkimi zmianami prawnymi w cyfrowym ekosystemie.

filmów (VSP) i asystentów wirtualnych w przepisach DMA (a nie tylko w preambule). W wyniku powyższego może powstać paradoks, w którym niektórzy strażnicy dostępu nie są związani wymogami przejrzystości, które obowiązują (znacznie) mniejszych konkurentów na mocy Rozporządzenia P2B.

1.1.3. Ramy prawne analizy siły rynkowej operatorów platform internetowych w prawie konkurencji

W prawie konkurencji UE, podobnie jak w polskim prawie ochrony konkurencji, pojęcie siły rynkowej o charakterze kwalifikowanym odnosi się do tzw. pozycji dominującej. Trybunał zdefiniował to pojęcie, stosowane w art. 102 TFUE, jako ekonomiczną siłę przedsiębiorcy umożliwiającą mu zapobieganie utrzymaniu efektywnej konkurencji na rynku właściwym, co nadaje mu zdolność do działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i, ostatecznie, konsumentów[619]. Zgodnie z wytycznymi Komisji, koncepcja niezależności wiąże się z zakresem konkurencyjnej presji wywieranej na danego przedsiębiorcę. Dominacja oznacza, że ta presja konkurencyjna nie jest wystarczająco efektywna, przez co przedsiębiorstwo posiada istotną i trwałą władzę rynkową przez pewien czas, co umożliwia mu wpływanie na czynniki rynkowe takie jak cena, innowacja, podaż i różnorodność. Siła rynkowa istnieje, gdy przedsiębiorca nie doświadcza skutecznej presji konkurencyjnej, a analiza udziałów rynkowych jest ważnym, ale nie jedynym elementem tej oceny[620].

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 16.10.2008 r., niezależność przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą nie oznacza, że musi on kontrolować cały łańcuch produkcji i dystrybucji danego towaru, aby cieszyć się tą niezależnością. Nie jest konieczne, aby przedsiębiorca działał niezależnie od reakcji wszystkich innych uczestników rynku na każdym etapie produkcji lub dystrybucji. Wystarczy, że przedsiębiorca może zachować niezależność w stosunku do jednej z grup uczestników rynku[621].

[619] Podobnie na mocy art. 4 ust. 1 pkt 10 pozycję dominującą zdefiniowano jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów.
[620] Wytyczne Komisji, pkt 10.
[621] Z punktu widzenia posiadania pozycji dominującej relewantne jest to, czy przedsiębiorca może zachowywać się niezależnie względem tej kategorii uczestników rynku, których dotyczy zachowanie kwestionowane jako praktyka ograniczająca konkurencję. Wyrok SN z 16.10.2008 r., III SK 8/08.

Istnienie pozycji dominującej wynika na ogół z połączenia kilku czynników, które rozpatrywane oddzielnie niekoniecznie są decydujące[622]. Jednym z ważnych czynników jest istnienie bardzo dużych udziałów w rynku, które same w sobie, z wyjątkiem wyjątkowych okoliczności, świadczą o istnienie pozycji dominującej[623]. W prawie konkurencji bardzo duży udział w rynku stanowi sam w sobie dowód istnienia pozycji dominującej[624]. W tym przypadku to na przedsiębiorstwie spoczywa ciężar udowodnienia, że nie jest dominantem. Zgodnie z poglądem doktryny europejskiego prawa konkurencji wysoki udział w rynku (przekraczający 50%), który utrzymuje się przez pewien czas powinien być sam w sobie postrzegany jako dowód posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo[625]. TS stwierdził, że bardzo duże udziały w rynku są ważnym dowodem na występowanie pozycji dominującej[626], a udziały w wysokości 70% – 80% wystarczają dla uznania pozycji dominującej przedsiębiorcy[627]. W literaturze wskazuje się na pozycję tzw. quasi-monopolisty, któremu konkurenci nie są w stanie zagrozić ze względu na skalę przewagi siły rynkowej. Pozycja ta została zdefiniowana jako pozycja przedsiębiorcy dysponującego ponad 90% udziałem w rynku[628].

Udziały rynkowe, choć ważne dla oceny siły rynkowej, dają jedynie ograniczony obraz siły rynkowej w kontekście tak dynamicznych usług, jak te internetowe. Zmieniają się one szybko ze względu na naturę tego sektora. Te udziały nie odzwierciedlają konkurencyjnej presji wynikającej z możliwości pojawienia się nowych konkurentów. Zgodnie z teorią rynków spornych (kontestowalnych), ważniejsza niż udział w rynku jest możliwość wejścia na rynek, ponieważ strategie dominujących podmiotów często uwzględniają potencjalne działania konkurencji. Innymi słowy, potencjalna reakcja obecnego na rynku przedsiębiorcy wpływa na możliwość pojawienia się nowych podmiotów w przyszłości[629].

---

[622] Wyrok TS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76, *United Brands and United Brands Continental przeciwko Komisji*, EU:C:1978:22, pkt 66.

[623] Przedsiębiorca, który przez pewien czas posiada bardzo duży udział w rynku, a mniejsi konkurenci nie są w stanie szybko zaspokoić popytu tych, którzy chcieliby się od niego oderwać, znajduje się dzięki temu udziałowi w pozycji siły, która czyni go nieuniknionego partnera handlowego i który już z tego powodu zapewnia jej, przynajmniej na stosunkowo długi okres, tę swobodę działania, która jest cechą szczególną pozycji dominującej. Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36, pkt 41.

[624] W prawie UE domniemanie zajmowania pozycji dominującej występuje w przypadku posiadania przez przedsiębiorcę 50% udziału w rynku właściwym; zob. wyrok TS z 3.07.1991 r. w sprawie C-62/86, *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji*, EU:C:1991:286, pkt 60. (w prawie polskim, na mocy art. 4 ust. 1 pkt 10 u.o.k.k. – 40%).

[625] J. Faull, A. Nikpay. *The EC Law of Competition*, Oksford 2007, s. 325.

[626] Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36, pkt 38.

[627] Wyrok TS z 14.11.1996 r. w sprawie C-333/94, *Tetra Pak International SA*, EU:C:1996:436, pkt 28-33.

[628] A. Jurkowska-Gomułka, *Komentarz do art. 9 u.o.k.k.*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 172.

[629] W. J. Baumol, J.C. Panzar, R.D. Willig, *Fixed costs, sunk costs, entry barriers, and sustainability of monopoly*, „The Quarterly Journal of Economics" 1981, nr 3, s. 405-431.

W niniejszej części pracy doktorskiej przeprowadzona została analiza oceny siły rynkowej na rynkach cyfrowych, uwzględniając praktykę decyzyjną organów antymonopolowych. Omówione zostaną wskaźniki siły rynkowej i czynniki wpływające na nią, a także przedstawione zostaną kluczowe problemy, z którymi organy antymonopolowe zmagają się przy ocenie siły rynkowej w kontekście działania platform internetowych.

Ocenę siły rynkowej danej platformy internetowej należy rozpocząć od zrozumienia charakteru konkurencji na rozpatrywanym rynku. Następnie należy opracować ramy analityczne uwzględniające wszelkie istotne cechy wynikające z dwu lub wielostronności tego rynku.

1.1.3.1. Znaczenie udziału w rynku

Kształtowanie się udziału w rynku stanowi pierwszą ważną informację na temat struktury runku. Im większy jest udział przedsiębiorcy i im dłużej się on utrzymuje, tym większe prawdopodobieństwo, że posiada on pozycję dominującą[630]. Jednakże oparcie analizy siły rynkowej przedsiębiorcy jedynie o kryterium wielkości udziału może prowadzić do błędnych wniosków, szczególnie w przypadku dynamicznie rozwijających się rynków nowych cyfrowych[631]. Na takich rynkach często obserwowane jest zjawisko gwałtownego wzrostu udziałów, które są jednak nietrwałe. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji, udział w rynku zapewniają tylko ograniczone wskazanie siły rynkowej na tego typu rynkach. Ze względu na dynamiczną naturę tego sektora udziały rynkowe mogą zmienić się szybko nawet w krótkim czasie[632]. Podobnie w swoim orzecznictwie TS zauważył, że niektóre rynki charakteryzują 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*”[633]. W związku z tym organy antymonopolowe nie tylko powinny wziąć pod uwagę udziały przedsiębiorców w rynku, ale również określić stabilność tych udziałów[634]. Chociaż rynki internetowe są z natury dynamiczne, nie musi to oznaczać, że operatorzy platform internetowych posiadający znaczne udziały w rynku, podlegają wystarczającej presji konkurencyjnej. W tym zakresie nadal

[630] Wytyczne Komisji, pkt 15.
[631] U. Dubejko, *Wykorzystanie analizy ekonomicznej przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorców w sprawach z zakresu nadużywania pozycji dominującej i kontroli łączeń*, [w:] C. Balasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 328.
[632] Stwierdzenie te dotyczyło wprawdzie sektora usług komunikacji internetowej (Skype), natomiast jest one także relewantne w kontekście rynków cyfrowych. Zob.: decyzja KE z 2.09.2011 r. w sprawie COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, pkt 78.
[633] Wyrok TS z 11.12.2013 r. w sprawie T-79/12, *Cisco Systems przeciwko Komisji*, EU:T:2013:635, pkt 69.
[634] Zwrócił na to uwagę również TS w wyroku z 30.01.2017 r. sprawie T-340/03, *France Telecom przeciwko Komisji*, EU:T:2007:22, pkt 107-108.

wymagana jest indywidualna ocena każdego przypadku, uwzględniająca rzeczywistą dynamikę na rynkach, na które ma to wpływ[635].

Jak zauważył Prezes UOKiK w sprawie *Allegro*, szybki wzrost rynku nie świadczy o braku możliwości stwierdzenia pozycji dominującej. Wzrost taki może mieć znaczenie, jeśli dynamika rynku powoduje częste zmiany na pozycji lidera, co daje podstawy do przypuszczeń, że ewentualna siła rynkowa jest tymczasowa. W braku takich zmian nie można uznać, że dynamika rynku uniemożliwia, czy nawet utrudnia przyjęcie, że podmiot trwale osiągający na nim bardzo wysokie udziały rynkowe posiada pozycję dominującą. W decyzji w sprawie *Google Shopping* Komisja z kolei wskazała, że od 2008 r. przedsiębiorca Google ma duże i stabilne udziały w rynku pod względem wielkości. Stanowiło to w opinii Komisji dobry wskaźnik siły konkurencyjnej Google na krajowych rynkach ogólnych usług wyszukiwania[636].

Kolejnym problemem jest pytanie, jakich danych należy użyć, aby obliczyć udział przedsiębiorcy na danym rynku cyfrowym, w tym na rynku, na którym nie są pobierane opłaty od użytkowników (np. rynek ogólnych usług wyszukiwania). W zależności od badanego przypadku, organy antymonopolowe mogą posłużyć się liczbą lub wartością transakcji (w przypadku platform transakcyjnych, takich jak platformy handlu elektronicznego), wartością przychodów generowanych z działalności danej platformy (zyski z reklam lub opłat i prowizji płaconych przez użytkowników) lub analizą potencjału ruchu strony internetowej danej platformy internetowej, a także liczbą unikatowych użytkowników. Przykładowo, w przypadku mierzenia udziału rynkowego Google, Komisja nie była w stanie uzyskać dokładnych i weryfikowalnych wartości dotyczących przychodów z wyszukiwania, stąd wskazała ona na kilka możliwych metod (czynników) możliwych do uwzględnienia jako wskaźniki zastępcze (*proxy*) mogące mierzyć siłę rynkową, w tym udział w rynku według liczby zapytań, użytkowników, odsłon lub sesji [637]. W sprawie *Allegro* Prezes UOKIK obliczył udziały rynkowe *Allegro* w oparciu o podstawowe wskaźniki rynkowe platform handlu elektronicznego, do których zaliczył: (i) wartość opłat i prowizji za usługi „podstawowe”[638] pobranych od sprzedawców; (ii) wartość sprzedaży zrealizowanej za pośrednictwem platformy;

---

[635] Raport Bundeskartellamt nt. siły platform, s. 9.
[636] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 274.
[637] *Ibidem*, pkt 276.
[638] Jak wyjaśnił Prezes UOKiK wspólną cechą poszczególnych platform handlu elektronicznego, odróżniającą je od innych kanałów dystrybucji, jest oferowanie niezależnym sprzedawcom usługi „podstawowej”, która polega na możliwości: (i) wystawienia swoich produktów na sprzedaż na platformie (wystawienie i dopasowanie, tj. ułatwienie dwóm stronom platformy odnalezienia się, aby mogły one przeprowadzić transakcję oraz (ii) zawarcia transakcji z konsumentem na samej platformie, bez przekierowywania konsumenta na stronę internetową sprzedawcy (tj. sprzedaż na tej platformie). Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*, pkt 590.

(iii) liczbę aktywnych sprzedawców. Niezależnie od ww. podstawowych wskaźników, Prezes UOKiK, przy ocenie siły rynkowej Allegro, uwzględnił również m.in. silną pozycję Spółki w sektorze handlu elektronicznego (*e-commerce*) w Polsce oraz analizę potencjału ruchu strony internetowej platformy.

1.1.3.2. Oferowanie bezpłatnych produktów

Charakterystyczną cechą rynków cyfrowych jest często nietrwałość wyboru użytkownika. W przeciwieństwie do zakupu komputera czy telefonu, decyzja o skorzystaniu z konkretnej usługi internetowej, jak wyszukiwarka, nie musi być długoterminowa, szczególnie gdy jest ona darmowa (nie wymaga opłat w formie pieniężnej). W takim środowisku, z punktu widzenia standardowych analiz ekonomicznych stosowanych do rynków tradycyjnych, może nie występować zjawisko „zamknięcia" konsumenta, ani ryzyko jego wystąpienia. Ponadto, ryzyko podwyższenia cen jest minimalne, gdyż wprowadzenie opłat za darmową usługę internetową mogłoby być nieopłacalne z punktu widzenia strategii biznesowej – użytkownicy mogliby łatwo przejść do innych, konkurencyjnych usług[639]. W związku z tym w literaturze podkreśla się, że konkurencja na rynkach cyfrowych jest oddalona „*tylko o jedno kliknięcie*"[640]. Użytkownicy korzystający z danych usług za „darmo" nie są ograniczeni jedną platformą internetową. Z łatwością mogą oni testować wiele usług, zmieniać je, a nawet jednocześnie korzystać z kilku platform na raz, co się określa mianem *multi-homing*[641].

Jak wskazał Sąd w sprawie *Cisco Systems*: „*bezpłatny charakter usług jest czynnikiem istotnym dla oceny siły rynkowej nowego podmiotu. Ze względu bowiem na to, że użytkownicy spodziewają się, że dostaną usługi łączności konsumenckiej za darmo, możliwości swobodnego określania przez nowy podmiot jego polityki cenowej jest w istotny sposób ograniczona. Komisja słusznie zauważa, że wszelka próba wymagania zapłaty od użytkowników groziłaby zmniejszeniem atrakcyjności tych usług i zwróceniem się przez użytkowników do innych dostawców, którzy nadal oferowaliby swoje usługi bezpłatnie*"[642]. Na przykład Google nie pobiera opłat za Androida ani za aplikacje z nim zintegrowane. Jest on dostępny jako system *open source*, co teoretycznie ogranicza możliwość wywierania przez Google dominacji

---

[639] A. Szmigielski, *Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2016, nr 6, s. 208; K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014, nr 10, s. 34.
[640] F. Thépot, *Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, „World Competition" 2013, nr 2, s. 220.
[641] J.-Ch. Rochet, J. Tirole, *Two-sided markets: a progress report*, "The RAND Journal of Economics" 2006, nr 3, s. 650.
[642] Wyrok Sądu z 11.12.2013 r. w sprawie T-79/12, *Cisco Systems i Messagenet przeciwko Komisji*, EU:T:2013:635, pkt 73.

rynkowej nad nim, ponieważ darmowe substytuty są dostępne nieograniczenie dla wszystkich. W tym kontekście można argumentować, że oferując darmowe usługi lub produkty, operator platformy nie jest w stanie działać niezależnie od swoich klientów, czyli bez możliwości podnoszenia cen. Obniżenie jakości usług mogłoby spowodować, że użytkownicy przenieśliby się na substytucyjne usługi lub produkty oferowane przez konkurencję.

Jak zauważyła Komisja Europejska w sprawie Google Shopping, ze względu na mocną pozycję marki Google, wielu użytkowników ufa trafności wyników wyszukiwania dostarczanych przez Google. W związku z tym, mało prawdopodobne jest, że znacząca liczba użytkowników zdecyduje się na przejście do innych wyszukiwarek internetowych, nawet jeśli Google obniżyłoby jakość swojej ogólnej usługi wyszukiwania [643]. Australijski organ ochrony konkurencji (ACCC) stwierdził, że silna marka Google odzwierciedla wysoką jakość usługi wyszukiwania. Pionierski algorytm Google zapewniał innowacyjną metodę oceniania trafności wyników wyszukiwania. Przedsiębiorca corocznie inwestuje znaczne środki w rozwój i poprawę jakości swoich usług. Wysoka rozpoznawalność marki Google jest częściowo wynikiem takich inwestycji[644].

Zjawisko *multi-homing* obniża bariery wejścia na rynek oraz zmniejsza efekt „zamknięcia" użytkowników, co może skutkować zmniejszeniem rzeczywistej dominacji platformy w stosunku do jej udziału w rynku. Jednakże, w praktyce użytkownicy, ze względu na swoje przyzwyczajenia lub uprzedzenia behawioralne (patrz pkt I.3.5 pracy doktorskiej), mogą nie być skłonni do równoczesnego korzystania z wielu darmowych usług cyfrowych tego samego typu, np. wyszukiwarek internetowych. Przykładowo, Komisja wskazała, że niewielu internautów korzysta z więcej niż jednej wyszukiwarki internetowej[645].

Wskazane zjawisko „zamknięcia" konsumentów korzystających z darmowych usług może być jednak efektem przyzwyczajeń dotyczących zachowania konsumenta[646]. Umiejętności nabyte podczas użytkowania produktu lub korzystania z danych usług zwiększają postrzeganą wartość używanego produktu w porównaniu z produktami konkurencyjnymi, stając się przyczyną lojalności konsumenta[647]. Ponadto, w przypadku oprogramowania, na przykład wprowadzenie innowacyjnych technologii informacyjnych, nierozłącznie wiąże się z koniecznością

[643] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 312.
[644] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 72.
[645] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 54.
[646] AdC, *Cyfrowe ekosystemy*, s. 20.
[647] W przypadku konsumentów o stosunkowo niskim poziomie umiejętności informatycznych przejście z domyślnej usługi wyszukiwania opcji może wiązać się z kosztami (np. czas potrzebny na nauczenie się, jak to zrobić).

poniesienia specyficznych inwestycji w *know-how*. Dlatego też wielu użytkowników systemu operacyjnego Windows nie decyduje się na zmianę produktu na Linux, pomimo tego, że jest on darmowy[648]. Koszty zmiany na rynkach cyfrowych często obejmują: (i) rzeczywiste koszty poszukiwania informacji, czyli czas przeznaczony na ich wyszukiwanie, oraz (ii) tzw. koszty poznawcze, które dotyczą analizowania, porównywania i przetwarzania zebranych informacji. Do kosztów zmiany należy również zaliczyć czas poświęcony na naukę obsługi danej platformy internetowej, na przykład aplikacji czy strony internetowej. W ten sposób efekt „zamknięcia konsumenta" zwiększa koszty przejścia na inne rozwiązania, co może stanowić przewagę konkurencyjną dla operatora platformy[649].

Komplementarność oferowanych usług może być postrzegana jako korzystna przez niektórych klientów, co może skutkować ich „zamknięciem" w danym ekosystemie (zob. pkt I.2.2.2 pracy doktorskiej). Z powodu uprzedzeń behawioralnych obserwowanych na różnych rynkach cyfrowych (por.: pkt I.3.5 pracy doktorskiej), konsumenci mogą pozostać przy opcji domyślnej z powodu niedoskonałych informacji. Na przykład mogą kontynuować korzystanie z istniejącej usługi wyszukiwania, zamiast eksplorować nową, jeśli nie są pewni, czy zasiedziały operator oferuje lepszą jakość usługi niż nowy podmiot, a porównanie jakości obu usług wiązałoby się z poniesieniem znacznych kosztów informacyjnych[650].

1.1.3.3. Bariery wejścia oraz inne czynniki wpływające na siłę rynkową

Pozycja rynkowa operatorów platform internetowych wynika nie tylko z wysokich udziałów rynkowych, ale także z wysokich barier wejścia na rynek, do których przyczynia się wiele czynników. Charakterystyczne cechy tych platform mogą wpływać na wyniki analizy antymonopolowej na każdym jej etapie, dlatego powinny być uwzględniane przez organy ochrony konkurencji. Bariery wejścia i ekspansji są związane głównie z koniecznością ponoszenia znaczących kosztów na skuteczną obsługę platformy informatycznej zdolnej do przetwarzania dużej liczby transakcji oraz z występowaniem silnych efektów sieciowych, zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich (zob. pkt I.2.1.1.1 pracy doktorskiej).

Koszty wejścia na rynki cyfrowe, nawet dla niszowych podmiotów, mogą być znaczne. Na przykład, operator TikToka zainwestował dużą sumę (około 2 miliardów dolarów) w stworzenie swojej usługi i budowę bazy użytkowników. Połowa tej kwoty poszła na rozwój

---

[648] A. Scheibe, *Korzyści sieci i efekt „zamknięcia konsumenta" a lojalność konsumentów w e-businessie*, „Ekonomiczne Problemy Usług" 2010, nr 58, s. 553-554.
[649] *Ibidem*, s. 554.
[650] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 68.

technologii, a druga na kampanię reklamową, mającą na celu przyciągnięcie użytkowników i ustanowienie TikToka jako głównej platformy dla pewnego rodzaju interakcji społecznych. Tym samym, wysokie początkowe koszty inwestycji, w tym koszty utopione, mogą tworzyć znaczną barierę wejścia na rynek.[651].

Efekty sieciowe sprawiają, że aby odnieść sukces, operator platformy internetowej musi przyciągnąć wystarczającą „masę krytyczną" użytkowników z obu stron platformy [652]. Podmioty aspirujące do zakwestionowania pozycji zasiedziałego operatora muszą przyciągnąć dużą liczbę użytkowników z obu stron platformy. Korzystne warunki dla jednej grupy użytkowników nie zapewnią istotnego wzrostu obrotów konkurencyjnej platformie, jeśli nie przyciągnie ona użytkowników z drugiej grupy [653]. Ponadto, pozycja rynkowa operatora platformy internetowej może być również wynikiem tzw. korzyści pierwszego ruchu. Platforma, która jako pierwsza pojawia się na danym rynku – szczególnie w przypadku silnych efektów sieciowych – może uzyskać przewagę dzięki wprowadzeniu innowacyjnego rozwiązania jako pierwsza[654].

Pozycję rynkową danego operatora mogą również chronić tzw. efekty marki. Przykładowo jak wskazał Prezes UOKiK w sprawie *Allegro* – polscy konsumenci wyraźnie kojarzą markę Allegro z zakupami online, dzięki czemu znaczny odsetek polskich konsumentów zaczyna szukać produktów na Allegro.pl, a nie na jakimkolwiek innym serwisie. W czerwcu 2020 r. Allegro.pl było wskazywane przez 43% polskich konsumentów jako początkowe miejsce wyszukiwania produktów, co stanowiło ponad dwukrotnie więcej, niż polskich konsumentów, którzy powoływali się na Google[655].

Ponadto, zjawisko *single-homing* (wzorzec korzystanie wyłącznie z jednej platformy) w połączeniu z silnymi efektami sieciowymi i kosztami zmiany może doprowadzić do tego, że operator platformy uzyska trwałą pozycję rynkową, która nie jest zagrożona ryzykiem wejścia

[651] F. Jenny, *Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run*, "ESSEC Business School" 2021, https://ssrn.com/abstract=3776274 (data dostępu: 15.02.2023), s. 13-14.
[652] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 178.
[653] W ten sposób efekty sieciowe stabilizują pozycję rynkową dominanta i zwiększają koszty związane ze skutecznym wejściem na rynek lub ekspansją na nim przez konkurentów. Przykładowo, przedsiębiorcy wchodzący na rynek hipotetycznie mogliby być zdolni do zaprojektowania oraz wdrożenia lepszego algorytmu niż Google, jednakże obecna pozycja tego przedsiębiorcy była utrzymywana przez ostatnie kilkanaście lat, a przez co – przyzwyczajeni do używania tej przeglądarki użytkownicy – nie są chętni do jej zmiany. A. Szmigielski, *Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2016, nr 6, s. 207.
[654] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*, pkt 740.
[655] *Ibidem*, pkt 743.

i ekspansji na tym rynku nowych graczy[656]. W przypadku korzystania przez użytkownika z jednej platformy (*single-homing*), operatorzy platform konkurują o użytkowników, natomiast w przypadku *multi-homing*, operatorzy platform rywalizują o uwagę danych użytkowników lub liczbę zawieranych przez nich transakcji[657].

Gromadzenie danych przez zasiedziałego operatora tworzy istotną barierę wejścia na rynek, ze względu na powiązane efekty sieciowe i korzyści skali. Dostęp do kluczowych danych może być ważnym źródłem przewagi konkurencyjnej. Gromadząc, analizując i agregując duże ilości danych, ekosystemy cyfrowe mogą osiągać znaczące korzyści i przewagę nad konkurentami, którzy nie mają dostępu do tych danych. Wartość wytworzona z danych i informacji jest potęgowana przez pętlę sprzężenia zwrotnego danych, umożliwioną przez uczenie maszynowe i technologie sztucznej inteligencji. W związku z tym, dane są często uznawane przez organy ochrony konkurencji za kluczowy element przyczyniający się do siły rynkowej na rynkach cyfrowych (zob. pkt I.3.4 pracy doktorskiej)[658].

Znaczenie ekosystemów w gospodarce cyfrowej (zob. pkt I.2.2.2 pracy doktorskiej) skłoniło niektórych autorów do uznania, że podstawowa forma konkurencji w erze cyfrowej odbywa się na poziomie ekosystemu[659]. Nowe podmioty, dążące do podważenia pozycji zasiedziałego operatora, mogą nie tylko wprowadzać na rynek nowe produkty, ale również oferować konsumentom kompleksowe doświadczenia poprzez stworzenie ekosystemu wokół tych produktów. W związku z tym, zakwestionowanie pozycji zasiedziałego operatora, który już stworzył własny ekosystem, może wymagać wejścia na różne poziomy rynku i zbudowania własnego konkurencyjnego ekosystemu, co może okazać się trudne do realizacji[660].

1.1.4. Klasyfikacja operatorów platform internetowych, podlegających regulacji

Kolejną kwestią dotyczącą regulacji platform internetowych jest określenie, którzy przedsiębiorcy wykorzystujący model biznesowy platformy internetowej powinni podlegać

---

[656] E. Calvano, M. Polo, *Market power, competition and innovation in digital markets: A survey*, "Information Economics and Policy" 2021, nr 54, https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167624519301994?via%3Dihub (data dostępu: 14.01.2023 r.).

[657] OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy* (2022), https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf data dostępu: 14.01.2023), s. 12-13.

[658] Kwestia ta została bardzo dokładnie przeanalizowana w doktrynie oraz w raportach eksperckich, zob. np. I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 40-52, 191-206; OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy* (2022), https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf data dostępu: 14.01.2023), s. 14-15.

[659] M. G. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and competition law in theory and practice*, "Industrial and Corporate Change" 2021, nr 5, s. 1199-1229.

[660] OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy* (2022), https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf data dostępu: 14.01.2023), s. 16.

regulacji. Istotne jest, aby zakres podmiotowy tej regulacji był wystarczająco szeroki, aby objąć podmioty powodujące identyfikowane dysfunkcje rynku, które skłoniły do wprowadzenia regulacji. Niemniej jednak nadmierna szerokość zakresu podmiotowego regulacji *ex ante* miałaby negatywne konsekwencje, narażając na nieuzasadnione obciążenia przedsiębiorców, którzy nie mają rzeczywistej siły rynkowej.

W Rozporządzeniu P2B zdecydowano, że wszyscy operatorzy platform, niezależnie od ich wielkości czy znaczenia, powinni być odpowiedzialni za standardy uczciwości i przejrzystości. Rozporządzenie to ma zastosowanie do kilku tysięcy operatorów platform, w tym wielu małych przedsiębiorców. Takie szerokie ujęcie związane jest z nierestrykcyjnym, „miękkim" podejściem zaproponowanym w tym rozporządzeniu, gdzie uregulowano głównie kwestie umowne, wymogi dotyczące przejrzystości i rozstrzygania sporów z jednoczesnym wezwaniem zainteresowanych przedsiębiorców do samoregulacji.

Większość regulacji jest natomiast skierowana do ściśle określonych przedsiębiorców nazywanych: (i) strażnikami dostępu, zdefiniowanymi w DMA, (ii) przedsiębiorcami mającymi kluczowe znaczenie dla konkurencji na rynkach, określonych w artykule 19a niemieckiej ustawy antymonopolowej lub (iii) przedsiębiorcami o strategicznym statusie rynkowym, zgodnie z prokonkurencyjną propozycją brytyjską. Co do zasady surowe podejście regulacyjne opiera się na asymetrycznej metodzie, tj. regulacja ma zastosowanie do przedsiębiorców spełniających określone kryteria świadczące o ich sile rynkowej lub szczególnym statusie rynkowym.

W kontekście definiowania podmiotów objętych regulacją rynków cyfrowych można wyodrębnić kilka metod regulacyjnych, czyli sposobów określania siły rynkowej lub statusu operatorów platform internetowych. Po pierwsze, definicja platformy może bazować na narzędziach podobnych do tych wykorzystywanych w prawie konkurencji, tj. na narzędziach odnoszących się do rynku właściwego oraz siły rynkowej (pozycji dominującej) przedsiębiorców (tzw. kryteria jakościowe). Po drugie, regulacja sektorowa rynków cyfrowych może zrezygnować z definiowania adresatów regulacji poprzez siłę rynkową i stosować jasne tzw. kryteria ilościowe, takie jak osiągany obrót czy liczba użytkowników danej platformy internetowej. Ostatecznie istnieje model hybrydowy, który łączy oba te podejścia, tworząc tzw. metodę ilościowo-jakościową.

1.1.4.1. Podejście jakościowe

Przykładem podejścia wykorzystującego kryteria jakościowe jest niemiecka legislacja (sekcja 19a GWB). Decyzja niemieckiego urzędu antymonopolowego o tym, czy przedsiębiorstwo ma kluczowe znaczenie dla konkurencji na rynkach, opiera się na kompleksowej ocenie wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy. Przy określaniu tej roli szczególnie ważne są następujące aspekty: (i) pozycja rynkowa przedsiębiorstwa, w tym jego dominująca pozycja; (ii) siła finansowa przedsiębiorstwa lub dostęp do innych zasobów; (iii) stopień integracji pionowej przedsiębiorstwa oraz jego aktywność na innych rynkach powiązanych z rynkiem głównym; (iv) dostęp przedsiębiorstwa do danych istotnych dla konkurencji; (v) znaczenie działalności przedsiębiorstwa dla dostępu podmiotów trzecich do rynków i wynikający z tego wpływ na działalność gospodarczą tych podmiotów. Ważność decyzji wydanej przez urząd antymonopolowy w Niemczech jest ograniczona czasowo do pięciu lat od daty jej uprawomocnienia.

Przykładowo, w decyzji z 20.12.2021 r. (nr B7–61/21) Bundeskartellamt przedstawił analizę pozycji Google na rynku w kontekście niemieckiego prawa konkurencji, ze szczególnym uwzględnieniem art. 19a GWB. W decyzji tej stwierdzono, że Google, jako operator ekosystemów cyfrowych, posiada znaczące możliwości obrony przed konkurencją ze strony innych dostawców oraz łatwość ekspansji na nowe usługi i rynki. Jako jeden z największych koncernów cyfrowych, posiada znaczącą moc rynkową i szerokie portfolio usług internetowych, które kształtują codzienne życie zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców w Niemczech. Zauważono, że Google poprzez swoje usługi, takie jak wyszukiwarka Google, system operacyjny Android, Google Play Store, Google Maps, YouTube i Chrome, utrzymuje i wzmacnia swoją pozycję rynkową, często osiągając zasięgi użytkowników w Niemczech na poziomie 90-100%[661].

W decyzji podkreślono, że Google generuje znaczące przychody z reklam, szczególnie z reklam związanych z wyszukiwaniem, które stanowią około 50-60% globalnych przychodów i 70-80% przychodów w Niemczech. Dodatkowo, Google ma dostęp do szerokiej bazy danych użytkowników, co daje mu możliwość dostosowania ofert do preferencji użytkowników, co przyczynia się do lepszej monetyzacji ich usług reklamowych[662]. Google również kontroluje dostęp do rynku dla innych przedsiębiorców i ma znaczący wpływ na ich działalność

[661] Decyzja Bundeskartellamt z 30.12.2021 r. w sprawie B7–61/21, *stwierdzenia nadrzędnego znaczenie Google dla konkurencji na rynkach*, pkt 51-53.
[662] *Ibidem*, pkt 53.

gospodarczą. Przykładowo, istotne jest, by strony internetowe były znalezione przez wyszukiwarkę Google, co wymusza na nich dostosowanie do kryteriów algorytmów wyszukiwania Google[663]. Ponadto, Google posiada znaczące zasoby, które umożliwiają mu działanie na rynku, w tym silną markę i kapitalizację rynkową, co czyni go jednym z najbardziej wartościowych przedsiębiorstw na świecie. Te zasoby umożliwiają Google inwestowanie w badania i rozwój oraz przejęcia innych przedsiębiorstw, a także ekspansję na nowe obszary działalności[664]. W podsumowaniu stwierdzono, że Google ma znaczącą, rynkową moc i szeroki zakres działania na rynku, co pozwala mu na kontrolowanie dostępu innych przedsiębiorców do rynku i wykorzystywanie swojej pozycji do utrzymywania i wzmacniania swojej dominacji.

Etapy poszczególnych badań dot. wyznaczania przedsiębiorstw mających nadrzędne znaczenie międzyrynkowe (kluczowe znaczenie dla konkurencji na rynkach) na podstawie art. 19a GWB przedstawiono w tabeli 5.

Tabela 5 – badania nadrzędnego znaczeniu międzyrynkowego (stan na październik 2023 r.)

Przedsiębiorstwo	**Data Rozpoczęcia/zakończenia**	**Etap postępowania**
Microsoft	Rozpoczęte: 28.03.2023	Postępowanie w toku
Alphabet	Zakończone: 30.12.2021	Zakończone (prawomocna decyzja)
Amazon	Zakończone: 5.07.2022	Zakończone (sprawa w toku przed sądem)
Apple	Zakończone: 3.04.2023	Zakończone (sprawa w toku przed sądem)
Meta	Zakończone: 2.05.2022	Zakończone (prawomocna decyzja)

Źródło: opracowanie własne na podstawie materiału prasowego niemieckiego organu antymonopolowego: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Downloads/List_proceedings_digital_companies.pdf;jsessionid=C03C58B5632C2C7B3FBCDA206DAAC85F.2_cid508?__blob=publicationFile&v=15 (data dostępu: 18.11.2023 r.).

Jak przedstawiono w tabeli 5, wśród przedsiębiorstw klasyfikowanych przez niemiecki urząd jako mające kluczowe znaczenie dla konkurencji na rynkach (ang. *significance for competition across markets*) znalazły się: Microsoft, Facebook (Meta), Alphabet (Google), Apple i Amazon. W przypadku Facebooka i Google'a – decyzje niemieckiego organu są prawomocne.

[663] *Ibidem*, pkt 64.
[664] *Ibidem*, pkt 65.

W związku z powyższym, podejście niemieckie (art. 19a GWB) łączy w sobie elementy tradycyjnych postępowań antymonopolowych z nowym podejściem, które uwzględnia specyfikę działalności dużych platform cyfrowych. Procedura oparta na sekcji 19a niemieckiego prawa konkurencji GWB odzwierciedla rozwinięty standard dowodowy, który przekracza tradycyjne granice badania rynku właściwego i określania pozycji dominującej. W tej procedurze, niemiecki organ ochrony konkurencji nie ogranicza się do analizy jednego rynku, lecz bierze pod uwagę wpływ działalności przedsiębiorstwa na konkurencję w skali ponadrynkowej[665].

1.1.4.2. Podejście ilościowe

DMA opiera się przede wszystkim na kryteriach ilościowych. Obowiązki i zakazy przewidziane w DMA mają zastosowanie tylko, gdy podstawowa usługa platformowa (CPS) stanowi istotną platformę obsługiwaną przez przedsiębiorstwa o znaczącym wpływie na rynek wewnętrzny, które mają ugruntowaną i trwałą pozycję na rynku europejskim, lub gdy można przewidzieć, że przedsiębiorstwa (operatorzy platform) osiągną taką pozycję w niedalekiej przyszłości[666]. Przedsiębiorstwa znajdujące się w tej sytuacji są uznawane za „strażników dostępu" w myśl art. 3 DMA[667].

Zgodnie z art. 2 ust. 1 DMA przedsiębiorstwo wskazuje się jako strażnika dostępu, jeżeli:

(i) wywiera znaczący wpływ na rynek wewnętrzny;
(ii) świadczy podstawową usługę platformową będącą ważnym punktem dostępu, za pośrednictwem którego użytkownicy biznesowi docierają do użytkowników końcowych; oraz
(iii) zajmuje ugruntowaną i trwałą pozycję w zakresie prowadzonej przez siebie działalności lub można przewidzieć, że zajmie taką pozycję w niedalekiej przyszłości.

Na mocy art. 3 ust. 2 DMA, domniemywa się, że przedsiębiorca spełnia powyższe wymogi do bycia uznanym za strażnika dostępu, jeżeli:

---

[665] Obejmuje to ocenę różnorodnych aspektów działalności przedsiębiorstw, ich udziału w rynku, zasobów, zdolności do kontrolowania dostępu do rynku oraz wpływu na zachowania konsumentów. Specyfika tej procedury wynika z potrzeby dostosowania prawa konkurencji do realiów gospodarki cyfrowej, w której dane i ich przetwarzanie odgrywają kluczową rolę. Organ ochrony konkurencji musi zbadać, w jaki sposób pozycja przedsiębiorstwa w jednym obszarze może wpływać na jego możliwości w innych obszarach, rozważając przy tym kompleksowość i powiązania między różnymi usługami i rynkami.

[666] W związku z tym, bycie operatorem CPS samo w sobie nie budzi obaw co do możliwości zakwestionowania i uczciwości. DMA reguluje zachowanie niewielkiej grupy przedsiębiorców działających na rynkach cyfrowych, a mianowicie „strażników dostępu".

[667] Zgodnie z definicją wskazaną w art. 2 pkt 1 DMA, „strażnik dostępu" oznacza przedsiębiorstwo świadczące podstawowe usługi platformowe, które wskazano na podstawie art. 3 DMA.

(i) w odniesieniu do wymogu wywierania znaczącego wpływu na rynek wewnętrzny – jeżeli przedsiębiorstwo uzyskało roczny obrót w Unii wynoszący co najmniej 7,5 mld EUR w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych[668];

(ii) w odniesieniu do wymogu ważnego punktu dostępu[669] – jeżeli przedsiębiorstwo świadczy podstawową usługę platformową, z której w ostatnim roku obrotowym korzystało co najmniej 45 mln aktywnych miesięcznie użytkowników końcowych mających siedzibę lub miejsce pobytu w Unii oraz co najmniej 10 000 aktywnych rocznie użytkowników biznesowych z siedzibą w Unii[670];

(iii) w odniesieniu do wymogu zajmowania ugruntowanej i trwałej pozycji[671] – jeżeli przedsiębiorstwo progi ustanowione w pkt (ii), odnoszące się do wymogu ważnego punktu dostępu, zostały osiągnięte w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych.

W dniu 6 września 2023 r. Komisja, działając na podstawie art. 3 ust 4 DMA[672], po raz pierwszy wyznaczyła sześciu strażników dostępu: Alphabet (właściciel Google), Amazon, Apple, ByteDance (właściciel TikToka), Meta (właściciel Facebooka) oraz Microsoft. W sumie wyznaczono 22 podstawowe usługi platformowe, które są oferowane przez tych strażników dostępu[673]. Przedstawiono to w tabeli 6.

[668] Lub jeżeli jego średnia kapitalizacja rynkowa lub równoważna rzeczywista wartość rynkowa wynosiła co najmniej 75 mld EUR w ostatnim roku obrotowym oraz świadczy tę samą podstawową usługę platformową w co najmniej trzech państwach członkowskich.

[669] Tj. świadczenia podstawowej usługi platformowej będącej ważnym punktem dostępu, za pośrednictwem którego użytkownicy biznesowi docierają do użytkowników końcowych.

[670] Użytkowników tych identyfikuje się i oblicza się ich liczbę zgodnie z metodyką i wskaźnikami określonymi w załączniku do DMA.

[671] W zakresie prowadzonej przez siebie działalności świadczenia podstawowej usługi platformowej będącej ważnym punktem dostępu, za pośrednictwem którego użytkownicy biznesowi docierają do użytkowników końcowych.

[672] Zgodnie z tym przepisem, Komisja – bez zbędnej zwłoki i najpóźniej w terminie 45 dni roboczych od dnia otrzymania kompletnych informacji, o których mowa w art. 3 ust. 3 DMA – wskazuje jako strażnika dostępu przedsiębiorstwo świadczące podstawowe usługi platformowe, które osiągnęło wszystkie progi ustanowione w art. 3 ust. 2 DMA.

[673] Wyznaczenie to nastąpiło po 45-dniowym procesie analizy przeprowadzonym przez Komisję po otrzymaniu zgłoszeń od Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft oraz Samsunga o ich potencjalnym statusie strażników dostępu. Komunikat prasowy KE z 6.09.2023 r., *Ustawa o rynkach cyfrowych: Komisja wyznacza sześciu strażników*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328 (data dostępu: 18.11.2023 r.).

Tabela 6 – strażnicy dostępu desygnowani przez Komisję

Strażnik dostępu	Rodzaj podstawowe usługi platformowej							
	Usługi pośrednictwa internetowego	Wyszukiwarki internetowe	Internetowe serwisy społecznościowe	Usługi platformy udostępniania wideo	Usługi łączności interpersonalnej	Systemy operacyjne	Usługi w chmurze	Usługi reklamowe
Alphabet	Google Maps, Google Play, Google Shopping	Google Search	-	YouTube	-	Google Android	-	Google
Apple	App Store	Safari	-	-	-	iOS	-	-
Meta	Meta Marketplace	-	Facebook, Instagram	-	WhatsApp, Messenger	-	-	Meta
Microsoft	LinkedIn	-	-	-	-	Windows PC OS	-	-
Amazon	Amazon Marketplace	-	-	-	-	-	-	Amazon
ByteDance	-	-	TikTok	-	-	-	-	-

Źródło: opracowanie własne na podstawie komunikatu prasowego Komisji z 6.09.2023 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328 (data dostępu: 18.11.2023 r.).

Jednocześnie w dniu 6 września 2023 r. Komisja, na podstawie art. 17 ust. 3 DMA[674], rozpoczęła cztery badania rynkowe, by ocenić argumenty Microsoftu (dotyczące usług Bing, Edge i Microsoft Advertising) i Apple (dotyczące usługi iMessage). Wskazywały one, że mimo spełnienia kryteriów, w zakresie świadczenia niektórych z ich usług platformowych, nie powinny być one klasyfikowane jako strażnicy dostępu[675].

Dodatkowo, Komisja zainicjowała na podstawie art. 17 DMA dochodzenie rynkowe w celu oceny, czy system operacyjny iPadOS przedsiębiorcy Apple powinien zostać wyznaczony jako

[674] Art. 17 DMA reguluje badanie rynku przeprowadzane w celu wskazania strażników dostępu. Zgodnie z ust. 3 tego artykułu, Jeżeli przedsiębiorstwo świadczące podstawowe usługi platformowe osiągnęło progi ustanowione w art. 3 ust. 2, ale przedstawiło zgodnie z art. 3 ust. 5 dostatecznie uzasadnione argumenty podważające w wyraźny sposób domniemanie określone w art. 3 ust. 2, Komisja dąży do zakończenia badania rynku w terminie 5 miesięcy od daty, o której mowa w art. 16 ust. 3 lit. a) (tj. od daty rozpoczęcia tego badania).

[675] Zgodnie z art. 3 ust. 5 DMA, przedsiębiorstwo świadczące podstawowe usługi platformowe może przedstawić, wraz z powiadomieniem, dostatecznie uzasadnione argumenty w celu wykazania, że na zasadzie wyjątku, choć osiągnęło wszystkie progi określone w art. 3 ust. 2 DMA, to ze względu na okoliczności, w których świadczy odpowiednią podstawową usługę platformową, nie spełnia wymogów wymienionych w art. 3 ust. 1 DMA. W przypadku gdy przedsiębiorstwo świadczące podstawowe usługi platformowe przedstawi takie dostatecznie uzasadnione argumenty podważające w wyraźny sposób domniemania określone w ust. 2 niniejszego artykułu, Komisja może – niezależnie od akapitu pierwszego niniejszego ustępu – wszcząć procedurę ustanowioną w art. 17 ust. 3 DMA.

strażnik dostępu, mimo że nie spełnia określonych progów. Komisja uznała również, że choć usługi Google (Gmail), Microsoft (Outlook) oraz Samsunga (Samsung Internet Browser) spełniają kryteria kwalifikujące do statusu strażnika dostępu, przedsiębiorstwa te przedstawiły przekonywujące argumenty, że w zakresie świadczenia wspomnianych usług nie są oni strażnikami dostępu w świadczeniu tych usług. Samsung nie otrzymał statusu strażnika dostępu w odniesieniu do żadnej z podstawowych usług platformowych[676].

W związku z powyższym, koncepcja „strażnika dostępu" – wprowadzona w DMA – ustanawia nowy próg (nowe kryterium) dla regulacyjnej interwencji *ex ante*, który odbiega od podejścia ugruntowanego w prawie antymonopolowym, bazującym na wyznaczaniu „rynku właściwego" oraz badaniu siły rynkowej na tym rynku. Rozporządzenie ustala zasady określania dostawców podstawowych usług platformowych jako strażników dostępu, używając kryteriów takich jak: (i) liczba użytkowników, (ii) obrót w EOG oraz (iii) transgraniczny zakres działalności, lub przez indywidualną ocenę na podstawie analizy rynku, w przebiegu badania rynku uregulowanego w art. 17 DMA.

1.1.4.3. Podejście hybrydowe

Hybrydowe podejście jest charakterystyczne dla Wielkiej Brytanii. Brytyjski projekt regulacji platform internetowych wprowadził pojęcie przedsiębiorcy posiadającego „strategiczny status rynku" (*strategic market status* – SMS), które odnosi się do przedsiębiorcy prowadzącego działalność cyfrową[677] powiązaną z terytorium Zjednoczonego Królestwa[678]. Brytyjska koncepcja strategicznego statusu rynku (SMS) jest jasno zdefiniowana i odnosi się do znaczącej, ugruntowanej siły rynkowej w co najmniej jednym działaniu cyfrowym. Przedsiębiorca o statusie SMS musi spełnić kryterium pozytywne, tj. posiadać znaczną i

[676] Komunikat prasowy KE z 6.09.2023 r., *Ustawa o rynkach cyfrowych: Komisja wyznacza sześciu strażników*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328 (data dostępu: 18.11.2023 r.).

[677] Pojęcie „Działalność cyfrowa", w projekcie brytyjskiej ustawy jest stosunkowo szerokie i obejmuje: (i) świadczenie usługi za pośrednictwem Internetu (odpłatne lub nie); (ii) dostarczanie jednej lub większej liczby treści cyfrowych (za opłatą lub w inny sposób); (iii) jakąkolwiek inną działalność prowadzoną do celów działalności określonej w pkt (i) lub (ii).

[678] CMA nie można wyznaczyć przedsiębiorcy SMS, jeżeli działalność cyfrowa przedsiębiorcy nie jest powiązana ze Zjednoczonym Królestwem, jeżeli: a) działalność cyfrowa ma znaczną liczbę użytkowników w Zjednoczonym Królestwie; b) przedsiębiorca prowadzi w Wielkiej Brytanii działalność związaną z działalnością cyfrową; lub c) działalność cyfrowa lub sposób, w jaki przedsiębiorca prowadzi tę działalność cyfrową, prawdopodobnie będzie miała natychmiastowy, istotny i przewidywalny wpływ na handel w Zjednoczonym Królestwie. Czynniki takie jak lokalizacja siedziby przedsiębiorcy będą zatem nieistotne.

ugruntowaną siłę rynkową[679] oraz pozycję o charakterze strategicznym[680]. Definicja SMS opiera się przede wszystkim na sile rynkowej, ponieważ same kryteria ilościowe nie wskazują na problem antymonopolowy, czyli na możliwość skutecznego i trwałego wpływania przez danego przedsiębiorcę na warunki konkurencji. CMA może rozpocząć wstępne postępowanie w sprawie SMS, jeśli posiada uzasadnione przesłanki do przypuszczenia, że jest w stanie zidentyfikować przedsiębiorstwo posiadające SMS związane z działalnością cyfrową. W tym kontekście CMA powinno koncentrować się na największych przedsiębiorstwach generujących odpowiednio duży obrót. Status SMS będzie wyznaczany przez organ brytyjski również w oparciu o warunek negatywny dotyczący kryterium ilościowego, tj. obrotu szacowanego przez CMA[681]. Sygnalizuje to mniejszym przedsiębiorcom działającym w modelu biznesowym platform internetowych i świadczącym usługi cyfrowe, że nie stanowią oni grupy docelowej regulacji. Tym samym, brytyjskie prawodawstwo bazuje głównie na kryterium jakościowym, stanowiącym „wzmocniony test siły rynkowej", ale obejmuje również kryteria ilościowe, takie jak wielkość obrotu. Przedsiębiorcy SMS zostaną określeni po zakończeniu postępowania CMA, które może trwać maksymalnie dziewięć miesięcy.

1.2. Zakres przedmiotowy

W kontekście dynamicznie rozwijających się rynków cyfrowych i pojawiających się wyzwań regulacyjnych, kluczowe staje się dogłębne zrozumienie zakresu przedmiotowego różnych regulacji *ex ante*, które zostały wprowadzone w celu adresowania tych wyzwań. Niniejsza analiza ma na celu nie tylko wyjaśnienie podstawowych założeń i struktury tych regulacji, ale również identyfikację ich podobieństw i różnic, określenie ich relacji z istniejącym prawem konkurencji orazdokonanie klasyfikacji powyższych obowiązków regulacyjnych.

1.2.1. Ogólna koncepcja nadużycia pozycji dominującej

Jeśli nie doszło do nadużycia pozycji dominującej, nie można mówić o naruszeniu art. 102 TFUE lub art. 9 u.o.k.k.. Zarówno polskie, jak i unijne prawo antymonopolowe nie zawierają

---

[679] Aby ocenić, czy przedsiębiorca posiada znaczącą i ugruntowaną pozycję rynkową w odniesieniu do działalności cyfrowej do, CMA musi przeprowadzić ocenę perspektywiczną obejmującą okres co najmniej 5 lat, biorąc pod uwagę rozwój sytuacji, który: a) byłby oczekiwany lub przewidywalny, gdyby CMA nie wskazał przedsiębiorców jako posiadających SMS w odniesieniu do działalności cyfrowej oraz b) może mieć wpływ na zachowanie przedsiębiorcy podczas prowadzenia działalności cyfrowej.

[680] Będzie to miało miejsce, jeśli zostanie spełnione którekolwiek z czterech kryteriów: (i) przedsiębiorca ma znaczną wielkość lub skalę w zakresie działalności cyfrowej; (ii) znaczna liczba innych przedsiębiorców wykorzystuje jego usługi w swojej działalności; (iii) pozycja tego przedsiębiorcy w odniesieniu do danej działalności umożliwiłaby rozszerzenie jego siły rynkowej na inne rynki; lub (iv) pozycja przedsiębiorcy w odniesieniu do świadczonych przez niego usług pozwala mu określić sposób postępowania innych przedsiębiorców lub znacząco na nich wpływać.

[681] CMA nie można wyznaczyć przedsiębiorcy SMS, jeżeli jego obrót (w odpowiednim okresie podlegającym badaniu przez CMA) nie osiąga 25 miliardów funtów na całym świecie lub 1 miliard funtów w Wielkiej Brytanii (zob. pkt 7 projektu ustawy).

jednak legalnej definicji nadużycia (nadużywania) pozycji dominującej. W art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k. wymieniono szereg przykładów nadużyć. Są to jednak tylko przykłady, a nie wyczerpujące wyliczenie praktyk, które mogą być uznane za nadużywanie pozycji dominującej. Charakter prawny nadużycia nie jest określany przez nadaną mu nazwę, lecz przez zastosowanie merytorycznych kryteriów oceny (tj. oceny kryteriów materialnych art. 102 TFUE lub art. 9 u.o.k.k.)[682].

Specyfika normatywna art. 102 TFUE i art. 9 u.o.k.k. dotycząca oceny jednostronnych zachowań rynkowych przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą, charakteryzująca się lakonicznością i ogólnikowością, spowodowała, że rozwój standardów oceny poszczególnych zachowań rynkowych został przesunięty w stronę praktyki decyzyjnej i orzeczniczej (co zostało wyjaśnione w pkt IV.2 pracy doktorskiej). Zgodnie z definicją TS sformułowaną w sprawie *Hoffman-La Roche* pojęcie „nadużywanie" („nadużycie") w rozumieniu art. 102 TFUE jest „*pojęciem obiektywnym, odnoszącym się do zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które na rynku, na którym – właśnie ze względu na obecność tego przedsiębiorstwa – konkurencja jest już osłabiona, stwarzają przeszkodę w utrzymaniu istniejącego jeszcze na rynku poziomu konkurencji lub w jej rozwoju, wykorzystując w tym celu środki odmienne od środków stosowanych w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami, opartej na świadczeniach podmiotów gospodarczych*"[683].

Podobnie, na gruncie art. 9 u.o.k.k., nadużywanie pozycji dominującej zostało zdefiniowane przez SN w sprawie *Marquard Media*[684] jako zachowanie dominanta: „*które będąc obiektywnie sprzeczne z wzorcami normalnej konkurencji może wpływać na strukturę rynku pozycji dominującej lub innego rynku i przybiera postać stosowania środków niemających związku z konkurencją merytoryczną o nabywców, bądź polega na stosowaniu środków używanych w toku rywalizacji na konkurencyjnych rynkach, które jednak są nieproporcjonalne na rynku dotkniętym zachowaniem dominującego przedsiębiorcy, utrudniając w ten sposób zachowanie lub rozwój istniejącej jeszcze na nim konkurencji*".

[682] Wyrok Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel przeciwko Komisji*, EU:T:2014:547, pkt 219.
[683] Ang. „*an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition through recourse to methods different from those governing normal competition*". Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36, pkt 6.
[684] Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144.

Obie zaprezentowane definicje nadużycia pozycji dominującej odwołują się do strukturalnego aspektu konkurencji, czyli zdolności oddziaływania praktyki na strukturę rynku. Obie koncepcje wykorzystują wieloznaczne terminy do opisania tzw. „jakościowych" aspektów praktyki, które mają pomóc w odróżnieniu działań wykluczających konkurencję od tych antykonkurencyjnych, na przykład poprzez odniesienia do „konkurencji merytorycznej" czy „wzorców normalnej konkurencji"[685]. Powyższe definicje, skoncentrowane na praktykach wykluczających, nie są wyczerpujące, gdyż nie obejmują praktyk eksploatacyjnych. Praktyki wykluczające mają na celu eliminowanie z rynku rzeczywistych lub potencjalnych rywali (konkurentów) przedsiębiorcy dominującego, lub przynajmniej osłabienie ich pozycji. Z kolei praktyki eksploatacyjne mają na celu ekonomiczne wykorzystywanie konsumentów i kontrahentów dominanta, którzy mają znacznie słabszą pozycję ekonomiczną niż ten ostatni[686]. Treść koncepcji nadużycia zaproponowana w sprawie *Hoffmann-La Roche* zbyt wąsko zakreśla możliwy „zakres terytorialny" antykonkurencyjnego wykluczenia, sprowadzając go tylko do rynku zdominowanego. Definicja nadużycia sformułowana przez SN w sprawie *Marquard Media,* wskazuje natomiast wykluczenie może przejawiać się na innym rynku niż na rynku zdominowanym[687] (co zostało szeroko przeanalizowane w pkt V.1 pracy doktorskiej).

W odniesieniu do praktyk wykluczających pojęcie „nadużywanie" opiera się na obiektywnej ocenie zdolności danego zachowania do ograniczenia konkurencji, a zatem wywoływania efektu wykluczenia (zob. pkt IV.2.2 pracy doktorskiej) oraz ocenie, czy zachowanie to odbiega od modelu konkurencji merytorycznej [688] (zob. pkt IV.2.1 pracy doktorskiej). Termin „nadużycie" oznacza każdą praktykę mogącą naruszyć, za pomocą metod innych niż te stosowane w warunkach normalnej konkurencji, strukturę skutecznej konkurencji. Ocena, czy zachowanie ma charakter nadużycia, zakłada, że przedsiębiorca ma zdolność do ograniczenia konkurencji, a w szczególności wywołania skutków zarzucanego mu wykluczenia, przy czym oceny tej należy dokonać w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych związanych z tym zachowaniem.

Sam fakt wykluczenia konkurentów nie wystarczy do uznania danej praktyki za nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE (na gruncie prawa polskiego: art. 9 u.o.k.k.). W tym kontekście konieczny jest dodatkowy element bezprawności, który polega na zastosowaniu przez

[685] K. Kohutek, *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 64.
[686] M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 124-125.
[687] K. Kohutek, *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 64.
[688] Wyrok TS z 12.05 2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379, pkt, pkt 61

przedsiębiorcę dominującego środków wykraczających poza zakres konkurencji merytorycznej, czy innymi słowy „normalnej" konkurencji. Innymi słowy, aby ustalić, czy skutek w postaci wykluczenia konkurentów jest faktycznie lub potencjalnie ograniczający konkurencję, należy zbadać, czy środki zastosowane przez przedsiębiorcę dominującego mieszczą się w ramach „normalnej" konkurencji, co zostanie szczegółowo przeanalizowane w pkt IV.2.1 pracy doktorskiej.

Na mocy art. 102 TFUE i art. 9 u.o.k.k. na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku[689]. Powszechnie stosowana praktyka lub działalność handlowa, które normalnie przyczyniają się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji produktów i które mają korzystny wpływ na konkurencję, mogą bowiem ograniczyć tę konkurencję, gdy są realizowane przez przedsiębiorstwo dominujące[690]. Jednakże „szczególna odpowiedzialność" nie może pozbawiać przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą prawa do uwzględniania własnych interesów handlowych [691] (zob. pkt IV.2.5 pracy doktorskiej).

W związku z tym, koncepcja „nadużycia" zdefiniowana w orzecznictwie sądów unijnych opiera się na trzech elementach: (i) szczególnej odpowiedzialności sprawcy, którym musi być przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, za uniknięcie dalszego osłabienia konkurencji na rynku; (ii) skutkach antykonkurencyjnych oraz (iii) działaniach odbiegających od metod lub praktyk rządzących „normalną konkurencją", czyli konkurencją merytoryczną.

1.2.2. Obowiązki przejrzystości i uczciwości wskazane w Rozporządzeniu P2B

Rozporządzenie P2B zawiera liczne obowiązki służące zapewnieniu transparentności stosunków umownych operatorów platform internetowych dla użytkowników biznesowych. Wymogom przejrzystości towarzyszą również określone terminy, w których operatorzy platform internetowych muszą podejmować pewne działania. Przepisy dotyczące transparentności można podzielić na ogólne wymagania, które obejmują wszystkie (ogólne) warunki korzystania z platform internetowych, a także specjalne (szczegółowe) wymagania,

[689] Wyrok TS z 9.11.1983 r. wsprawie C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*, EU:C:1983:313, pkt 57.
[690] Wyroki Sądu z: 30.09.2003 r. w sprawie T-191/98 i od T-212/98 od T-214/98, *Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji*, EU:T:2003:245, pkt 1124, 1460; 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98, *Van den Bergh Foods przeciwko Komisji*, EU:T:2003:281, pkt 159.
[691] Wyrok TS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76, *United Brands and United Brands Continental przeciwko Komisji*, EU:C:1978:22, pkt 189.

które dotyczą tylko indywidualnych praktyk handlowych. Ogólne wymogi przejrzystości zostały wskazane w art. 3 ust. 1 lit a Rozporządzenia P2B[692]. Szczegółowe wymagania – będące przedmiotem rozważań w niniejszej pracy doktorskiej – odnoszą się m.in. do pozycjonowania (plasowania) ofert w wynikach wyszukiwania (art. 5 Rozporządzenia P2B)[693], nierównego traktowania ofert na platformie (art. 7 Rozporządzenia P2B)[694] oraz dostępu do danych (art. 9 Rozporządzenia P2B)[695].

Rozporządzenie P2B zawiera również nakazy określonych zachowań. Operatorzy platform nie mogą np. zmieniać warunków korzystania z platform bez uprzedniego powiadomienia użytkowników. W tym zakresie muszą oni przekazywać użytkownikom komercyjnym odpowiednie informacje na trwałym nośniku co najmniej 15 dni przed każdą zmianą (art. 3 ust. 2 Rozporządzenia P2B). Przewidziano również sankcję nieważności warunków niezgodnych z tym wymogiem. Art. 4 Rozporządzenia P2B zawiera zakaz zawieszania lub ograniczania usług pośrednictwa internetowego na rzecz użytkowników biznesowych bez uprzedniego ich powiadomienia oraz wskazania im powodu tych działań. W art. 8 lit a Rozporządzenia P2B uregulowano natomiast zakaz retrospektywnych zmian warunków korzystania z platform internetowych. Jest to jednak dozwolone, gdy tego typu zmiana wynika z obowiązku prawnego lub regulacyjnego lub gdy jest ona korzystna dla użytkowników biznesowych[696].

Przyjęta regulacja, charakteryzująca się dużą ostrożnością oraz ograniczająca się do formalnych wymogów transparentności, jest daleka od powyższych oczekiwań. Rozporządzanie P2B przede wszystkim łączy postanowienia dotyczące kwestii umownych, wymogów przejrzystości

---

[692] Zgodnie z tym artykułem, warunki korzystania z usług pośrednictwa internetowego muszą być sformułowane prostym i przystępnym językiem. Dodatkowo, w lit. b tego artykułu sprecyzowano, że wskazane warunki muszą być łatwo dostępne dla użytkowników biznesowych na wszystkich etapach ich stosunków handlowych z dostawcą usług pośrednictwa internetowego, w tym na etapie poprzedzającym zawarcie umowy. Operator platformy jest zobowiązany do uprzedniego powiadomienia użytkownika biznesowego o proponowanej zmianie na stałym nośniku danych (art. 3 ust. 2 Rozporządzenia P2B).

[693] Plasowanie ofert zostało zdefiniowane jako przyznawanie określonej widoczności towarom lub usługom oferowanym w ramach danej platformy, niezależnie od formy czy sposobu technicznego. W tym zakresie operatorzy platform muszą podawać główne parametry determinujące pozycjonowanie ofert oraz powody, dla których większe znaczenie nadano tym, a nie innym, parametrom. W przypadku gdy główne parametry obejmują możliwość wywierania wpływu na pozycjonowanie ofert w zamian za wynagrodzenie, operatorzy platform muszą również wyjaśnić tę możliwość oraz związane z nią skutki.

[694] Dotyczy to zarówno faworyzowania ofert pochodzących od danego operatora platformy lub kontrolowanych przez nich użytkowników (tzw. preferowanie własnych zintegrowanych produktów lub usług, *self-preferencing*), jak również uprzywilejowanego traktowania ofert wystawianych przez niezależnych użytkowników. Jeżeli operatorzy platform traktują użytkowników w różny sposób, muszą to wyjaśnić w warunkach korzystania z usług. Wyjaśnienie musi opierać się na najważniejszych względach ekonomicznych, biznesowych lub prawnych.

[695] Operator platformy musi wskazać, czy (i ewentualnie w jakim zakresie) posiada on dostęp do danych, a także jaki dostęp do danych mają użytkownicy biznesowi.

[696] A. Szmigielski, *Regulacja nieuczciwych i nietransparentnych praktyk handlowych w relacji między użytkownikami biznesowymi a platformami – znaczenie prawa antymonopolowego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2020, nr 9, s. 50.

i rozstrzygania sporów z jednoczesnym wezwaniem zainteresowanych przedsiębiorców do samoregulacji (stworzenia kodeksów postępowań)[697].

1.2.3. Lista zakazów i nakazów wskazana w DMA

DMA jest regulacyjnym instrumentem rynku wewnętrznego, który ma zastosowanie do przedsiębiorców wyznaczonych jako strażników dostępu w odniesieniu do określonych CPS, które są wymienione, zgodnie z art. 3 ust. 9 DMA, w decyzji Komisji o wyznaczeniu. W odniesieniu do tych CPS, strażnicy dostępu podlegają obowiązkom i zakazom określonym w art. 5, 6 i 7 DMA. Przepisy DMA zawierają automatycznie wykonywane obowiązki, jakie muszą spełniać strażnicy dostępu (art. 5 DMA) oraz obowiązki podlegające dalszemu doprecyzowaniu (art. 6 i 7 DMA), które powinni oni spełnić w odniesieniu do każdej ze swoich podstawowych usług platformowych wymienionych w odpowiedniej decyzji KE o wyznaczeniu tego przedsiębiorcy jako strażnika dostępu.

Tabela 7 – nakazy i zakazy wskazane w art. 5, 6 i 7 DMA oraz ich cele

Artykuł w DMA	Rodzaj zachowania (nakazu lub zakazu)	Cel
Art. 5 ust. 2	Szczegółowe wymogi w zakresie przetwarzania danych osobowych użytkowników; wskazane działania są dozwolone tylko wtedy, gdy użytkownik końcowy wyraźnie wyrazi na nie zgodę.	Ochrona prywatności użytkowników i zapobieganie nadmiernemu gromadzeniu i wykorzystywaniu danych osobowych przez duże platformy internetowe
Art. 5 ust. 3	Szczegółowe wymogi dotyczące zasad oferowania produktów lub usług za pośrednictwem innych kanałów niż te należące do strażnika dostępu.	Zapewnienie otwartości rynków oraz uczciwej konkurencji poprzez umożliwienie użytkownikom biznesowym sprzedaży swoich produktów lub usług na różnych warunkach w różnych kanałach dystrybucji
Art. 5. ust. 4	Szczegółowe wymogi dotyczące umożliwiania użytkownikom biznesowym nieodpłatnego przedstawiania ofert i zawierania umów z użytkownikami końcowymi	Wzmacnianie konkurencyjności rynku przez umożliwienie użytkownikom biznesowym promowania swoich ofert i zawierania umów niezależnie od platformy
Art. 5. ust. 5	Szczegółowe wymogi dotyczące zezwalania przez strażnika dostępu użytkownikom końcowym na dostęp i korzystanie z treści, subskrypcji, funkcji lub innych elementów poprzez aplikacje użytkownika biznesowego	Ułatwienie użytkownikom końcowym dostępu do różnorodnych treści i funkcji, zwiększając ich wybór i doświadczenie użytkownika
Art. 5. ust. 6	Zakaz uniemożliwiania ani utrudniania zgłoszeń do organów publicznych dotyczących nieprzestrzegania przez strażnika dostępu przepisów prawa	Zapewnienie transparentności i odpowiedzialności strażnika dostępu wobec przepisów prawa

[697] *Ibidem*, s. 51.

Art. 5. ust. 7	Szczegółowe wymogi dotyczące niemożności wymagania przez strażnika dostępu od użytkowników końcowych korzystania z określonych usług identyfikacyjnych, płatniczych lub technicznych wspierających płatności	Ochrona swobody użytkowników końcowych w wyborze usług identyfikacyjnych i płatniczych
Art. 5. ust. 8	Szczegółowe wymogi dotyczące niemożności wymagania przez strażnika dostępu subskrypcji lub rejestracji w innych swoich usługach jako warunku korzystania z podstawowych usług platformowych	Zapobieganie praktykom przenoszenia siły rynkowej na sąsiednie rynki oraz zmuszającym użytkowników do korzystania z dodatkowych usług strażnika dostępu
Art. 5. ust. 9	Szczegółowe wymogi dotyczące udzielania przez strażnika dostępu informacji reklamodawcom dotyczących ceny, wynagrodzenia i mierników obliczania cen za każdą umieszczaną reklamę	Zapewnienie przejrzystości i uczciwości w zakresie świadczenia internetowych usług reklamowych
Art. 5. ust. 10	Szczegółowe wymogi dotyczące udzielania przez strażnika dostępu informacji wydawcom dotyczących wynagrodzenia, ceny i mierników obliczania cen za każdą wyświetlaną reklamę	Zapewnienie przejrzystości i uczciwości w zakresie świadczenia internetowych usług reklamowych dla wydawców
Art. 6 ust. 2	Zakaz wykorzystywania niedostępnych publicznie danych użytkowników biznesowych w konkurencji z nimi przez strażnika dostępu	Zapewnienie uczciwości konkurowania przez zapobieganie wykorzystywaniu przez strażników dostępu danych użytkowników biznesowych w celach konkurencyjnych
Art. 6 ust. 3	Szczegółowe wymogi dotyczące umożliwienia użytkownikom końcowym łatwego odinstalowywania aplikacji i zmiany ustawień domyślnych.	Zapewnienie uczciwości konkurowania oraz kontestowalności rynków poprzez zapobiegania rozszerzania siły rynkowej operatora platformy internetowej na sąsiednie rynki.
Art. 6 ust. 4	Szczegółowe wymogi dotyczące umożliwienia instalacji i użytkowania aplikacji lub sklepów z aplikacjami oferowanych przez osoby trzecie.	Zwiększenie konkurencji i wyboru; zapewnienie „uczciwego” dostępu do rynku poprzez zapewnienie możliwości uzyskania dostępu do aplikacji i sklepów z aplikacjami w inny sposób niż tylko za pośrednictwem podstawowych usług platformowych strażnika dostępu.
Art. 6 ust. 5	Szczegółowe wymogi dotyczące równego traktowania usług i produktów oferowanych przez strażnika dostępu i osoby trzecie w ramach plasowania (przyznawanie określonej widoczności towarom lub usługom).	Zapewnienie równych i uczciwych warunków konkurencji między strażnikiem dostępu a użytkownikami biznesowymi na platformie internetowej.
Art. 6 ust. 6	Szczegółowe wymogi dotyczące niemożności ograniczania przez strażnika dostępu korzystania z różnych aplikacji i usług przez użytkowników końcowych (nieograniczanie multihomingu).	Zapewnienie kontestowalności rynków cyfrowych poprzez możliwość wyboru i korzystania z aplikacji i usług innych niż te, które są bezpośrednio oferowane przez strażników dostępu.
Art. 6 ust. 7	Szczegółowe wymogi dotyczące umożliwienia skutecznej interoperacyjności z usługami i sprzętem dostarczanym przez strażnika dostępu; przepis pozwala strażnikom dostępu na podejmowanie niezbędnych działań, aby upewnić się, że te nowe połączenia i współprace z innymi przedsiębiorcami nie zagrażają	Zapewnienie kontestowalnością rynków cyfrowych poprzez zapobieganie sytuacjom, w których strażnicy dostępu mogą blokować lub utrudniać działanie produktów konkurencyjnych

	bezpieczeństwu i stabilności ich własnych systemów i urządzeń.	przedsiębiorcom na swoich urządzeniach lub w swoich usługach.
Art. 6 ust. 8	Szczegółowe wymogi dotyczące zapewnienia reklamodawcom i wydawcom dostępu do narzędzi pomiaru wyników i danych dla niezależnej weryfikacji.	Zwiększenie transparentności i uczciwości w cyfrowym ekosystemie reklamowym, dając reklamodawcom i wydawcom narzędzia do dokładnej analizy i oceny efektywności ich kampanii reklamowych.
Art. 6 ust. 9	Szczegółowe wymogi dotyczące umożliwienia przenoszenia danych przez użytkowników końcowych i osoby trzecie.	Umożliwienie przenoszenia danych może stymulować konkurencję i innowacje na rynku, ponieważ nowi przedsiębiorcy mogą łatwiej wejść na rynek i oferować alternatywne usługi, które mogą korzystać z danych przenoszonych przez użytkowników.
Art. 6 ust. 10	Szczegółowe wymogi dotyczące zapewnienia użytkownikom biznesowym dostępu do danych zagregowanych i niezagregowanych.	Zwiększenie transparentności działania strażników dostępu i umożliwienie konkurentom oraz innym podmiotom rynkowym dostępu do kluczowych informacji, co sprzyja konkurencyjności na rynkach cyfrowych.
Art. 6 ust. 11	Szczegółowe wymogi dotyczące zapewnienia dostawcom wyszukiwarek internetowych dostępu do danych związanych z plasowaniem, kliknięciami i wyświetleniami.	Zapewnienie, że niezależni dostawcy wyszukiwarek internetowych mają dostęp do kluczowych danych dotyczących wyszukiwania, takich jak plasowanie, zapytania, kliknięcia i wyświetlenia, na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunkach. Umożliwienie mniejszym dostawcom wyszukiwarek konkurować z dominującymi strażnikami dostępu.
Art. 6 ust. 12	Szczegółowe wymogi dotyczące stosowania przez strażnika dostępu sprawiedliwych i niedyskryminujących warunków dostępu do jego usług.	Promowanie uczciwej konkurencji i transparentności na rynku cyfrowym, zapewniając, że wszyscy użytkownicy biznesowi mają równy dostęp do kluczowych platform internetowych (sklepów z aplikacjami, wyszukiwarek internetowych i internetowych serwisów społecznościowych) oraz że są dostępne jasne i sprawiedliwe procedury rozstrzygania sporów.
6 ust. 13	Zakaz nieproporcjonalnych ogólnych warunków rezygnacji z podstawowej usługi platformowej; nakaz zapewnia korzystanie z warunków rezygnacji bez zbędnych trudności.	Zwiększenie mobilności na rynku i umożliwienie użytkownikom biznesowym swobodnego przejścia do innych dostawców usług, co sprzyja konkurencyjności na rynku cyfrowym.
7	Szczegółowe obowiązki dotyczące interoperacyjności usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów	Poprzez wymóg interoperacyjności, DMA sprzyja konkurencji pomiędzy różnymi platformami komunikacyjnymi, co zwiększa wybór dla użytkowników. Wspieranie otwartego i konkurencyjnego środowiska dla usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów, promując interoperacyjność przy jednoczesnym zachowaniu

		wysokiego poziomu bezpieczeństwa i ochrony prywatności.

Źródło: opracowanie własne.

Jak wskazano w tabeli 7, art. 5 DMA, w ust. 2-10, zawiera dziewięć reguł, które nie wymagają dalszego precyzowania. Te reguły – zarówno zakazy, jak i obowiązki – są uważane za wystarczająco jasne, aby wyznaczeni strażnicy dostępu mogli przestrzegać ich bez dalszych wskazówek ze strony Komisji. Na przykład, art. 5 zabrania strażnikom narzucania określonego rodzaju klauzul najwyższego uprzywilejowania (MFN) użytkownikom biznesowym, lub śledzenia użytkowników końcowych poza swoją podstawową usługą platformy w celu kierowania reklam, chyba że użytkownik wyrazi zgodę w rozumieniu RODO[698].

Art. 6 i 7 zawierają z kolei 13 zasad, które mogą być poddane dalszemu wyjaśnieniu. Artykuł 6 DMA zawiera 12 złożonych norm postępowania, które regulują m.in. korzystanie z danych i ich udostępnianie, preferowanie własnych usług, przełączanie, interoperacyjność i ogólne warunki dostępu dla użytkowników biznesowych. Art. 7 zawiera bardziej szczegółowy obowiązek, który wymaga od strażników świadczących usługi komunikacji międzyosobowej niezależnej od numeru, aby podstawowe funkcje tej usługi były interoperacyjne z usługami komunikacji międzyosobowej niezależnej od numeru innych dostawców zgodnie z precyzyjnym harmonogramem. Komisja ma uprawnienia do wyjaśnienia zasad zawartych w artykule 6 i 7 DMA[699].

Katalog obowiązków, stanowiących rdzeń regulacji, jest „*wypadkową dorobku decyzyjnego europejskich organów ochrony konkurencji*”[700]. Na przykład zakaz „*preferowania samego siebie*” jest ściśle powiązany z decyzją w sprawie *Google Shopping*[701]. Zakaz wykorzystywania przez strażników niepublicznie dostępnych danych generowanych od użytkowników

[698] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

[699] Takie wyjaśnienie może przyjąć dwie formy. Po pierwsze, Komisja Europejska może przyjąć akty wykonawcze określające środki, które strażnicy muszą wdrożyć, aby przestrzegać zasad postępowania z artykułu 6 i 7. Po drugie, strażnik może poprosić Komisję o podjęcie dialogu regulacyjnego w celu ustalenia, czy środki, które strażnik zamierza przyjąć, są skuteczne w osiąganiu celów tych zasad. Komisja ma swobodę decydowania, czy podejmie ten dialog, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa, takimi jak zasady równego traktowania i proporcjonalności. Żaden z tych mechanizmów nie istnieje dla samodzielnie wykonujących się zasad z artykułu 5 DMA.

[700] U. Czarnomska-Bokowy, Prawo konkurencji a projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – kto przypilnuje strażników?, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2022, nr 1, s. 12.

[701] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping.*

biznesowych w celu konkurowania z tymi użytkownikami biznesowymi (art. 6 ust. 1 lit. a) DMA) odzwierciedla postępowanie Komisji Europejskiej w sprawie *Amazon Marketplace*[702].

Różnica między DMA a art.102 TFEU polega na tym, że DMA wprowadza „system zakazu", w przeciwieństwie do „systemu kontroli nadużyć". DMA różni się zatem od art. 102 TFEU, ponieważ nie opiera się na systemie kontroli nadużyć, ale raczej na systemie zakazów i nakazów. DMA nakłada obowiązki na ograniczoną liczbę graczy na rynku, bez możliwości analizy charakteru zachowania wyznaczonego strażnika dostępu. W ten sposób, w przeciwieństwie do nadużyć wykluczających na mocy art. 102 TFEU, gdzie muszą być spełnione dwa warunki: (i) dominujący przedsiębiorca musi korzystać z metod, które nie są zgodne z pojęciem „konkurencji merytorycznej", oraz (ii) zachowanie musi być zdolne do wywołania efektów wykluczających, nie ma takiej analizy na gruncie DMA. Zachowanie strażników dostępu nie musi być niezgodne z „konkurencją merytoryczną" ani żadnym innym standardem, który odnosi się do dwóch celów realizowanych przez DMA: kontestowalności i uczciwości. Jednocześnie nie trzeba udowadniać, że takie zachowanie wywołuje rzeczywiste lub prawdopodobne skutki na danym rynku[703].

1.2.4. Regulacja niemiecka – art. 19a GWB

Artykuł 19a(2) GWB pozwala Bundeskartellamt na zakazanie siedmiu rodzajów zachowań, jeśli są one podejmowane przez przedsiębiorstwo, które zostało za przedsiębiorstwo mające nadrzędne znaczenie międzyrynkowe. Zachowania wymienione w artykule 19a ust. 2 pkt 1-7 są sformułowane dość szeroko i powinny dać agencji elastyczność w interweniowaniu przeciwko nowym typom praktyk biznesowych, gdy tylko się pojawią.

Tabela 8 – zakazy praktyk z art. 19a ust. 2 GWB

Lp.	Opis zakazanej praktyki	Przykłady
1	Faworyzowanie własnych ofert nad ofertami konkurentów (*self-preferencing*)	a) Prezentowanie własnych ofert w bardziej korzystny sposób b) Wyłącznie preinstalowanie na urządzeniach własnych ofert lub integrowanie ich w inny sposób
2	Podejmowanie działań utrudniających innym przedsiębiorcom prowadzenie działalności gospodarczej	a) Preinstalacja lub integracja ofert dostarczonych przez przedsiębiorcę o statusie „PSCAM" b) Uniemożliwianie innym przedsiębiorstwom reklamowania własnych ofert lub dotarcia do swoich nabywców poprzez inne kanały oprócz tych udostępnionych lub pośredniczonych przez dane przedsiębiorstwo o statusie „PSCAM" (*anti-steering*)

[702] Decyzja KE z 20.12.2022 r. w sprawie AT.40462, *Amazon Marketplace*.
[703] A. Komninos, *The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?* (2022). https://ssrn.com/abstract=4136146 (data dostępu: 18.11.2023 r.), s. 1-4.

Lp.	Opis zakazanej praktyki	Przykłady
3	Utrudnianie konkurentom działania na rynku, gdzie przedsiębiorca może szybko rozszerzać swoją pozycję	a) Łączenie korzystania z oferty przedsiębiorstwa z automatycznym skorzystaniem z innej oferty tego samego przedsiębiorstwa o statusie „PSCAM" (która nie jest konieczna do skorzystania z pierwszej oferty, bez pozostawienia użytkownikowi wystarczającego wyboru, czy i w jaki sposób ma być wykorzystana ta druga oferta) b) Uwarunkowanie korzystania z oferty przedsiębiorstwa o statusie „PSCAM" od skorzystania z innej oferty tego samego przedsiębiorstwa
4	Tworzenie lub znaczące podnoszenie barier wejścia na rynek lub w inny sposób utrudnianie innym przedsiębiorstwom poprzez przetwarzanie danych istotnych dla konkurencji, które zostały zebrane przez przedsiębiorstwo o statusie „PSCAM", lub domaganie się warunków pozwalających na takie przetwarzanie	a) Uzależnienie korzystania z usług od wyrażenia przez użytkownika zgody na przetwarzanie danych pochodzących z innych usług przedsiębiorstwa lub zewnętrznego dostawcy, bez pozostawienia użytkownikowi wystarczającego wyboru, czy, w jaki sposób i w jakim celu te dane są przetwarzane b) Przetwarzanie danych istotnych dla konkurencji otrzymanych od innych przedsiębiorstw w celach innych niż niezbędne do świadczenia własnych usług na rzecz tych przedsiębiorstw, nie dając tym przedsiębiorstwom wystarczającego wyboru, czy, w jaki sposób i w jakim celu dane te są przetwarzane
5	Odmawianie interoperacyjności produktów/usług lub przenoszenia danych	Brak
6	Dostarczanie niewystarczających informacji o zakresie, jakości lub powodzeniu usług	Brak
7	Żądanie świadczeń nieproporcjonalnych za obsługę ofert innego przedsiębiorcy	a) Żądanie przeniesienia danych lub praw, które nie są absolutnie niezbędne do celu prezentacji tych ofert b) Uzależnienie jakości prezentacji tych ofert od przeniesienia danych lub praw, które nie są rozsądnie wymagane do tego celu

Źródło: opracowanie własne.

Jak wskazano w powyżej tabeli 8, art. 19a ust. 2 pkt 1 pozwala Bundeskartellamt na zakazanie przedsiębiorstwom prowadzącym usługi pośrednictwa faworyzowania własnych usług. Przepis podaje dwa przykłady takiego zachowania: (a) faworyzowanie własnych usług w wynikach rankingu, (b) wyłączne preinstalowanie lub w inny sposób integrowanie własnych usług na urządzeniach. Artykuł 19a ust. 2 pkt 2 pozwala Bundeskartellamt interweniować przeciwko praktykom wykluczającym na rynkach dostawczych lub dystrybucyjnych, jeśli działalność wyznaczonego przedsiębiorstwa jest kluczowa dla dostępu innych przedsiębiorców do tych rynków. Tego rodzaju strategia antykonkurencyjna może polegać na zapewnieniu, że tylko produkty przedsiębiorstwa mającego nadrzędne znaczenie międzyrynkowe są preinstalowane lub integrowane z innymi usługami platformowymi, a także na utrudnianiu konkurentom tego przedsiębiorstwa reklamowania ich produktów lub dotarcia do klientów za pomocą alternatywnych kanałów.

Artykuł 19a ust. 2 nadaje Bundeskartellamt uprawnienia do interwencji wobec: (i) praktyk wykluczających na rynkach, gdzie wyznaczone przedsiębiorstwa mogą szybko zwiększać swoją pozycję, nawet bez osiągnięcia dominacji rynkowej[704] (pkt 3); (ii) wykorzystywania danych w sposób tworzący bariery wejściowe lub eliminujący konkurentów (pkt 4); (iii) odmowy zapewnienia interoperacyjności usług lub możliwości przenoszenia danych (pkt 5); (iv) braku przejrzystości w zakresie, jakości lub sukcesu usług oferowanych innym przedsiębiorstwom (pkt 6); (v) stawiania nieproporcjonalnych żądań wobec innych przedsiębiorstw (pkt 7).

W przeciwieństwie do zasad postępowania określonych w art. 5 DMA, które nie wymagają dalszej specyfikacji przez Komisję, obowiązki określone w niemieckiej regulacji nie mają bezpośredniego („samowykonalnego") zastosowania, lecz uprawniają Bundeskartellamt do wydawania decyzji stwierdzających naruszenie. Co istotne, pierwsza decyzja stwierdzająca naruszenie nie będzie zawierała kar pieniężnych nałożonych na przedsiębiorcę, a jedynie nakaz zaprzestania określonego zachowania i ewentualnych środków zaradczych. Ponadto, w odróżnieniu od art. 5-7 DMA, obowiązki wynikające z art. 19a ust. 2 GWB nie są regułami *per se*. Tym samym, niemiecka regulacja jest zbliżona do systemu prawa konkurencji, opierającego się na zindywidualizowanej analizie danego zachowania przedsiębiorcy.

Jednakże, art. 19a GWB odwraca ciężar dowodu. Innymi słowy, w odróżnieniu od standardowego prawa konkurencji, Bundeskartellamt może zakazać działań wymienionych w art. 19a ust. 2 GWB, wyłącznie na podstawie faktu, że przedsiębiorstwo je podejmuje. Gdy niemiecki organ antymonopolowy udowodni określone zachowanie, ciężar dowodu przechodzi na operatora platformy, który musi udowodnić, że jego działania nie są nadużyciem, ponieważ nie szkodzą konkurencji lub że ewentualne negatywne skutki dla konkurencji są zrównoważone lub przewyższane przez względy efektywności.

1.2.5. Regulacja brytyjska – prokonkurencyjne podejście

W brytyjskiej propozycji prokonkurencyjnego reżimu dla rynków cyfrowych rekomenduje się opracowanie indywidualnego kodeksu postępowania dla każdego z wyznaczonych

[704] Przepis 19a ust. 2 pkt 3 wymienia dwa przykładowe zachowania tego typu przypominające praktykę sprzedaży wiązanej lub pakietowej, tj.: (i) zmuszanie klientów do korzystania z dodatkowej oferty tego samego przedsiębiorcy przy skorzystaniu z głównej oferty, nawet jeśli ta dodatkowa oferta nie jest niezbędna i nie dając klientom realnego wyboru, czy chcą z niej skorzystać; (ii) wymaganie od klientów skorzystania z innej oferty tego samego przedsiębiorcy, aby móc skorzystać z głównej oferty.

przedsiębiorców [705] . Propozycja ta nie zalecała ustanowienia wąskich "białych list" dopuszczalnego postępowania, ani nawet „czarnych list" zakazanego postępowania na wzór przepisów DMA. Zamiast tego, kodeks zindywidualizowany dla danego przedsiębiorcy (na późniejszym etapie procesu legislacyjnego określone jako: „wymogi dotyczące postępowania"[706]) powinien składać się z trzech elementów: (i) powinien określać cele, które kodeks ma na celu osiągnąć (np. uczciwy handel); (ii) powinien zawierać zasady, które określają standardy, jakie przedsiębiorca powinien przestrzegać, aby osiągnąć cele określone w kodeksie[707]. Te zasady mają zapewnić bardziej szczegółowe wyjaśnienie, co przedsiębiorca musi robić (np. prowadzić działalność gospodarczą na uczciwych i rozsądnych warunkach umownych); (iii) kodeks musi zawierać wytyczne, które wyjaśniają, jak należy interpretować zasady, z konkretnymi przykładami postępowania, które mogłoby je naruszyć.

Wymagania dotyczące postępowania są dozwolone, jeżeli ich celem jest zobowiązanie wyznaczonego podmiotu do: (i) prowadzenia handlu na sprawiedliwych i rozsądnych warunkach; (ii) posiadania efektywnych procesów obsługi skarg i sporów; (iii) dostarczania jasnych, istotnych, precyzyjnych i dostępnych informacji; (iv) udzielania z wyprzedzeniem powiadomień i wyjaśnień dotyczących istotnych zmian w odniesieniu do działalności cyfrowej; lub (v) dostarczania opcji lub ustawień domyślnych w sposób, który umożliwia użytkownikom podejmowanie świadomych i efektywnych decyzji. Wymogi te dotyczą zatem uczciwości i przejrzystości w działalności cyfrowe, podobne na wzór Rozporządzenia P2B.

Wymagania dotyczące postępowania są również dozwolone, jeżeli mają one na celu zapobieganie działaniom wyznaczonego przedsiębiorcy, takim jak: (i) stosowanie dyskryminacyjnych warunków, zasad lub polityk wobec różnych użytkowników lub typów użytkowników; (ii) korzystanie z własnej pozycji w odniesieniu do odpowiedniej działalności

---

[705] A new pro-competition regime for digital markets. Public consultation (2021), s. 18, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1003913/Digital_Competition_Consultation_v2.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.).

[706] Odchodząc od kodeksu postępowania, który został zaproponowany w poprzednim projekcie ustawy, ostatni projekt legislacyjny w czasie pisania pracy doktorskiej zaproponował wymogi dotyczące postępowania. Niezależnie od tego również „wymogi dotyczące postępowania", podobnie jak wcześniej zakładane kodeksy postępowań, będą „szyte na miarę" dla każdego wyznaczonego przedsiębiorcy o statusie SMS. Przedsiębiorcy o statusie SMS będą zobowiązane do przestrzegania konkretnych, dostosowanych wymogów dotyczących postępowania, które określają, jak powinny lub nie powinny zachowywać się w odniesieniu do swoich działań cyfrowych. Wymogi dotyczące postępowania odnoszą się do sposobu, w jaki podmioty o statusie SMS współpracują z innymi firmami i konsumentami, szczególnie w odniesieniu do działań, dla których zostały wyznaczone. Explanatory Notes relate to the Digital Markets, Competition and Consumers Bill as introduced in the House of Commons on 25 April 2023 (Bill 294), https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0294/en/220294en.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.); Explanatory Notes relate to the Digital Markets, Competition and Consumers Bill as introduced in the House of Commons on 8 November 2023 (Bill 3), https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-04/0003/en/230003en.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.).

[707] Zobowiązania, które mogą być nałożone na przedsiębiorców o statusie SMS, powinny wpisywać się w określony zestaw celów opartych na (i) uczciwym postępowaniu, (ii) otwartych wyborach i (iii) zaufaniu i przejrzystości. Każda z tych kategorii jest szeroko zdefiniowana, co umożliwia CMA dostosowanie wymagań dla każdego wyznaczonego przedsiębiorcy.

cyfrowej [708], aby traktować swoje własne produkty korzystniej niż produkty innych przedsiębiorstw; (iii) prowadzenie działań, które mogłyby znacząco zwiększyć siłę rynkową lub zwiększyć strategiczne znaczenie pozycji wyznaczonego przedsiębiorcy w odniesieniu do odpowiedniej działalności cyfrowej; (iv) sprzedaż wiązana lub pakietowa; (v) ograniczanie interoperacyjności; (vi) ograniczanie użytkownikom możliwości korzystania i dostępu do działalności cyfrowej; (vii) niesprawiedliwe wykorzystywanie danych; oraz (viii) ograniczanie korzystania z produktów innych przedsiębiorstw [709]. Wymogi te ogólnie odpowiadają obowiązkom wskazanych w DMA i art. 19a GWB[710].

Oprócz tych specyficznych dla przedsiębiorców wymogów, propozycja pozwoliłaby organowi egzekwującemu przeprowadzać interwencje prokonkurencyjne. W przeciwieństwie do kodeksu postępowania, który ma na celu zapobieganie wykorzystywaniu przez przedsiębiorcę swojej pozycji rynkowej, interwencje prokonkurencyjne miałyby na celu rozwiązanie podstawowej przyczyny utrwalonej pozycji rynkowej w pewnej działalności, np. braku mobilności danych osobowych, interoperacyjności lub dostępu do danych, i miałyby na celu wprowadzenie długoterminowych zmian dynamicznych w tych działaniach, otwierając możliwości dla większej konkurencji i innowacji[711].

1.2.6. Klasyfikacja obowiązków regulacyjnych

W literaturze dokonano próby klasyfikacji obowiązków (zakazów) skierowanych wobec największych operatorów platform internetowych. Niektórzy autorzy sugerują dostosowanie obowiązków do różnych modeli biznesowych poszczególnych platform, według modelu zindywidualizowanego[712]. Raport Centrum Regulacji w Europie (Centre on Regulation in Europe) zaklasyfikował obowiązki operatorów platform według czterech możliwych teorii szkody: (i) brak przejrzystości, (ii) szkodliwe „obudowywanie" platformy (ang. *platform envelopment*), (iii) *self-preferencing* (promowanie własnych produktów lub usług) lub odmowy dostępu, brak mobilności użytkowników oraz (iv) dysproporcja między prawami a

[708] „Odpowiednia działalność cyfrowa" w odniesieniu do wyznaczonego przedsiębiorstwa oznacza działalność cyfrową, w stosunku do której przedsiębiorca został wyznaczony jako posiadający status SMS.
[709] Competition and Consumers Bill as introduced in the House of Commons on 8 November 2023 (Bill 3), s. 28-31; https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-04/0003/en/230003en.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.).
[710] Wymogi te odzwierciedlają również różne formy nadużyć identyfikowane przez organy antymonopolowe na rynkach cyfrowych (np. sprzedaż wiązana, faworyzowanie własnych produktów lub usług).
[711] Competition and Consumers Bill as introduced in the House of Commons on 8 November 2023 (Bill 3), https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-04/0003/en/230003en.pdf (data dostępu: 16.11.2023 r.), s. 41-43.
[712] Zab. P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, "European Law Review" 2022, s. 16.

obowiązkami strażników bram i ich użytkowników biznesowych[713]. G. Monti proponuje rozróżnienie między obowiązkami zaprojektowanymi, aby ułatwić rywalom dostęp do rynku kontrolowanego przez strażników dostępu oraz obowiązkami pozwalającymi na konkurencję na rynkach związanych z tymi strażnikami, co ma na celu zapobieżenie rozszerzaniu ich władzy rynkowej[714]. Podobnie, P. I. Colomo klasyfikuje obowiązki skierowane do strażników dostępu na kategorie, które są oparte na typie wykorzystywania władzy rynkowej, a obowiązki te mają na celu zapobiegać: umocnieniu, wykorzystywaniu lub eksploatowaniu władzy rynkowej[715].

1.3. Konkluzje

Wyjątkowe natężenie cech ekonomicznych obserwowanych na rynkach cyfrowych, opisane w pkt I.1.1.1 pracy doktorskiej, stwarza nowe wyzwania, które mogą być trudne do rozwiązania za pomocą tradycyjnych narzędzi prawa konkurencji służących wyznaczaniu rynku właściwego oraz oceny siły rynkowej przedsiębiorców. Platformy internetowe takie jak np. wyszukiwarki internetowe, sieci społecznościowe, platformy handlu elektronicznego 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 – dotychczas stosowane ramy analityczne prawa konkurencji stosowane do rynków tradycyjnych (offline) mogą w niewystarczający sposób odzwierciedlić funkcjonowanie konkurencji na rynkach cyfrowych, w których funkcjonują platformy internetowe. Chociaż platformy te, jak i rynki, na których działają, mają specyficzne cechy, które należy uwzględniać w analizie prawa konkurencji, narzędzia służące do wyznaczania rynku właściwego oraz oceny pozycji dominującej są na tyle elastyczne, by można je było stosować adekwatnie do tego typu usług (produktów) cyfrowych. Dlatego, mimo że rynki cyfrowe podlegają często bardzo dynamicznym zmianom, taka rzeczywistość gospodarcza nie zwalnia platform internetowych spod kontroli prawa konkurencji[716].

Prawo konkurencji określa zakazy praktyk, które mogą ograniczać konkurencję na rynkach cyfrowych. Zakazy te są zazwyczaj oparte na standardach, tj. na szerokich, niedookreślonych

---

[713] A. de Streel, B. Liebhaberg, A. Fletcher, R. Feasey, J. Crämer, G. Monti, *The European Proposal for a Digital Markets Act: A First Assessment,* „CERRE Assessment Paper" 2021, s. 19. Podobnie:

[714] G. Monti, *The Digital Markets Act: Institutional Design and Suggestions for Improvement*, „TILEC Discussion Paper" 2021, nr 4, s. 2-3.

[715] P. I. Colomo, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2021, nr 7, s. 561, 564-566.

[716] Dynamiczne zmiany charakteryzujące rynki cyfrowe mogą prowadzić do sytuacji, w której istniejące przepisy prawa konkurencji wydają się nieadekwatne lub przestarzałe w stosunku do bieżącej rzeczywistości gospodarczej. Nie oznacza to, że platformy internetowe powinny być wyłączone spod regulacji prawa konkurencji. Kluczowym staje się konieczność adaptacji i ewentualnej aktualizacji przepisów prawa konkurencji, aby nadal były one skuteczne w zmieniającym się środowisku gospodarczym.

pojęciach, w tym tzw. klauzulach generalnych, co zostanie wskazane w pkt IV.2 pracy doktorskiej. Tymczasem regulacja sektorowa jest stosowana w obszarach, gdzie rynki, w tym rynki cyfrowe, wykazują naturalne niedoskonałości. W tych przypadkach może być konieczne zastąpienie tradycyjnych mechanizmów rynkowych oraz ogólnych standardów prawa konkurencji interwencją publiczną w postaci zdefiniowania „pozytywnych" obowiązków regulacyjnych (nakazujące określone działania), skierowanych do największych operatorów platform internetowych, opartych na regułach. Taka regulacja jest często bardziej szczegółowa i dostosowana do konkretnych wymogów sektora cyfrowego, eliminując potrzebę analizy każdej sytuacji indywidualnie na wzór przepisów prawa ochrony konkurencji. Podczas gdy prawo konkurencji zwykle nakłada obowiązki reaktywne, regulacje sektorowe *ex ante* wprowadzają obowiązki proaktywne. W zakresie elastyczności, prawo konkurencji jest stosowane w sposób indywidualny, w odpowiedzi na konkretne przypadki, podczas gdy regulacje sektorowe mają szerszy zasięg, nie będąc ograniczone do pojedynczych sytuacji obserwowanej na rynkach cyfrowych. Jeśli chodzi o czas stosowania przepisów, regulacje sektorowe działają *ex ante* i są stosowane stale, tworząc strukturalne ramy dla naprawy niedoskonałości rynków cyfrowych. W przeciwieństwie do tego, prawo konkurencji działa *ex post*, reagując na działania antykonkurencyjne w sposób bardziej sporadyczny (epizodyczny).

Dodatkowo, w odniesieniu do środków zaradczych stosowanych w regulacjach sektorowych, w przeciwieństwie do prawa konkurencji, regulacja sektorowa nie koncentruje się na karach finansowych. Zamiast tego skupiają się głównie na nakładaniu obowiązków behawioralnych, np. określeniu uczciwych i transparentnych zasad usług świadczonych przez operatorów platform internetowych.

W odniesieniu do poszczególnych instrumentów regulacyjnych *ex ante* należy wskazać, że Unia Europejska, Wielka Brytania i Niemcy opracowały różnorodne ramy prawne mające na celu ochronę i promowanie konkurencji w gospodarce cyfrowej. Zarówno systemy regulacji platform cyfrowych proponowane przez UE, jak i te w Wielkiej Brytanii, opracowały podobny zestaw obowiązków, w postaci nakazów i zakazów, aby skuteczniej interweniować na rynkach platform cyfrowych.

DMA zawiera precyzyjnie określoną listę szczegółowych zakazów i obowiązków, które są adresowane zasadniczo do każdego strażnika dostępu, niezależnie od jego modelu

biznesowego, rodzaju świadczonej podstawowej usługi platformowej czy jej specyfiki[717]. W przeciwieństwie do tego, brytyjska propozycja zakłada złagodzenie naturalnej „sztywności" reguł *per se* poprzez indywidualne dostosowywanie wymagań dla każdego adresata – wyznaczonego przedsiębiorcy o statusie SMS. Choć na wstępie wymaga to większego nakładu czasu i wysiłku, jest to rozsądna inwestycja mająca na celu zminimalizowanie ryzyka błędów w przyszłości, o ile liczba wyznaczonych operatorów platform o strategicznym statusie rynkowym pozostanie ograniczona. Mimo że model Unii Europejskiej, oparty na ściśle zdefiniowanych regułach *per se*, zapewnia większą pewność prawną, bardziej elastyczny system Wielkiej Brytanii, opierający się na celach i zasadach, posiada zalety. Ten drugi umożliwia brytyjskiemu organowi egzekwującemu te przepisy szybsze wykrywanie i reagowanie na antykonkurencyjne zachowania, które nie są wyraźnie określone w regulacjach stosujących sztywne reguły *per se*.

Nowe niemieckie przepisy, które mieszczą się na granicy prawa konkurencji i regulacji sektorowej, obrały inny kierunek. Zamiast stosować reguły *per se,* nowa sekcja 19a GWB wprowadziła założenia dotyczące szkodliwości nowych typów nadużyć ze strony potężnych platform cyfrowych. Decyzja o przyjęciu tego podejścia, zamiast stosowania jasno zdefiniowanych reguł *per se*, była prawdopodobnie podyktowana chęcią zapewnienia, że nowe uprawnienia niemieckiego organu antymonopolowego będą zgodne z postanowieniami DMA. Akt o rynkach cyfrowych wyklucza bowiem możliwość równoległej krajowej regulacji zachowań strażników, której celem jest zapewnienie uczciwości i kontestowalności na rynkach cyfrowych. DMA jest zatem bardziej oparte na regułach z naciskiem na szybkość i łatwość prowadzenia postępowania, podczas gdy propozycje Wielkiej Brytanii i Niemiec są bardziej oparte na zasadach i skupione na proporcjonalności interwencji.

Porównania interwencji antymonopolowej, dokonywanej na podstawie art. 102 TFUE, do interwencji regulacyjnej, dokonywanej na podstawie DMA, przedstawiono w poniższej tabeli.

Tabela 9 – porównanie interwencji antymonopolowej (art. 102 TFUE) do interwencji regulacyjnej (DMA)

Artykuł 102 TFUE	**DMA (Akt o Rynkach Cyfrowych)**
Prawo konkurencji ma na celu utrzymanie skutecznej (niezakłóconej) konkurencji na rynku właściwym i dobrobytu konsumentów	Regulacja mająca na celu utrzymanie konkurencyjności i uczciwości rynków cyfrowych
Stosuje się do zachowań rynkowych po ich wystąpieniu (*ex post*)	Stosuje się *ex ante* z zamiarem zapobiegania pewnych z góry zdefiniowanych zachowań rynkowych

[717] Należy wskazać, że niektóre nakazy i zakazy określonych zachowań, wskazane w art. 6 i 7 DMA, są skierowane jedynie do określonych CPS.

Artykuł 102 TFUE	DMA (Akt o Rynkach Cyfrowych)
Bezpośrednio stosowane przez Komisję Europejską, krajowe organy ochrony konkurencji i sądy krajowe	Jedynym organem egzekwującym jest Komisja Europejska
Obiektywna uzasadnienie antykonkurencyjnych zachowań jest możliwe	Co do zasady, nie akceptuje się obiektywnego uzasadnienia
Analiza często koncentruje się na skutkach jakie zachowania rynkowe wywołują na rynku	Zastosowanie reguł (nakazów i zakazów) bez względu na rzeczywiste efekty
Elastyczność przepisów, gdyż teorie szkód mogą ewoluować z czasem	Ograniczona elastyczność przepisów[718]
Artykuł 102 TFUE stosuje się bezpośrednio, opiera się na wyznaczeniu rynku właściwego, ustaleniu pozycji dominującej i nadużyciu tej pozycji	Stosuje się po wyznaczeniu strażników dostępu, opiera się na liście podstawowych usług platformy i ilościowych progach ilościowych

Źródło: opracowanie własne.

Chociaż formalnie DMA – w odróżnieniu od niemieckiej regulacji rynków cyfrowych – nie jest integralną częścią systemu prawa konkurencji, to jednak wykazuje więcej podobieństw do tych instrumentów prawnych, niż mogłoby się wydawać na podstawie oficjalnych oświadczeń. Pomimo że preambuła DMA podkreśla wyraźną różnicę celów pomiędzy DMA a prawem konkurencji, dyskusyjne pozostaje, czy te cele różnią się tak znacząco, jak sugeruje preambuła DMA. Ponadto istnieją wyraźne podobieństwa między merytorycznymi postanowieniami obu instrumentów, co prowadzi do niejasności i intensywnej debaty na temat ich wzajemnych relacji. Opinie na temat tego zagadnienia można podzielić na dwie kategorie: (i) tych, którzy zgadzają się z podejściem Komisji i postrzegają DMA jako nowy, niezależny instrument regulacyjny, oraz (ii) tych, którzy dostrzegają podobieństwa i uważają DMA za integralną część szerszego kontekstu prawa konkurencji. J. Cioffi, traktując DMA jako „*odrębny i dodatkowy system regulacyjny*”[719], oraz P. I. Ibáñez Colomo, argumentujący, że propozycja DMA jest „*czymś więcej niż prostą modyfikacją prawa konkurencji*”[720], reprezentują pierwszą kategorię. W przeciwieństwie do nich, H. Schweitzer opisuje to narzędzie jako „*uproszczoną wersję prawa konkurencji*”[721], natomiast B. Schroeter i A. Hoyng postrzegają DMA jako instrument prawa konkurencji, działający *ex ante*[722].

[718] Na marginesie należy jednak wyjaśnić, że DMA zawiera instrumenty mające na celu uelastycznienie jego stosowania. Do instrumentów tych można zaliczyć badania rynku, uregulowane w art. 16-19 DMA. Przykładowo, KE na mocy art. 19 DMA może przeprowadzić badanie rynku dotyczące nowych usług i nowych praktyk. Kolejnym sposobem uelastycznienia stosowania przepisów DMA jest możliwy dialog regulacyjny między KE a strażnikiem dostępu nakierowany na wypełnienie obowiązków wskazanych w art. 6 i 7 DMA, które mogą podlegać doprecyzowaniu na mocy art. 8 DMA.
[719] J. Cioffi, *Beyond Competition: The Regulatory Turn & the Emerging Era of Intervention in Platform Firms & Markets*, “Policy Brief in Research Project Governing Work in the Digital Age” 2021, s. 7.
[720] P.I. Colomo, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, “Journal of European Competition Law & Practice” 2021, nr 7, s. 568.
[721] H. Schweitzer, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal* (2021), https://ssrn.com/abstract=3837341 (data dostępu: 1.12.2023 r.), s. 4.
[722] B. Schroeter, A. Hoyng, *De Digital Markets Act als instrument voor het mededingingsbeleid in perspectief*, “Markt & Mededinging” 2021, nr 4-5, s. 163, 165.

Niezależnie od deklarowanej roli uzupełnienia prawa konkurencji, treść i zakres DMA przecinają się z treścią i zakresem unijnego prawa konkurencji. Tożsamość obowiązków, jakie mają być nakładane na strażników dostępu, z praktykami, które identyfikowane były dotychczas jako nadużycie pozycji dominującej przez organy ochrony konkurencji, świadczy o tym, że DMA w istocie służy realizacji tych samych lub bardzo zbliżonych celów co prawo konkurencji, jedynie innymi metodami. Chociaż DMA ma podobne cele co prawo konkurencji, sposób ich realizacji jest inny. Prawo konkurencji dotyczy, w poszczególnych przypadkach, zachowań biznesowych, które zakłócają konkurencję na rynku wewnętrznym, stosując zasady określone w art. 101 i 102 TEFU, podczas gdy DMA ma na celu zapobieganie zawodności rynków cyfrowych, niezależnie od rzeczywistych lub potencjalnych skutków ekonomicznych danych praktyk. Podejście DMA jest bardziej prewencyjne, koncentrując się na zapobieganiu potencjalnym zakłóceniom konkurencji, podczas gdy prawo konkurencji UE ma charakter reaktywny i skupia się na ściganiu nielegalnych praktyk, które już miały miejsce. Na gruncie DMA, w przeciwieństwie do stosowania art. 102 TFUU (art. 9 u.o.k.k.) nie ma potrzeby udowadniania antykonkurencyjnego celu lub skutku w poszczególnych przypadkach. DMA przewiduje, że określone działania tak wyznaczonych podmiotów są zakazane *per se,* bez konieczności wykazania (chociażby potencjalnego) ich wpływu na konkurencję.

Zważywszy na istotne podobieństwa między tymi instrumentami prawnymi pod względem celów, zobowiązań i procedur egzekwowania, istnieje potrzeba zachowania pewnego stopnia spójności i konsekwencji, by zagwarantować pewność prawną. Dyskusje na temat relacji między DMA a prawem konkurencji ujawniają, że granica pomiędzy tymi obszarami prawnymi nie jest wyraźnie określona. Nakładające się na siebie obowiązki i zakazy mogą prowadzić do konfliktów między DMA a prawem konkurencji, co generuje trudności w określaniu zakresu i granic DMA. Pojawia się zatem pytanie, w jaki sposób można ułatwić stosowanie obu instrumentów i jak zoptymalizować ich współdziałanie[723].

2. Relacja między regulacją (*ex ante*) a prawem antymonopolowym (*ex post*)

Związek między prawem konkurencji a regulacjami rynków cyfrowych jest skomplikowany oraz wielopoziomowy[724]. Można wskazać na różne metody wzajemnej relacji między prawem konkurencji a regulacją *ex ante*, w tym na stosunek komplementarności oraz subsydiarności

[723] B. Beems, *The DMA in the broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspective*, "European Competition Journal" 2023, nr 1, s. 9.

[724] Dogłębne zrozumienie tych powiązań przekracza ramy tej rozprawy doktorskiej. W tym kontekście, przedstawiono ogólne spostrzeżenia, które są istotne dla głównego tematu badania, tj. oceny skuteczności interwencji antymonopolowej i regulacyjnej w ocenie jednostronnych zachowań operatorów platform internetowych posiadających siłę rynkową.

między interwencją regulacyjną i antymonopolową. Z perspektywy prawa konkurencji, interwencja regulacyjna może stanowić przeszkodę w stosowaniu tych przepisów lub też regulacja może stanowić istotny punkt odniesienia do oceny zachowania przedsiębiorcy na gruncie art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) jako zachowania odbiegającego od modelu konkurencji merytorycznej.

2.1. Komplementarny charakter regulacji rynków cyfrowych

W niektórych jurysdykcjach regulacje powinny uzupełniać egzekwowanie przepisów *ex post,* jeżeli nie mogą one skutecznie zdyscyplinować siły rynkowej istniejących przedsiębiorców działających na rynkach cyfrowych. Niektóre wnioski legislacyjne regulacji rynków cyfrowych (np. DMA) wskazywały, że wdrażane przepisy mają na celu uzupełnienie istniejącego prawa konkurencji i zrównoważenie ryzyka niedostatecznego egzekwowania przepisów na rynkach cyfrowych[725]. W związku z tym, prawo konkurencji i obserwowane na jego gruncie problemy dotyczące możliwych ograniczeń konkurencji na rynkach cyfrowych stanowiły impuls do przyjęcia odrębnej od reguł konkurencji regulacji rynków cyfrowych[726]. Te regulacje mają na celu uzupełnienie istniejących przepisów antymonopolowych poprzez rozwiązywanie problemów o charakterze strukturalnym (niemogące być skutecznie rozwiązane na gruncie reguł konkurencji) lub rozwiązanie określonych zachowań przedsiębiorców w szybszy i skuteczniejszy sposób niż na gruncie prawa antymonopolowego[727]. Naturalnym rozwiązaniem na rynkach mających strukturalne ograniczenia jest wprowadzenie regulacji sektorowych jako skutecznych i spójnych ram prawnych zapewniających zarówno konkurencję, jak i ochronę innych wartości (np. uczciwości i kontestowalności rynków cyfrowych). Prawo konkurencji może więc stanowić bodziec do stworzenia regulacji sektorowej poprzez identyfikację i adresowanie problemów konkurencyjnych, które nie są w pełni rozwiązywane przez obecne przepisy antymonopolowe[728].

---

[725] KE, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM(2020) 842 final.

[726] Praktyka orzecznicza i decyzyjna organów i sądów na gruncie reguł konkurencji dotyczą obserwowanych praktyk operatorów platform internetowych w sektorze cyfrowym miała wpływ na proponowane regulacje *ex ante* rynków cyfrowych. Przykładem mogą być przepisy dotyczące *self-preferencing* i dostępu do danych. Inne jurysdykcje rozpoczęły reformy regulacyjne w następstwie badań rynku prowadzonych przez organy konkurencji dotyczące określonych platform internetowych i rynków cyfrowych.

[727] Prawo konkurencji i regulacje rynków cyfrowych magą być komplementarne (uzupełniające). Przykładowo, jak wskazano w motywie 11 DMA, niniejsze rozporządzenie służy osiągnięciu celu, który ma charakter uzupełniający względem celu polegającego na ochronie niezakłóconej konkurencji. Teoretycznie, pozwala to na równoległe stosowanie tych przepisów do tych samych lub podobnych sytuacji, co oznacza, mogą one być stosowane w odniesieniu do tego samego zachowania tego samego przedsiębiorcy. W tym kontekście należy rozważyć, czy duplikacja postępowań i sankcji nie będzie stanowiło naruszenia zasady *ne bis in idem* (rozważania w tym zakresie zostały wskazane w pkt IV.3.7 pracy doktorskiej).

[728] TS scharakteryzował relacje między prawem konkurencji UE i regulacjami sektorowymi na rynkach telekomunikacyjnych w następujący sposób: „*reguły konkurencji zawarte w TFUE uzupełniają (...) poprzez kontrolę ex post ramy legislacyjne*

W powyższym kontekście, regulacje dotyczące rynków cyfrowych przyjęte na szczeblu UE, takie jak DMA i Rozporządzenie P2B, przewidują, że te regulacje nie wpływają na stosowanie reguł konkurencji na szczeblu unijnym i krajowym[729]. Przykładowo, relacje między DMA a prawem konkurencji są określone w art. 1 DMA oraz ogólnych zasadach prawa UE, takich jak zasada lojalnej współpracy określona w art. 4 ust. 3 TUE. Zgodnie z art. 1 ust. 6 lit. a) i c) DMA, rozporządzenie to nie narusza stosowania art. 101 i 102 TFEU, odpowiednich przepisów krajowego prawa konkurencji oraz unijnych i krajowych przepisów dotyczących kontroli koncentracji. Art. 1 ust. 6 lit. b) DMA dalej stanowi, że rozporządzenie to nie narusza krajowych przepisów konkurencji zakazujących innych form jednostronnego zachowania, o ile takie przepisy (i) są stosowane do przedsiębiorstw innych niż strażnicy dostępu; lub (ii) nakładają na strażników dostępu dodatkowe obowiązki niż te przewidziane w DMA.

Prawo konkurencji nie tylko zapoczątkowało proces wprowadzenia DMA[730], ale również ma na celu wypełnienie luk regulacyjnych poprzez skuteczne rozwiązanie wszelkich problemów związanych z konkurencyjnością i uczciwością na obserwowanych rynkach cyfrowych. Zgodnie z art. 1 ust. 6 DMA również po wejściu w życie rozporządzenia prawo konkurencji nadal stanowi instrument oddziaływania na praktyki biznesowe tych przedsiębiorstw, które zarazem podlegają szczególnej regulacji DMA jako strażnicy dostępu[731]. Biorąc również pod uwagę, że DMA jest instrumentem regulacyjnym ukierunkowanym na ściśle określonych przedsiębiorców i zachowaniach, egzekwowanie prawa konkurencji będzie nadal odgrywać kluczową rolę w zapewnianiu dobrze funkcjonujących rynków w sektorze cyfrowym. Egzekwowanie prawa konkurencji będzie również miało zasadnicze znaczenie dla rozwiązania problemu pojawiających się praktyk antykonkurencyjnych w sektorze cyfrowym, a zatem jego wyniki mogą zostać uwzględnione przez Komisję przy ocenie, czy i w jaki sposób należy

zawarte w regulacjach dotyczących postępowania ex ante na rynkach telekomunikacyjnych". Wyrok TS z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, EU:C:2010:603.

[729] Przykładowo, zgodnie z motywem 10 DMA, ponieważ niniejsze rozporządzenie ma na celu uzupełnienie egzekwowania prawa konkurencji, należy je stosować bez uszczerbku dla art. 101 i 102 TFUE, dla odpowiadających im krajowych reguł konkurencji i dla innych krajowych reguł konkurencji dotyczących praktyk jednostronnych. Zgodnie z art. 1 ust. 5 Rozporządzenia P2B, niniejsze rozporządzenie
pozostaje bez uszczerbku dla prawa Unii, w szczególności prawa Unii mającego zastosowanie w obszarach konkurencji.

[730] Jak wskazano, problemy obserwowane na gruncie prawa konkurencji w odniesieniu do działań dominujących operatorów platform internatowych, w tym jego nieefektywność, było źródłem inspiracji do przyjęcia DMA.

[731] W powyższym przepisie skonkretyzowano zarazem zakres uregulowań prawa konkurencji, dla których DMA pozostaje bez uszczerbku. Jest to uzasadnione, gdyż zakres prawa konkurencji może być rozumiany różnie. Zasadniczo obejmuje adresowane do przedsiębiorstw i ich związków normy służące przeciwdziałaniu praktykom ograniczającym konkurencję (nadużywaniu pozycji dominującej i porozumieniom ograniczającym konkurencję) oraz reguły kontroli koncentracji zapobiegające antykonkurencyjnym koncentracjom na rynku, a także normy mające na celu przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji przez władze publiczne (państwo), w tym prawo subwencyjne (prawo pomocy państwa). Por. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2021, s. 4-5.

dostosować lub uzupełnić wykaz podstawowych usług platformy lub obowiązków strażników zgodnie z art. 19 DMA.

2.2. Subsydiarny charakter regulacji rynków cyfrowych

Niektóre regulacje nakierowane do rozwiązywania problemów antymonopolowych obserwowanych na rynkach cyfrowych mogą mieć z kolei charakter subsydiarny względem reguł konkurencji[732]. Oznacza to, że te narzędzia i inicjatywy są stosowane tylko wtedy, gdy istniejące reguły konkurencji nie są wystarczające lub odpowiednie do rozwiązania określonego problemu (rozważania w zakresie zasady proporcjonalności interwencji antymonopolowej zostały wskazane w pkt IV.3.5 pracy doktorskiej).

Badania rynku, jak wskazano, to narzędzie, które pozwala organom regulacyjnym na zrozumienie dynamiki rynku i identyfikację potencjalnych problemów konkurencyjnych. Są one często stosowane jako środek pomocniczy, który uzupełnia istniejące reguły konkurencji. Podobnie, NCT miało na celu uzupełnienie istniejących przepisów UE dotyczących konkurencji, dodając nowe narzędzie do badania rynku mające na celu rozwiązanie strukturalnych problemów konkurencji na rynkach[733]. W obu przypadkach, te narzędzia i inicjatywy są stosowane jako uzupełnienie, a nie zamiennik dla istniejących reguł konkurencji. Są one stosowane w sytuacjach, gdy istniejące reguły konkurencji nie są w stanie skutecznie rozwiązać problemu, a nie jako pierwszy środek zaradczy.

2.3. Stosowanie regulacji rynków cyfrowych jako przeszkoda w stosowaniu prawa konkurencji oraz innych regulacji

Zgodnie z art. 1 ust. 7 DMA, krajowe organy nie mogą podejmować decyzji sprzecznych z decyzją Komisji na mocy DMA. Przykładowo krajowe organy konkurencji nie mogą nakładać na strażników dostępu środków zaradczych, które niweczyłyby decyzję Komisji przyjmowane na mocy DMA.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów unijnych reguły konkurencji nie miałyby zastosowania w sprawach objętych regulacją *ex ante*, jeżeli przedsiębiorca działając na podstawie przepisów sektorowych nie mógł podejmować samodzielnych działań, nawet jeśli przedsiębiorca działając na podstawie regulacji sektorowej naruszył przepisy prawa

[732] Np. badania rynku oraz porzucona przez Komisję inicjatywa – NCT.
[733] Jednak Komisja ostatecznie zdecydowała się porzucić tę inicjatywę.

konkurencji[734]. Przedsiębiorca nie odpowiada za zachowanie wymagane przepisami prawa publicznego w sytuacji, gdy władza publiczna nie pozostawiła miejsca na autonomiczne decyzje uczestników rynku.

Zakres poszczególnych obowiązków wskazanych w poszczególnych regulacjach sektorowych może zastępować lub pozbawiać sensu stosowanie innych regulacji. Można to zilustrować na następującym przykładzie. Obecnie, na mocy Regulacji P2B, operator platformy posiadająca status strażnika dostępu musi ujawnić, czy udziela swoim usługom zróżnicowanego traktowania za pomocą rankingu. Na mocy DMA, operator ten powinien powstrzymać się od faworyzowania własnych usług w rankingu. W rezultacie, obowiązek przejrzystości na mocy Regulacji P2B jest pozbawiony swojego celu. Innymi słowy, w takich przypadkach, DMA nie stosuje się bez uszczerbku dla Regulacji P2B, ale ją zastępuje. Dzieje się tak, ponieważ w takich przypadkach DMA nie towarzyszy obowiązek przejrzystości. W powyższym przykładzie, DMA nie wymaga od strażników dostępu ujawniania, że nie mają prawa do faworyzowania własnych usług[735].

Może dochodzić również do napięć i konfliktów między równoczesnym stosowaniem regulacji rynków cyfrowych (np. DMA) a stosowaniem prawa konkurencji oraz krajowych przepisów prokonkurencyjnych (np. art. 19a GWB).

2.4. Znaczenie naruszenia regulacji z perspektywy prawa konkurencji

Poszczególne regulacje rynków cyfrowych określające ogólne obowiązki dotyczące przejrzystości oraz regulaminów korzystania z danych platform mogą stanowić pukt odniesienia (ang. *benchmark*) do oceny zachowań przedsiębiorców ocenianych na podstawie prawa konkurencji[736]. Przykładowo, zidentyfikowane w Rozporządzeniu P2B potencjalnie problematyczne praktyki w przypadku posiadania przez operatora platformy internetowej pozycji dominującej mogą stanowić problem o charakterze antymonopolowym[737]. Standardy

[734] Zob. np. wyrok TS z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, EU:C:2010:603, pkt 80.
[735] K. Bania, *Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the "without prejudice" clause*, "European Competition Journal" 2023, nr 1, s. 119-121.
[736] Analogicznie, w przypadku nadmiernie wygórowanych cen, jedną z metod analizy, czy doszło do naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej jest porównanie aktualnej ceny stosowanej przez podmiot dominujący z ceną referencyjną panującą w warunkach konkurencji (tj. cena ta stanowi punkt odniesienia do oceny antymonopolowej). W doktrynie prowadzona jest debata, czy i ewentualnie, w jakim zakresie naruszenie obowiązków regulacyjnych może stanowić analogiczny punkt odniesienia do oceny odpowiedzialności antymonopolowej. Zob.: OECD, *Executive Summary of the Roundtable on Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Paryż 2021, s. 5; Costa-Cabral F., O. Lynskey, *Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law*, „Common Market Law Review" 2017, nr 1, s. 11-20.
[737] W Rozporządzeniu P2B nie wskazano jednak, czy (i ewentualnie, w jakim zakresie) wymogi nałożone na platformy mogą mieć znaczenie dla prawa konkurencji, a w szczególności dla zakazu nadużywania pozycji dominującej. W artykule 1 ust. 5 Rozporządzenia P2B sprecyzowano jedynie, że regulacja ta pozostaje bez uszczerbku dla prawa konkurencji. Warunki

nałożone na gruncie Rozporządzenia P2B mogą stanowić istotne okoliczności faktyczne oraz punkt odniesienia do oceny zachowania podmiotu dominującego. Regulacje te mogą wpływać na to, jak oceniane są praktyki rynkowe pod kątem prawa konkurencji[738]. W szczególności, zgodność lub niezgodność zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą z przepisami innymi niż prawa antymonopolowe (np. RODO[739]) może w odpowiednim przypadku stanowić, wśród istotnych okoliczności danej sprawy, przesłankę mającą znaczenie dla ustalenia tego, czy zachowanie to stanowi wykorzystanie środków stosowanych w warunkach normalnej konkurencji, a także dla oceny skutków, jakie ma dana praktyka na rynku lub dla konsumentów[740]. Przy wykonywaniu swoich kompetencji organ ochrony konkurencji powinien bowiem ocenić w szczególności, czy badane zachowanie polega na wykorzystaniu środków odmiennych od tych stosowanych w ramach konkurencji merytorycznej, z uwzględnieniem kontekstu prawnego i gospodarczego, w który wpisuje się to zachowanie[741].

2.5. Mechanizm koordynacji postępowań wskazany w DMA

DMA oraz unijne i krajowe prawo konkurencji, a także krajowe regulacje rynków cyfrowych, mogą być w praktyce stosowane równolegle do tego samego zachowania strażnika dostępu lub do różnych części tego zachowania. Deklarowana komplementarność DMA i prawa konkurencji wymaga koordynacji postępowań między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji w ich odpowiednich dziedzinach kompetencji. Należy to interpretować w kontekście orzecznictwa TS w sprawie kumulacji postępowań prowadzonych na podstawie przepisów sektorowych i prawa konkurencji oraz ewentualnie sankcji nakładanych w wyniku

przejrzystości mają jednak znaczenie dla prawa konkurencji, a brak transparentności w funkcjonowaniu usług pośrednictwa internetowego może prowadzić do reakcji prawnej na gruncie prawa antymonopolowego; zob.: R. Polley, T. Pesch, *Die P2B-Verordnung und ihre Bedeutung für das Kartellrecht*, "Wirtschaft und Wettbewerb" 2019, nr 10, s. 497.

[738] Na przykład, regulacje dotyczące standardów branżowych mogą definiować „uczciwą konkurencję" w danej branży. Zgodnie z niemieckim prawem antymonopolowym, w procesie oceny potencjalnego nadużycia pozycji dominującej przez dominanta, szczególną uwagę przywiązuje się do warunków handlowych narzucanych kontrahentom. Analiza ta uwzględnia możliwe naruszenia przepisów prawnych, które wykraczają poza ramy samego prawa antymonopolowego. Nadużycie pozycji dominującej jest rozpoznawane w sytuacji, gdy narzucone warunki handlowe nie zapewniają zachowania równowagi interesów między stronami. Zob.: Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook*, pkt 526-527.

[739] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

[740] Wyrok TS z 4.07.2023 r. w sprawie C-252/21, *Meta Platforms*, EU:C:2023:537, pkt 47. Jak wskazał K. Kohutek: „*regulacje kreujące jednolite w skali całej Unii zasady ochrony danych osobowych można również postrzegać jako wyznaczające »ramy prawne« merytorycznej (normalnej) konkurencji w zakresie pozyskiwania i przetwarzania takich danych*". Zob. K. Kohutek, *Naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych (RODO) a nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4.07.2023 r., C-252/21, Meta Platforms Inc. (dawniej Facebook Inc.) przeciwko Bundeskartellamt*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2023, nr 10, s. 36.

[741] Wyrok TS z 6.09.2017 r. C-413/14 P, *Intel przeciwko Komisji*, EU:C:2017:632, pkt 136.

tych postępowań na te same podmioty za tożsame zachowania biznesowe (zob. pkt IV.3.7 pracy doktorskiej).

Zgodnie z motywem 90 DMA, współpraca ta ma przyczynić się do realizacji celu w postaci spójnego, skutecznego i uzupełniającego się egzekwowanie dostępnych instrumentów prawnych stosowanych wobec strażników dostępu. DMA przewiduje współpracę krajowych organów konkurencji w egzekwowaniu przez Komisję DMA oraz określa ramy tej współpracy w art. 38 DMA. W ust. 1 tego artykułu wskazano podstawę prawną do wymiany informacji. Komisja i krajowe organy konkurencji współpracują i wymieniają się informacjami, w tym poufnymi, za pośrednictwem ECN. Zgodnie z ustępem 2 tego przepisu, jeśli krajowy organ konkurencji planuje wszcząć dochodzenie wobec strażnika dostępu w sprawie naruszenia reguł konkurencji, musi powiadomić Komisję przed rozpoczęciem lub niezwłocznie po jego rozpoczęciu. Informacja ta może być również udostępniana innym krajowym organom konkurencji. Jeśli krajowy organ planuje nałożyć obowiązki na gruncie prawa konkurencji, musi przekazać projekt środka Komisji nie później niż 30 dni przed jego przyjęciem. W przypadku środków tymczasowych, informacja ta musi być przekazana jak najszybciej (art. 38 ust. 3 DMA).

Na podstawie mechanizmu koordynacyjnego ustanowionego w DMA, Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji powinny efektywnie wykorzystywać dostępne zasoby w sposób uzupełniający i dążyć do unikania powielania działań egzekwujących, aby zapewnić efektywność w egzekwowaniu prawa. Innymi słowy, w przypadkach, gdy istnieje ryzyko nakładania się działań egzekwujących prawa konkurencji i DMA, Komisja i krajowe organy antymonopolowe powinny ze sobą współpracować w celu ustalenia, która z instytucji powinna podjąć działania w danym przypadku, aby zapewnić najbardziej skuteczne egzekwowanie, przy jednoczesnym unikaniu duplikacji postępowań. Aby określić najbardziej skuteczną strategię egzekwowania, Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji muszą uwzględniać istotne aspekty sprawy, w szczególności zakres, w jakim dostępne instrumenty egzekwowania mogą obejmować merytoryczny lub geograficzny zakres badanego zachowania. Należy zwrócić uwagę, że DMA, jako narzędzie regulacyjne rynku wewnętrznego, co do zasady pozwala na szybsze działanie egzekwujące niż prawo konkurencji. W związku z tym, w większości przypadków, DMA – jako narzędzie regulacji *ex ante* – jest bardziej skuteczne w egzekwowaniu postępowań strażnika dostępu niż tradycyjne prawo konkurencji. DMA pozwala na bardziej efektywne działania egzekwujące w przypadku uregulowanych w nim zachowań strażnika dostępu. Gdy Komisja prowadzi dochodzenie w sprawie pewnego

zachowania strażnika dostępu na podstawie DMA w odniesieniu do określonej podstawowe usługi platformowej (CPS), krajowe organy ochrony konkurencji powinny dążyć do unikania prowadzenia równoległego dochodzenia w ramach prawa konkurencji w stosunku do tego samego zachowania tego samego strażnika dostępu.

2.6. Konkluzje

Analiza relacji między regulacją *ex ante* a prawem antymonopolowym (*ex post*) w kontekście rynków cyfrowych ujawnia złożoną dynamikę, gdzie regulacje *ex ante*, takie jak DMA, komplementarnie uzupełniają prawo konkurencji, a poprzez system obowiązków i nakazów kształtują standard działania na rynkach cyfrowych przez podmioty poddane regulacji. Inne regulacje, stanowiące uzupełnienie przepisów o ochronie konkurencji, takie jak badania rynkowe, są stosowane subsydiarnie do istniejących przepisów antymonopolowych. Zadaniem tych regulacji jest reagowanie na wyzwania obserwowane na rynkach cyfrowych, w tym na problemy strukturalne, które mogą być trudne do rozwiązania wyłącznie za pomocą tradycyjnego prawa konkurencji.

Regulacje rynków cyfrowych mają również wpływ na ocenę praktyk rynkowych z perspektywy prawa konkurencji. Na przykład standardy ustanowione na gruncie Rozporządzenia P2B mogą stanowić ważne okoliczności faktyczne (punkt odniesienia) do oceny zachowań przedsiębiorców dominujących[742]. Jednocześnie prawo konkurencji odgrywa kluczową rolę w zapewnianiu dobrze funkcjonujących rynków cyfrowych.

Dla zapewnienia skuteczności interwencji prawnej na rynkach cyfrowych, kluczowa jest koordynacja działań w ramach regulacji *ex ante* oraz postępowań prowadzonych na podstawie prawa konkurencji. Jest to szczególnie ważne w kontekście egzekwowania DMA wobec praktyk biznesowych strażników dostępu. Taka koordynacja powinna zapewniać spójne i skuteczne stosowanie obu obszarów prawa, jednocześnie unikając potencjalnych napięć i konfliktów wynikających z równoczesnego stosowania obu rodzajów instrumentów prawnych.

[742] W odpowiednim przypadku, zgodność lub niezgodność zachowania przedsiębiorcy dominującego z przepisami pozaantymonopolowymi (np. RODO) może być istotną przesłanką do oceny, czy jego działania odpowiadają warunkom normalnej konkurencji oraz jak wpływają na rynek lub konsumentów.

ROZDZIAŁ IV.
ZASADA PEWNOŚCI PRAWA W KONTEKŚCIE INTERWENCJI ANTYMONOPOLOWEJ I REGULACYJNEJ NA RYNKACH CYFROWYCH

Rozdział ten koncentruje się na zasadzie pewności prawa w kontekście interwencji antymonopolowej i regulacyjnej na rynkach cyfrowych. Rozważany jest zakres tej zasady oraz jej znaczenie dla stosowania prawa konkurencji i regulacji sektorowych w oparciu o standard unijny, a także pomocniczo o standard konwencyjny i konstytucyjny[743]. Analizie poddano zakres zasady pewności prawnej i bezpieczeństwa prawnego, w kontekście stosowania prawa konkurencji w sytuacji „względnej nieznajomości faktów"[744] oraz nowych form nadużycia, a także wpływ niepewności co do faktów i celów na skuteczność i przewidywalność prawa konkurencji. Dodatkowo, rozpatrywana jest otwarta tekstowość pojęć prawa konkurencji, ze szczególnym uwzględnieniem zakazu nadużywania pozycji dominującej, kwestie konkurencji merytorycznej, antykonkurencyjnych skutków, testów prawnych, kategorii nadużyć oraz obiektywnego uzasadnienia dla pewnych działań. Wreszcie, skupiono się na zdefiniowanych kryteriach zapewniających lub sprzyjających pewności prawa w kontekście stosowania art. 102 TFUE (w polskim prawie krajowym: art. 9 u.o.k.k.) oraz regulacji rynków cyfrowych, uwzględniając spójność prawa, rolę instrumentów miękkiego prawa, domniemania prawne, standardy dowodowe, zamiar antykonkurencyjny oraz proporcjonalność interwencji antymonopolowej i regulacyjnej. Pytania badawcze rozdziału skupiają się na realizacji zasady pewności prawnej w ramach prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych, wpływie otwartej tekstowości pojęć prawa konkurencji na interpretację zakazu nadużywania pozycji dominującej oraz kryteriach i narzędziach sprzyjających pewności prawnej w tych kontekstach.

1. Zakres zasady pewności prawnej oraz bezpieczeństwa prawnego

Przedsiębiorcy powinni mieć zaufanie do organów państwa i egzekwowanych przez nich przepisów[745], co ma gwarantować bezpieczeństwo i stabilność prowadzenia działalności

[743] Bez względu na ewentualne różnice w jej rozumieniu, w niniejszej pracy zostanie przedstawiony trzon, który w wspomnianych systemach prawnych będzie, jeśli nie tożsamy, to na pewno zbliżony.
[744] Tj. niemożność przewidzenia wszystkich możliwych okoliczności. Zob.: H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oksford 1994, s. 128.
[745] Zasadę zaufania wyraża m.in. art. 8 ustawy z 14.06.1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023 r. poz. 775), gdzie zgodnie z § 1 tego przepisu: „*Organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania*". Natomiast zgodnie z § 2 wyżej wymienionego artykułu: „*Organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym".* Podobnie art. 10 ust. 1

gospodarczej. Z tego względu zasada ochrony zaufania obywatela do państwa oraz pewność prawa stanowią gwarancje zapewniające ochronę wolności gospodarczej, a ściślej wolności od ingerencji państwa w sferę życia gospodarczego. Przedsiębiorcy będą skłonni do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej tylko wówczas, gdy ich relację do państwa i stanowionego w nim prawa będzie cechowało zaufanie. Tylko w takiej sytuacji przedsiębiorcy będą podejmowali ryzyko niezbędne do prowadzenia, a przede wszystkim do rozwijania działalności gospodarczej. Bezpośrednio powiązane jest to z kolei z pewnością prawa i bezpieczeństwem prawnym.

Pewność prawa jest wartością konstytucyjną i zarazem przesłanką gwarancyjną, która zapewnia przedsiębiorcom stabilizację ich sytuacji w stosunkach wzajemnych, zwłaszcza wobec władz publicznych [746]. Zasada pewności prawa służy zapewnieniu jasności i precyzji przy konstruowaniu prawa (tj. zapewnienie odpowiedniej jakości prawa [747]), a także realizacji postulatu przywitalności prawa[748]. Pewność prawa oraz wynikająca z niej zasada określoności czynów zabronionych mają fundamentalne znaczenie dla każdej jurysdykcji opartej na rządach prawa, a także stanowią ogólną zasadę prawa UE wywiedzioną przez TS ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich [749]. Podstawą prawną zasady określoności czynów zabronionych jest art. 49 Karty praw podstawowych[750], który stanowi, że „*nikt nie może zostać skazany za popełnienie czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu, który według prawa krajowego lub prawa międzynarodowego nie stanowił czynu zabronionego pod groźbą kary w czasie jego popełnienia*" (*nullum crimen sine lege*)[751]. O ile nie ulega wątpliwości, że ze

---

Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2023 r. poz. 221, ze zm.) wskazuje, że: *„Organ kieruje się w swoich działaniach zasadą zaufania do przedsiębiorcy, zakładając, że działa on zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów*". Zgodnie z orzecznictwem TK zasada zaufania do państwa i prawa przez nie stanowionego „*opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postepowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą*". Zob. wyrok TK z 14.06.2000 r., sygn. akt P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138.

[746] Zob. D. Kornobis-Romanowska, *Pewność prawa w Unii Europejskiej. Pomiędzy autonomią jednostki a skutecznością prawa UE*, Warszawa 2018, s. 1-17; L. Kieres, *Konstytucyjne publiczne prawo gospodarcze*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2014, nr 4, s. 208.

[747] Jakość ta ma umożliwiać jednostce dostosowanie swojego zachowania do nakazu lub zakazu i prowadzenie działalności bez ryzyka nałożenia sankcji. D. Miąsik, *Zasady i prawa podstawowe. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2022, s. 208. Zasada ta obowiązuje w polskim i konwencyjnym porządku prawnym. Składa się ona na uregulowaną w art. 2 Konstytucji zasadę demokratycznego państwa prawnego. W przypadku systemu konwencyjnego, stanowi jeden z podstawowych elementów rządów prawa. A. Doniec, *Stosowanie kar pieniężnych w unijnym i polskim prawie konkurencji w świetle wymogów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2016, s. 78-79.

[748] D. Miąsik wskazuje, że zasada ta stanowi podstawę unijnego porządku prawnego. *Ibidem*, s. 204-205.

[749] Zob. wyroki TS z: 10.09.2009 r. w sprawie C-201/08, *Plantanol GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Darmstadt*, EU:C:2009:539, pkt 46; 22.05.2008 r. w sprawie C-266/06 P, *Evonik Degussa przeciwko Komisji i Radzie*, EU:C:2008:295, pkt 38-40. D. Miąsik wskazuje, że zasada ta stanowi podstawę unijnego porządku prawnego. Zob.: D. Miąsik, *Zasady i prawa podstawowe. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2022, s. 204, 207.

[750] Dz. U. z 7.07.2016 r., C 202, s. 389.

[751] Zasada ta ma również podstawę prawną w art. 7 EKPC. Na marginesie należy wskazać, że zasada pewności prawa jest źródłem (podstawą) dla innych, bardziej szczegółowych, zasad ogólnych, jak zasada ochrony uzasadnionych prawnie

względu na surowość sankcji antymonopolowych oraz ich charakter[752] przedmiotowa zasada obowiązuje także w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji, o tyle wątpliwości może budzić to, jaki powinien być jej standard ochrony[753]. Zgodnie z motywem 37 Rozporządzenia 1/2003 publicznoprawne egzekwowanie prawa konkurencji wymaga respektowania podstawowych praw i zasad przyjętych w szczególności w KPP. Natomiast zgodnie z motywem 38 tego rozporządzenia pewność prawa dla przedsiębiorstw działających na podstawie reguł konkurencji UE przyczynia się do promocji innowacyjności i inwestycji. Zasada pewności prawa działa generalnie jako ogranicznik zasady efektywności[754] (skuteczności), która została wskazana w pkt II.1.4 pracy doktorskiej.

Pewność prawa wymaga, aby przepisy prawne były jasne i precyzyjne, a jej celem jest zapewnienie przewidywalności sytuacji i stosunków prawnych podlegających prawu Unii[755]. Warunek ten jest spełniony, jeśli zainteresowany na podstawie treści przepisu i w razie potrzeby na podstawie wykładni dokonanej przez sądy (lub właściwy organ) jest w stanie określić, jakie działania i zaniechania grożą pociągnięciem go do odpowiedzialności[756]. Jednocześnie niejasności wynikające z użycia terminów prawniczych powinny być rozstrzygane na korzyść danej jednostki. Należy przy tym zaznaczyć, że przez prawo rozumie się zarówno prawo stanowione, jak i orzecznictwo sądowe, z tym zastrzeżeniem, że musi ono spełniać wymogi

---

oczekiwań, zasada ochrony zaufania, zasada niedziałania prawa wstecz, zasada *nulla poena sine lege* i *nullum crimen sine lege,* zasada powagi rzeczy osądzonej. D. Miąsik wskazuje, że zasada ta stanowi podstawę unijnego porządku prawnego. Zob.: D. Miąsik, *Zasady i prawa podstawowe. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2022, s. 210.

[752] Zgodnie z kryteriami sformułowanymi w wyrok ETPC z 8.06.1976 r. w sprawie 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *Engel i in. przeciwko Niderlandom*, HUDOC, pkt 82.

[753] Zagadnienie to jest powiązane ze sporem o karną naturę kar pieniężnych nakładanych przez organy antymonopolowe. Przykładowo, ETPC akceptował możliwość niższego standardu gwarancji proceduralnych z uwzględnieniem specyfiki rozstrzygania przez organy administracyjne. Przykładowo w sprawie *Menarini* ETPC wskazał, że sposób wywiązywania się przez organ administracyjny z wymogów wynikających z art. 6 Konwencji może różnić się od typowych spraw karnych. Wyrok ETPC z 27.09.2011 r. w sprawie 43509/08, *Menarini Diagnosticts S.R.L. przeciwko Włochom*, HUDOC, par. 62. Powyższe podejście zostało w pełni zaaprobowane przez SN, który stwierdził, że „*w sprawach z odwołania od decyzji nakładającej karę pieniężną nie muszą być zachowane takie same gwarancje, jakie obowiązują w postępowaniu karnym*". Uchwała SN z 21.01.2016 r., sygn. akt III SZP 4/15, OSNP 2016/8/110. Zob. szerzej: W. P. Wils, *Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network*, "World Competition" 2020, nr 1, s. 5-34; K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 307; M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 184-202.

[754] Zasada pewności prawa traktowana jest jako wyznaczająca granice dla zasady skuteczności. D. Miąsik, *Zasady i prawa podstawowe. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2022, s. 210.

[755] Zob. wyrok TS z 18.11.2008 r. w sprawie C-158/07, *Jacqueline Förster przeciwko Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, EU:C:2008:630, pkt 67.

[756] Zob. m.in. wyrok TS z: 3.05.2007 r. w sprawie C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW przeciwko Leden van de Ministerraad*, EU:C:2007:261, pkt 50; 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P, *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*, EU:C:2015:717, pkt 41; wyrok ETPC z 22.06.2000 r. w sprawach 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, *Coëme i in. przeciwko Belgii*, HUDOC, pkt 145. Tym samym sankcje za naruszenie prawa można nałożyć tylko wtedy, gdy wynikają z jasnej i jednoznacznej podstawy prawnej. Podmioty podległe danej regulacji powinny być w stanie wywieść z tych przepisów, które działania i zaniechania pociągną za sobą odpowiedzialność prawną oraz jakie kary mogą oni ponieść za naruszenie dyspozycji tych przepisów; zob. m.in. wyrok TS z 10.03.2009 r. w sprawie C-345/06, *Gottfried Heinrich*, EU:C:2009:140, pkt 44.

jakościowe, tj. w szczególności wymogi dostępności i przewidywalności[757]. Przedsiębiorca nie może być zatem karany na podstawie zbyt ogólnych przepisów, np. stanowiących, że każde zachowanie przedsiębiorstwa dominującego, które jest oceniane niekorzystnie dla jego konkurentów, daje podstawę do nałożenia kary pieniężnej. Podmioty prawa muszą wiedzieć, jaka jest treść tego prawa, aby móc zaplanować swoje działania zgodnie z nim[758]. Sam jednak fakt, że prawo musi być jasne i precyzyjne, niekoniecznie oznacza, że przepisy o charakterze „otwartym", takie jak art. 102 TFUE, są z natury problematyczne. W celu zapewnienia pewności prawa ważne jest w tym kontekście, aby wcześniejsze orzecznictwo lub praktyka decyzyjna dostarczyły przynajmniej jasnych wskazówek co do znaczenia i zakresu takich przepisów [759] . Ponadto pewność prawa wymaga, by „*instytucje co do zasady unikały niespójności, które mogą się pojawić przy wdrażaniu różnych przepisów prawa Unii*"[760].

Prawo może spełniać wymóg przewidywalności nawet wtedy, gdy dany adresat musi skorzystać z porady prawnej, aby określić – w stopniu, jaki jest rozsądny w danych okolicznościach – jakie konsekwencje będzie miało określone zachowanie. To twierdzenie odnosi się zwłaszcza do osób wykonujących działalność w sposób profesjonalny, które są przyzwyczajone do tego, że muszą zachowywać się bardzo ostrożnie, gdy prowadzą swoją działalność[761]. Można od nich oczekiwać, że przedsięwezmą specjalne środki ostrożności przy ocenie ryzyka, jakie niesie ze sobą dana działalność. Przedsiębiorcy posiadający pozycję dominującą podlegają przy tym surowszym obowiązkom niż podmioty działające w środowisku konkurencyjnym.

Jak wskazuje A. Doniec, dopuszczalna jest możliwość dostosowywania znaczenia danego przepisu do zmieniających się okoliczności, pod wskazanymi warunkami, a przez to ustalanie szerszego zakresu typu czynu zabronionego, na drodze wykładni sądowej. Dokonując interpretacji przepisów, nie można tworzyć nowego typu czynu zabronionego, który byłby zupełnie oderwany od zamierzenia prawodawcy, a zatem byłby niezgodny z naturą czynu zabronionego[762]. Pewność prawa jest dla przedsiębiorców tym większa, im prawo jest bardziej

---

[757] Zob. np. wyrok Sądu z 13.07.2011 r. w sprawie T-138/07, *Schindler Holding Ltd i in. przeciwko Komisji*, EU:T:2011:362, pkt 96.
[758] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Nowy Jork 2007, s. 242.
[759] Y. Bouzoraa, *Between Substance and Autonomy: Finding Legal Certainty in Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2022, nr 2, s. 145.
[760] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 59.
[761] Zob. wyrok TS z 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P, *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*, EU:C:2015:717, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. także A. Doniec, *Stosowanie kar pieniężnych w unijnym i polskim prawie konkurencji w świetle wymogów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2016, s. 82 wraz z przywołanym tam orzecznictwem.
[762] A. Doniec, *Stosowanie kar pieniężnych w unijnym i polskim prawie konkurencji w świetle wymogów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2016, s. 83.

jasne i stabilne (trwałe), zarówno w fazie jego stanowienia, jak i stosowania przez organy regulacyjne. Z tego względu organy władzy publicznej, w tym organy regulacyjne i organy ochrony konkurencji muszą dostatecznie uzasadnić merytorycznie potrzebę interwencji na gruncie danego stanu faktycznego, jak również stosować jednolite i spójne standardy w podobnych stanach faktycznych. Rozstrzygnięcia (decyzje) odnoszące się do oceny zakazu nadużywania pozycji dominującej są przewidywalne, gdy: „*prawdziwość zdania określającego fakt jej wydania lub jej treści jest prawdopodobna w określonym stopniu*”[763]. Decyzja przewidywalna *in concreto* to decyzja, której prawdopodobieństwo (co do treści decyzji) jest zmienne i zależne od „siły” dowodów zgromadzonych przez strony postępowania antymonopolowego[764].

Z jednej strony niezbędne jest zapewnienie pewnego stopnia elastyczności dla organów antymonopolowych, aby skutecznie mogły one reagować na nowe formy praktyk ograniczających konkurencję, mogące pojawić się w kontekście rozwoju nowych, innowacyjnych modeli biznesowych, co zapewnia skuteczność egzekwowania art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k. Z drugiej zaś – należy zagwarantować poszanowanie praw podstawowych przysługujących również przedsiębiorstwom posiadającym pozycję dominującą, a w tym spełnić wymóg zasady pewności prawa oraz określoności czynów zabronionych.

Sankcjonowanie zachowań operatorów platform internetowych posiadających pozycję dominującą (siłę rynkową) w kontekście niepewności prawnej może niekiedy wyrządzić więcej szkody niż pożytku. Karanie zachowań, wobec których nie jest z góry oczywiste, czy wypełniają znamiona „nadużycia”, może zniechęcać do zachowań prokonkurencyjnych oraz rozwoju innowacyjnych modeli biznesowych. Ryzyko to jest szczególnie dotkliwe w dynamicznych warunkach konkurencji charakteryzującej rynki cyfrowe (zob. szerzej pkt. IV.3.6 pracy doktorskiej).

1.1. Stosowanie prawa konkurencji w warunkach „względnej nieznajomości faktów” oraz nowe formy nadużycia

Nowe modele biznesowe, które nie pasują do istniejących ram prawnych, niewątpliwie stanowią istotne wyzwanie dla organów regulacyjnych. Powód tego jest prosty: prawo jest reaktywne, podąża za rozwojem nowych technologii. Na wczesnym etapie ich rozwoju trudno przewidzieć ich społeczno-ekonomiczny wpływ. Natomiast gdy technologia zostanie

[763] W. Maciej, *Pewność prawa*, Gdańsk 2014, s. 110.
[764] *Ibidem.*

wprowadzona i ugruntowana, wszelkie zmiany regulacyjne (lub zmiana podejścia organów stosujących obowiązujące przepisy) są kosztowne w realizacji[765]. Innowacje te mogą przynieść nieprzewidziane korzyści lub ryzyko dla społeczeństwa, podważyć sens obowiązywania przestarzałych przepisów lub zmusić do zmiany prowadzonej polityki. Nowa dynamika konkurencji w gospodarce cyfrowej rodzi pytania o normatywny zakres egzekwowania konkurencji w odniesieniu do oceny, czy dane zachowania stanowią problem antymonopolowy.

Zmieniający się krajobraz gospodarczy na rynkach cyfrowych niesie ze sobą nieuniknioną niepewność w szczególności co do natury presji konkurencyjnej, zdolności rynków do samokorekty, prawdopodobnych teorii szkody mogących pojawić się na rynkach cyfrowych czy też możliwości pojawienia się innowacji zaburzających (zob. pkt I.3.1 pracy doktorskiej). Jak zauważył Kamil Dobosz: „*Potrzeba szybkiego działania oraz podjęcia natychmiastowej reakcji wobec niewystępujących wcześniej wariantów naruszeń implikuje niepewność, a może i nieprawidłowość w dokonywanych wyborach legislacyjnych i orzeczniczych*”[766]. „Otwarta tekstowość”, jak wskazano powyżej (zob. pkt IV.1 pracy doktorskiej), polega na niemożności podania wystarczających i koniecznych warunków zastosowania nadużywania pozycji dominującej, ponieważ zawsze można wyobrazić sobie sytuację, w której nie wiadomo, czy dane pojęcie jest do owych okoliczności stosowalne lub właściwe[767]. Z racji niemożności przewidzenia wszystkich kombinacji zdarzeń w przyszłości, nie jest jasnym – czy i ewentualnie w jakim zakresie – dane zachowanie może szkodzić konkurencji (dobrobytowi konsumentów). W związku z tym pojawiają się wątpliwości czy, w sytuacjach granicznych (dotyczących tzw. „cienia semantycznego”) stosowanie art. 102 TFUE lub art. 9 u.o.k.k. wobec określonych zachowań obserwowanych na rynkach cyfrowych będzie prawidłowe[768].

W odniesieniu do oceny jednostronnych praktyk operatorów platform internetowych organy antymonopolowe stoją przed trudnym zadaniem wywnioskowania długookresowych skutków rynkowych danych praktyk na podstawie obserwowalnych krótkookresowych zachowań i krótkookresowych warunków rynkowych. Każde takie wnioskowanie pociąga za sobą

---

[765] Zob. D. Collingridge, *The Social Control of Technology*, Londyn 1980.

[766] K. Dobosz, *Jednolitość stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez organy i sądy Państw Członkowskich*, Warszawa 2018, s. 279.

[767] Przykładowo, wystąpienie nowych nieznanych dotąd zachowań przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą lub zmiana kontekstu gospodarczego tych zachowań. Jak wskazał L. A. Hart (*The Concept of Law*, Oksford 1994, s. 128): „*Gdyby świat, w którym żyjemy, charakteryzował się tylko skończoną liczbą cech, a te wraz ze wszystkimi sposobami, w jakie mogą się łączyć, byłyby nam znane, to można by z góry przewidzieć każdą możliwość*” (tłumaczenie własne).

[768] Jak wyjaśniono, koszty związane ze stosowaniem reguł konkurencji wiążą się z dwojakim rodzajem błędów. Pierwszy rodzaj błędu to fałszywe pozytywy (ang. *false positives*), czyli zakazywanie lub reglamentowanie praktyk, które nie są antykonkurencyjne. Drugi rodzaj błędów to fałszywe negatywy (ang. *false negatives*), pojawiające się w przypadku oceny praktyk faktycznie antykonkurencyjnych jako nienaruszających konkurencji; E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oksford 2010, s. 426.

niepewność, a zatem możliwość błędu; ocena długoterminowych rozważań jest z konieczności „*spekulacyjna i nieokreślona*”[769]. Analiza błędów związana z interwencją antymonopolową powinna być odzwierciedlona w poszczególnych testach prawnych dotyczących poszczególnych typów (form) nadużyć pozycji dominującej, a także w określeniu standardu dowodowego oraz rozkładu ciężaru dowodowego.

Otwarty i niejasny charakter prawa antymonopolowego, składający się z klauzula generalnych jak „nadużywanie pozycji dominującej”, pozwala na wyinterpretowanie („odkrywanie”) nowych, nieznanych wcześniej antykonkurencyjnych praktyk w celu przeciwdziałania coraz bardziej wyrafinowanym strategiom naruszania prawa konkurencji przez przedsiębiorców[770]. Nowe formy praktyk antykonkurencyjnych można określić jako nieujęte w ustawodawstwie i orzecznictwie zachowania przedsiębiorców, które mogą okazać się niezgodne z systemem niezakłóconej konkurencji i stanowić naruszenie prawa antymonopolowego. Innymi słowy, są to formy zachowań rynkowych, które nie mieszczą się w żadnej ustalonej kategorii praktyk antykonkurencyjnych[771].

Podstawą prawną nowych form zakazanych praktyk jest „otwarta tekstowość” art. 101 i 102 TFUE. Biorąc pod uwagę, że lista potencjalnych naruszeń jest otwarta, wyraźnie pojawia się kwestia niepewności w przypadku praktyk, które nie zostały jeszcze usankcjonowane przez organy antymonopolowe[772]. W związku z tym, chociaż art. 102 TFUE nie ustanawiają zamkniętego wykazu nadużyć, każde nowe naruszenie musi być zgodne z ramami prawnymi unijnego prawa konkurencji[773]. Otwarty język prawa konkurencji jest celowy, wynikający z

[769] Raport Crémera, s 50. W ujęciu matematycznym autorzy przedmiotowego raportu podali następujący przykład – gdyby istniało 60% prawdopodobieństwo, że dana praktyka nie prokonkurencyjna, a koszt społeczny zakazania tej praktyki wynosiłby 10 oraz 40% szansy, że praktyka ta jest antykonkurencyjna (przy koszcie społecznym zezwolenia tej praktyki w wysokości 20), to wówczas – biorąc pod uwagę standard prawny (stopień prawdopodobieństwa) – praktyka byłaby dozwolona, natomiast biorąc pod uwagę spodziewany koszt społeczny praktyka powinna być zakazana (koszt związany z jej zezwoleniem wynosiłby 8, a z zakazaniem 6).

[770] Zob. np. decyzje KE: z 29.04.2014 w sprawie AT.39985, *Motorola*; z 19.06.2013 w sprawie AT.39226, *Lundbeck*.

[771] E. Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU: the Spectrum of Tests*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 316.

[772] P. Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oksford-Portland-Oregon 2012, s. 282.

[773] Czasami zachowania mogą być „nowe”, ale stanowią „wyraźne” naruszenie prawa, niezależnie od tego, czy teoria krzywdy jest prosta, np. wykluczenie konkurentów w sposób antykonkurencyjny bez żadnego ekonomicznego uzasadnienia. Przykładem takie sprawy może być Kolej bałtycka (decyzja KE z 2.10.2017 w sprawie AT.39813, *Baltic Rail*), gdzie zasiedziały operator kolejowy na Litwie zdemontował 19 km torów po tym, jak dowiedział się, że rywal może wykorzystywać je do obsługi jednego ze swoich klientów. Pod względem nowości w danej sprawie nie występowała znana praktyka „odmowy zawarcia umowy” (mogąca wywrzeć ambiwalentny wpływ na konkurencję), ale raczej praktyka wcześniej nieznana, tj. „poświęcenie” własnej infrastruktury w celu wyeliminowania konkurencja. Dlatego niektóre nowe zachowania mogą naruszać przepisy antymonopolowe i mogą być nawet bardziej rażące niż „oczywiste” naruszenia.

potrzeby uelastycznienia ich stosowania. W rezultacie organom ochrony konkurencji należy przyznać swobodę decyzyjną[774].

Wymogi sprawiedliwości proceduralnej nie oznaczają, że organ stosujący prawo nigdy nie może wyinterpretować („odkryć") nowych form nadużyć z obawy przed naruszeniem zasady pewności prawa. Charakter prawa konkurencji wymaga, aby interpretacja art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k. mogły dostosowywać się do nowych okoliczności gospodarczych[775]. Jak zauważyła rzeczniczka generalna J. Kokott, nikt nie może zignorować faktu, że „*poszczególne sektory gospodarki i rynki mogą się znacznie różnić od siebie, a ponadto okoliczności gospodarcze podlegają ciągłym zmianom, które mogą pociągać za sobą również nowe praktyki biznesowe*"[776]. Prawo konkurencji, jako że nie ma być stosowane w konkretnym sektorze, ale wszechstronnie, musi być elastyczne i zdolne do dostosowywania się do zmian zachodzących w rzeczywistości społecznej. „Otwarta tekstowość" umożliwia stopniowe udoskonalanie interwencji w celu uchwycenia teoretycznych i empirycznych postępów w tej dziedzinie[777]. Dzięki temu prawo konkurencji może być stale ewoluującą dziedziną prawa, która koresponduje z aktualnym myśleniem politycznym i ekonomicznym.

1.2. Polityka konkurencji w warunkach „względnej nieokreśloności celów"

Jak zauważył R. H. Bork: „*Polityka antymonopolowa nie może być racjonalna, dopóki nie będziemy w stanie udzielić stanowczej odpowiedzi na jedno pytanie: jaki jest sens prawa – jakie są jego cele?*"[778]. Unijna polityka konkurencji powinna odzwierciedlać wartości i aksjologię systemu prawnego UE w świetle aktualnych badań i teorii ekonomicznych. Cele prawa i polityki konkurencji, w tym również kwestia wyboru między różnymi wartościami i koncepcjami w szczegółowych sprawach, podlegają zmianom w czasie (zob. pkt II.3.2 pracy doktorskiej).

Unijne prawo konkurencji opiera się nie tylko na ekonomicznych aspektach dobra konsumentów, ale także na celach politycznych integracji europejskiej. W szczególności na

---

[774] W szybko zmieniającym się środowisku napędzanym rozwojem technologicznym niezbędne jest posiadanie przez organy antymonopolowe wystarczających narzędzi i kompetencji, aby dostosować się do tych zmian. W zależności od cech danej branży i właściwego rynku interwencja może przybierać różną formę. Niepewność prawna dotycząca sytuacji granicznych jest jednak negatywną konsekwencją, z która trzeba się mierzyć w związku ze stosowaniem ogólnych terminów klasyfikacyjnych („nadużywania pozycji dominującej") w komunikacji dotyczących złożonych faktów o charakterze gospodarczym („ograniczenia konkurencji").

[775] C. Tonna-Barthet, L. O'Carroll, *Procedural justice in the age of tech giants – justifying the EU Commission's approach to competition law enforcement*, "European Competition Journal" 2020, nr 2-3, s. 279.

[776] Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott z 23.02.2006 r. w sprawie C-95/04 P, *British Airways przeciwko Komisji*, EU:C:2006:13, pkt 40.

[777] I. P. Colomo, *The Shaping* of EU Competition Law, Cambridge 2018, s. 24.

[778] R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oksford 1997, s. 50.

unijną politykę konkurencji duży wpływ ma cel stworzenia rynku wewnętrznego obejmującego wszystkie terytoria państw członkowskich UE, w którym granice państwowe nie stanowią już przeszkody w handlu. Jednak różne cele unijnego prawa konkurencji nie zawsze były jasno określone. Reprezentują one połączenie wartości, które często nakładają się na siebie, ale mogą również ujawniać tarcia. Rzeczywiście, ich wdrożenie wymaga kompromisów między normami i może skutkować różnymi punktami równowagi i niejednoznacznością[779]. Proces ten może jednak prowadzić do sytuacji niejednoznacznych i nieprzewidywalnych dla przedsiębiorców co do zgodności ich działalności z art. 101 lub 102 TFUE.

Należy wziąć także pod uwagę, że konkurencja jest zjawiskiem wielowymiarowym, także w niektórych aspektach może być ze sobą w konflikcie – podczas gdy w założeniach idealnego świata chcielibyśmy mieć produkty o najwyższej innowacyjności i najbardziej profesjonalnych usługach sprzedażowych oraz po cenie, zgodnie z modelem doskonałej konkurencji[780], równej kosztom krańcowym, to w rzeczywistym świecie nie jest to możliwe do spełnienia. Na przykład, konkurencja cenowa nie jest jedyną i najważniejszą formą konkurencji, a niektóre inne formy konkurencji, takie jak wysoka jakość oraz renoma produktów uzasadniają jej redukcję[781]. Z tego względu, jak się podkreśla w doktrynie, brak jest możliwości wypracowania wspólnej miary intensywności konkurencji dla różnych jej form, a w konsekwencji prawo ochrony konkurencji jest skazane na wybór *„«najlepszej» mieszanki form konkurencji*"[782].

H. Demsetz, który ukuł termin „błąd nirwany"[783], krytykuje tendencję regulatorów do porównywania rzeczywistych warunków ekonomicznych z wyidealizowanymi alternatywami oraz do uzasadniania polityki na podstawie rozbieżności między nimi. W wielu przypadkach stosowanie prawa konkurencji wymaga porównania prawdopodobnych antykonkurencyjnych skutków praktyki na rynku lub w określonym wymiarze konkurencji z prawdopodobnymi prokonkurencyjnymi skutkami tej samej praktyki na innym rynku lub w innym wymiarze[784].

---

[779] A. Ezrachi, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, "Oxford Legal Studies Research Paper" 2018, nr 17, s. 3.

[780] Opisuje on stan rynku, w którym występuje optymalny rozdział środków produkcji, pozwalający na pełne zaspokojenie popytu przy możliwie najniższych kosztach wytwarzania. W tym modelu konkurencji konsument otrzymuje produkt lub usługę po możliwie najniższej cenie. Założenia omawianej struktury rynkowej spełnia sytuacja, w której: istnieje wielu oferentów (przedsiębiorstw) i nabywców (konsumentów); towary stanowiące przedmiot obrotu na rynku są jednorodne (homogeniczne), o czym powszechnie wiadomo; nie ma barier wejścia; zob. B. Czarny, *Wstęp do ekonomii*, Warszawa 2006, s. 22.

[781] A. Szmigielski, *Regulacja dystrybucji selektywnej a ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym w świetle unijnego prawa konkurencji*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2016, nr 2, s. 496.

[782] C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 552; H. Demsetz, *The Economics of the Business Firm: Seven Critical Commentaries*, Cambridge 1995, s. 137.

[783] H. Demsetz, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, "The Journal of Law & Economics" 1969, nr 1, s. 1-22.

[784] P. Buccirossi, *Vertical restraints on e-commerce and selective distribution*, "Journal of Competition Law & Economics" 2015, nr 3, s. 760.

Skuteczna konkurencja prowadzi do niższych cen, większej innowacyjności produktów i większego wyboru dla konsumentów. Powstaje jednak pytanie, co jeśli oferowanie konsumentom „właściwych" wyborów odbywa się kosztem innych cenionych przez nich rzeczy, takich jak innowacyjność, jakość produktu czy cena. A jeśli tak, to czy organy odpowiedzialne za egzekwowanie przepisów antymonopolowych rzeczywiście mogą stworzyć lepszy świat oparty na tych preferencjach. Z jednej strony, korzyści dla konsumentów w krótkim okresie niekoniecznie przesądzają o dalszym rozwoju rynku w kierunku zwiększającym dobrobyt konsumentów. Z drugiej strony zachowania, które w krótkim okresie przynoszą korzyści konsumentom, a jednocześnie prawdopodobnie wykluczają konkurentów mogą ograniczać postęp technologiczny (jakość i innowacje) w dłuższej perspektywie.

Przykładowo, nawet jeśli sprzedaż wiązana usług (aplikacji) przez operatora platformy internetowej może być postrzegana jako forma ulepszenia usług[785], można argumentować, że ta praktyka – w dłuższym okresie – może szkodzić innowacjom (rozwojowi technicznemu)[786]. Ze względu na brak możliwości skalowania swoich usług oraz uzyskania masy krytycznej, niezbędnej do rozwoju usług cyfrowych (co wyjaśniono w pkt I.1.1.2 pracy doktorskiej), rywale nie mogliby skutecznie konkurować z zasiedziałym operatorem platformy internetowej. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy prawo antymonopolowe powinno odrzucić pewne korzyści dla konsumentów (np. niższe cen) na rzecz bardziej spekulacyjnych korzyści (np. przyszłej niskiej ceny w wyniku większej otwartości rynku)[787]. Wysiłki różnych decydentów w Unii Europejskiej, mające na celu osiągnięcie równowagi między indywidualnymi interesami, wymagają zatem kompromisów między różnorodnymi, a często sprzecznymi wartościami i celami prawa antymonopolowego. W szczególności otwarta tekstowość art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) nadaje organom antymonopolowym i sądom uprawnienia oraz odpowiedzialność do rozważenia kosztów i korzyści płynących z oceny konkretnego jednostronnego zachowania operatora platformy internetowej dysponującego siłą rynkową.

[785] Przykładowo, poprzez budowanie atrakcyjnego i stabilnego ekosystemu cyfrowego dla użytkowników, którzy mają możliwość korzystania z wysokiej jakości darmowych usług.
[786] Przykładowo, poprzez zniekształcenie rynku i zwiększenie barier wejścia dla nowych podmiotów.
[787] A. Edlin, *Predatory Pricing*, [w:] E. R. Elhauge (red.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Cheltenham-Northampton 2012, 146.

2. Otwarta tekstowość pojęć prawa konkurencji na przykładzie zakazu nadużywania pozycji dominującej

Niejednoznaczność jest nieodłączną cechą języka prawnego [788]. W kontekście prawa konkurencji powszechnie podkreśla się, że opiera się ono na szerokich i niejednoznacznych klauzulach generalnych, czyli standardach[789] o tzw. „otwartej tekstowości" [790]. W odróżnieniu od reguł, które stosuje się na zasadzie „wszystko albo nic", standardy – powszechnie wykorzystywane w ocenie wielu zachowań rynkowych w ramach prawa konkurencji – mogą być spełnione tylko w pewnym stopniu. Standardy wymagają od organu antymonopolowego zbadania wszystkich istotnych faktów i oceny ich w kontekście celów lub wartości społecznych leżących u podstaw prawa konkurencji.

Prawo konkurencji odnosi się do kilku ogólnych i nieokreślonych terminów oraz klauzul generalnych, takich jak „porozumienie", „przedsiębiorstwo", „ograniczenie ze względu na cel", „pozycja dominująca", „rynek właściwy", „nadużycie", które pozostawiono do sprecyzowania w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej. Innymi słowy, ze względu na to, że poszczególne regulacje praktyk ograniczających konkurencję stanowią pojęcia o „otwartej teksturze", które nie zostały precyzyjnie zdefiniowane w Traktatach ani w prawie pochodnym[791], kwestię tego, co stanowi naruszenie tego prawa, należy wnioskować w procesie stosowania prawa antymonopolowego w konkretnych przypadkach[792]. Podobnie ukształtowane w orzecznictwie TS koncepcje stanowiące próbę racjonalizacji (dookreślenia) zakazu nadużywania pozycji dominującej zostały oparte na równie niejasnych koncepcjach, jak: „metody odbiegające od

---

[788] Zob. szerzej: L. M. Solan, *The Language of Judges*, Chicago 1993; P. Tiersma, *Legal Language*, Chicago 1999; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oksford 1994.

[789] Standardy w prawie antymonopolowym, w przeciwieństwie do jasnych reguł (zakazujących określone praktyki rynkowej niezależnie od jej skutków, stanowiących ograniczenie ze względu na cel, jak np. kartele cenowe lub podziałowe), odnoszą się do trudno mierzalnych punktów odniesienia (np. dobrobyt konsumenta). W związku z tym materialnoprawna ocena określonych zachowań, np. na gruncie art. 102 TFUE, może wywoływać wiele sporów i wątpliwości.

[790] Zob.: G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge 2012, s. 3, D. Geradin, *The Uncertainties Created by Relying on the Vague 'Competition on the Merits' Standard in the Pharmaceutical Sector: The Italian Pfizer/Pharmacia Case*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2014, nr 5, s. 345; P. I. Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018, s. 23; P. A. Perinetto, *Intent and competition law assessment: useless or useful tool in the quest for legal certainty?*, "European Competition Journal" 2019, nr 1, s. 153-154.

[791] Podobnie, w polskim systemie prawa ochrony konkurencji, materialnoprawne przepisy odnoszące się do zakazu nadużywania pozycji dominującej nie zawierają szczegółowych definicji legalnych oraz wskazanych w aktach prawnych (np. w u.o.k.k.) testów prawnych służących odróżnieniu nielegalnych praktyk od dozwolonych.

[792] Nie ułatwia tego również fakt, że w doktrynie nie ma czegoś takiego jak uniwersalnie przyjęta definicja ograniczenia konkurencji, a poszczególni autorzy prezentują często szereg różnych stanowisk w tym zakresie; zob.: D. Bailey, *Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU*, "Common Market law Review" 2012, nr 2, s. 559-599; P. I. Colomo, A. Lamadrid, *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring (red.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruksela 2017, s. 333-373.

normalnej konkurencji”[793], „szczególna odpowiedzialność przedsiębiorstwa dominującego”[794], „uzasadnienie ekonomiczne”[795], „konkurencja merytoryczna”[796], co w konsekwencji powoduje brak pewności w dziedzinie prawa, które dodatkowo reguluje dotkliwe sankcje za zachowania niezgodne z tymi przepisami.

Artykuł 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.), podobnie jak art. 101 TFUE (art. 6 u.o.k.k.), zawiera także otwarty katalog praktyk mogących stanowić nadużycie pozycji dominującej, co umożliwia wyinterpretowanie („odkrywanie”) przez organy antymonopolowe nowych form praktyk stanowiących nadużycie. Różnorodność modeli biznesowych, kreatywność strategii biznesowych oraz złożoność rynków, na których funkcjonują przedsiębiorstwa dominujące, sprawiają, że ich unilateralne zachowania nie były przewidziane (nazwane) przez twórców integracji europejskiej w katalogu praktyk wskazanych w art. 102 TFUE[797].

W sytuacjach nieprzewidzianych przez ustawodawcę należy rozstrzygnąć pojawiającą się dwuznaczność, tzw. „trudne przypadki”. Termin „trudne przypadki” (ang. *hard cases*) odnosi się do przypadków, w których interpretacja danej sprawy nie jest wyraźnie podyktowana brzmieniem określonych przepisów oraz nie były one dotąd przedmiotem dotychczasowej praktyki decyzyjnej lub orzeczniczej. Każde wyrażenie lub pojęcie używane w prawie posiada tzw. „cień semantyczny”, czyli obszar w którym nie jest jasne, czy należy je stosować w konkretnym przypadku[798]. W takich przypadkach organ (sędzia) wydający rozstrzygnięcie ma do wyboru kilka możliwych rozwiązań, z których wszystkie można uznać za poprawne[799]. Należy tolerować dyskrecję w systemie prawnym ze względu na „względną nieznajomość faktów” (niemożność przewidzenia wszystkich możliwych okoliczności) oraz „względną nieokreśloność celów” (ze względu na to, że nie możemy szczegółowo przewidzieć wszystkich możliwych okoliczności faktycznych, nie jest możliwe sformułowanie precyzyjnych celów prawa)[800].

---

[793] Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36, pkt 91.
[794] Wyrok TS z 9.11.1983 r. w sprawie C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*, EU:C:1983:313, pkt 57.
[795] Wyrok Sądu z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97, *Irish Sugar plc przeciwko Komisji*, EU:T:1999:246, pkt 139.
[796] Wyrok TS z 3.07.1991 r. w sprawie C-62/86, *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji*, EU:C:1991:286, pkt 70.
[797] Podobnie, na gruncie polskiego odpowiednika zakazu nadużywania pozycji dominującej, wskazuje K. Kohutek, *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 1, s. 62.
[798] Np. w przypadku zakazu wjazdu do parku „pojazdów” – nie jest oczywiste, czy pojazdem będzie również deskorolka lub wózek elektryczny. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oksford 1994, s. 128
[799] R. Dworkin, *Hard cases*, “Harvard Law Review” 1975, nr 6, s. 1057.
[800] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oksford 1994, s. 128,

Prawo konkurencji zawiera zarówno jasno określone reguły, jak i zasady (standardy), które wymagają konkretyzacji w konkretnych przypadkach [801]. Reguły wyznaczają właściwe zachowanie w sposób jednoznaczny: „*wszystko albo nic*" (można je spełnić albo nie spełnić). Reguły określone w prawie konkurencji w sposób jednoznaczny określają, czy zachowania przedsiębiorców są zabronione czy dozwolone, np. reguła zakazująca ustalania cen lub podziału rynku między konkurentami, niezależnie od skutków tych praktyk biznesowych w każdym indywidualnym przypadku. Standardy są pewnymi szczególnymi normami nakazującymi realizację określonego stanu rzeczy w możliwie największym stopniu. W przeciwieństwie do reguł, które można stosować na zasadzie „*wszystko albo nic*", zasady można spełnić tylko do pewnego stopnia.

Zasady (standardy) określone w prawie konkurencji są mniej precyzyjne niż reguły i zazwyczaj wyznaczają punkt odniesienia, który jest trudniejszy do zmierzenia, np. zakaz jednostronnych praktyk przedsiębiorców dominujących, który ogranicza dobrobyt konsumentów[802]. Standardy wymagają odkrycia wszystkich istotnych faktów i „*oceny ich pod kątem celów lub wartości społecznych zawartych w standardzie*"[803]. Polityka prawa konkurencji określa cele, które należy osiągnąć, tj. określony rozwój w aspekcie ekonomicznym lub społecznym. Zasady nie określają skutków prawnych, które następują automatycznie po spełnieniu określonych warunków. Zasady mają „wagę" i mogą być ze sobą w konflikcie[804].

W związku z powyższym, poprzez niejasny i niedookreślony charakter art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) wyrażony w tym przepisie zakaz charakteryzuje się znaczną dozą niepewności prawnej[805], a stan ten może potęgować „kreatywne" podejście organów ochrony konkurencji, w których praktyce decyzyjnej niekiedy zacierają się granice pomiędzy zgodnym a niezgodnym z prawem postępowaniem dominanta. Z tego względu, jak zauważył J. Vesterdorf, art. 102 TFUE nie tworzy sytuacji o dużej pewności prawnej, a wręcz przeciwnie – nawet ostrożny i przestrzegający prawa przedsiębiorca może łatwo znaleźć się w sytuacji, w której nie jest jasne,

[801] Prawo konkurencji wprowadza rozróżnienie między praktykami, które ograniczają konkurencję ze względu na cel (lub „ze względu na swój charakter") i ze względu na skutek, co odzwierciedla podział między regułami a zasadami (zob. pkt IV.2.3 rozprawy doktorskiej).
[802] G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge 2012, s. 17; OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law*, Paryż 2017, s. 4
[803] G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge 2012, s. 17.
[804] Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Massachusetts 1977, s. 22, 24-26.
[805] Jak zauważa np. K. Kohutek: „*przestrzeganie przedmiotowego zakazu przez przedsiębiorstwa jak i jego egzekwowanie przez Komisję (krajowe organy antymonopolowe lub sądy) stwarzały (nadal stwarza) sporo trudności oraz rozbieżnych kwalifikacji antymonopolowych, kreując relatywnie wysoki stopień niepewności prawnej*". K. Kohutek, *Pojęcie nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 351.

czy jest dominujący lub czy jego zachowanie można uznać za nadużycie[806]. Jak wskazał z kolei C. Banasiński możliwość przewidzenia skutków własnego zachowania przedsiębiorcy w świetle przyznanego organowi antymonopolowemu luzu interpretacyjnego, wynikającego z procesu ustalania treści klauzul generalnych (takich jak np. zakaz nadużywania pozycji dominującej), należy rozpatrywać w kategoriach prawdopodobieństwa, a nie pewności prawnej. W związku z tym, jak wyjaśnił: „*Otwarty treściowo charakter tych klauzul sprawia przy tym, że ich konkretyzacja przez organy ochrony konkurencji ma w pewnym sensie charakter prawotwórczy*”[807].

2.1. Konkurencja merytoryczna

Zgodnie z orzecznictwem sądów unijnym, ocena, czy dane zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą odbiega od wzorca „konkurencji merytorycznej” („normalnej konkurencji”) – obok skutków w postaci wykluczenia – jest jednym z elementów koniecznych do stwierdzenia nadużycia[808]. Koncepcja „konkurencji merytorycznej” opiera się na założeniu, że niektóre praktyki są z natury „niewłaściwe” („rażące”) lub antykonkurencyjne, podczas gdy inne są uzasadnionym przejawem dozwolonej rywalizacji (np. w zakresie oferowania tańszych, lepszych i bardziej innowacyjnych produktów). Jednakże pojęcie dozwolonej „konkurencji merytorycznej” ma charakter abstrakcyjny, gdyż nie odpowiada określonej formie praktyk i nie może być zdefiniowane w sposób umożliwiający z góry ustalenie czy określone zachowanie mieści się w zakresie takiej konkurencji. Odniesienie się do „*środków innych niż wchodzące w zakres konkurencji opartej na jakości*” (tj. konkurencji merytorycznej) służy doprecyzowaniu treści „szczególnej odpowiedzialności” spoczywającej na przedsiębiorcy dominującym i określeniu dopuszczonego zakresu działań[809]. W przypadku stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) nie jest wystarczające stwierdzenie efektu wykluczenia z rynku. Należy stwierdzić, że ten efekt miał antykonkurencyjny charakter, a zatem, czy nie był związany z dozwolonym przejawem konkurencji merytorycznej.

W prawie konkurencji UE niektóre zachowania dominanta uznaje się za nadużycie ze względu na jego antykonkurencyjny charakter, jeżeli jego obiektywny cel jest antykonkurencyjny. Na

---

[806] J. Vesterdorf, *Article 102 TFEU and Sanctions: Appropriate When?*, “European Competition Law Review” 2011, nr 11, s. 575.
[807] C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 362.
[808] Wyroki TS z: 12.05 2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379, pkt 69, 71, 75, 76; 19.01.2023 r. w sprawie C-680/20, *Unilever*, EU:C:2023:33, pkt 39; 4.07.2023 r. w sprawie C-252/21, *Meta Platforms*, EU:C:2023:537**,** pkt 47; 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 195-196.
[809] Opinia rzecznika generalnego R. Rentosa z 9.12.2021 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, EU:C:2021:998, pkt 58.

przykład w sprawie *Hoffmann-La Roche* Trybunał zakwalifikował rabaty na wyłączność i rabaty lojalnościowe jako nadużycie w zakresie, w jakim uznano je za „*mające na celu pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia lub ograniczenie jego możliwości wyboru oraz odmówienie innym producentom dostępu do rynku*”[810]. Z kolei w sprawie *Google shopping* Sąd stwierdził, że: „*biorąc pod uwagę nadrzędny cel wyszukiwarki ogólnej Google, która została zaprojektowana w celu indeksowania wyników zawierających wszelkiego rodzaju treści, promowanie na ogólnych stronach wyników Google tylko jednego rodzaju wyspecjalizowanych wyników wyszukiwania, a mianowicie swoich własnych, w stosunku do konkurencyjnych wyników wyspecjalizowanych, należy uznać za w pewien sposób rażące*”[811].

Praktyki odbiegają od wzorca konkurencji merytorycznej, gdy – niezależnie od kontekstu prawnego lub ekonomicznego – nie mają one innego racjonalnego uzasadnienia niż ograniczenie konkurencji[812]. Przykładowo w sprawie *Kolei litewskiej* Sąd ocenił, że litewska spółka kolejowa nie miała żadnego powodu, aby przystąpić do likwidacji spornej drogi kolejowej w dużym pośpiechu. Demontaż drogi kolejowej jeszcze przed rozpoczęciem prac remontowych stanowił wyjątkowo nietypowe zachowanie w sektorze kolejowym, które było sprzeczne ze zwyczajową praktyką w tej branży[813].

W większości analizowanych przypadków dotyczących potencjalnego nadużywania pozycji dominującej nie można jednoznacznie stwierdzić, czy dane zachowanie stanowi odejście od wzorca konkurencji merytorycznej, czy też należy domniemywać jego antykonkurencyjny charakter. Konkurencja merytoryczna może z definicji prowadzić do wycofania się z rynku mniej skutecznych konkurentów. Na szybko rozwijających się rynkach wykluczenie konkurentów niekoniecznie jest konsekwencją nielegalnej praktyki. Rywale mogą nie być w stanie dostosować się do zmian popytu konsumentów, a ich model biznesowy może być reliktem minionej epoki[814].

Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku

---

[810] Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36, pkt, pkt 91.
[811] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 176.
[812] Tj. okoliczności faktycznych nie da się wytłumaczyć inaczej niż zachowaniem niezgodnym z regułami konkurencji.
[813] Wyrok Sądu z 18.11.2020 r. w sprawie T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai AB przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:T:2020:545.
[814] Zob. szerzej: A. Szmigielski, *Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8, s. 37-38.

lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności[815]. Rozstrzygające w tym kontekście jest wystąpienie, co najmniej prawdopodobnego, efektu wykluczenia, i to mającego charakter antykonkurencyjny, tj. zniekształcający rynek (co zostanie przeanalizowane w kolejnym punkcie pracy doktorskiej). Skuteczność (efektywność) rywali, równie skutecznych co przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, jest zatem istotnym czynnikiem przy wyznaczaniu granicy między zachowaniem zgodnym a zachowaniem niezgodnym z prawem. Efektywność rywali, porównywalnych z przedsiębiorcą posiadającym pozycję dominującą, stanowi istotny czynnik w określaniu granicy między działaniem zgodnym z prawem a działaniem niezgodnym z prawem. Istnieją sytuacje, w których działanie, mimo że może być naśladowane przez równie efektywnych konkurentów, nadal nie mieści się w ramach konkurencji merytorycznej[816].

Wobec tego, koncepcja konkurencji merytorycznej sama w sobie nie jest wystarczająco klarowna i precyzyjna, by efektywnie wspomagać stosowanie zakazu nadużywania pozycji dominującej w sposób, który gwarantowałby bardziej przewidywalne wdrażanie art. 102 TFUE i art. 9 u.o.k.k. w praktyce[817]. Pojęcie to okazuje się szczególnie nieprecyzyjne w obliczu nowych wyzwań konkurencyjnych stawianych przez duże przedsiębiorstwa technologiczne. Definiowanie konkurencji merytorycznej jedynie jako konkurencji opartej na cenie, jakości lub lepszej innowacyjności albo funkcjonalności danych produktów nie dostarcza wyraźnych kryteriów. Przykładowo, działania takie jak drapieżnictwo cenowe lub rabaty lojalnościowe, choć mogą być postrzegane jako „konkurencja cenowa", nie zawsze są zgodne z prawem. Analogicznie, strategie wiązania produktów, które mają na celu zwiększenie funkcjonalności, również nie zawsze są akceptowalne w świetle art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k.[818]

2.2. Antykonkurencyjne skutki

Antykonkurencyjne skutki jednostronnych działań przedsiębiorstw z pozycją dominującą na rynku objawiają się poprzez ich negatywny wpływ na konkurencję. Zgodnie z definicją nadużycia pozycji dominującej, zaprezentowaną w sprawie *Hoffman-La Roche*, takie działania tworzą barierę dla utrzymania lub rozwoju konkurencji na rynku[819]. Ponieważ „ograniczenie

[815] Zob. np. wyroki TS z: 6.09.2017 r. C-413/14 P, *Intel przeciwko Komisji*, EU:C:2017:632, pkt 133-134; z 27.03.2012, C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172, pkt 21.
[816] Jako przykład można podać wyrok TS z 6.12.2012 r., C-457/10 P, *AstraZeneca AB i AstraZeneca plc przeciwko Komisji*, EU:C:2012:770.
[817] Tj. sprawiać, że stosowanie art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) cechowałoby się wysoką stosowalnością.
[818] Zob.: R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 216-220.
[819] Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36.

konkurencji" jest pojęciem otwartym i niezdefiniowanym prawnie, rozstrzygnięcie, co stanowi ograniczenie konkurencji, wymaga interpretacji prawa w konkretnych przypadkach. Brak jest także powszechnie przyjętej definicji ograniczenia konkurencji w doktrynie, co wynika z różnych poglądów prezentowanych przez uczonych[820].

Poszczególne koncepcje nadużycia pozycji dominującej, wskazywane w doktrynie prawa konkurencji UE, różnią się opisem wpływu, jaki dane zachowanie musi mieć na konkurencję na danym rynku, aby było uznane za zakazane nadużycie. Zakres antykonkurencyjnych skutków oraz możliwość przypisania odpowiedzialności antymonopolowej zależy od: (i) analizy mechanizmu nadużycia, (ii) wymaganego poziomu jego odczuwalności i (iii) prawdopodobieństwa wystąpienia, a także od (iv) sposobu określenia tych skutków, czyli od stosowanego standardu prawnego.

Mechanizm, który może prowadzić do antykonkurencyjnych skutków wynikających z nadużywania pozycji dominującej, obejmuje wykluczenie (zamknięcie dostępu do rynku) oraz eksploatację. Efekt wykluczenia, będący strategią przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, polega na ograniczeniu dostępu do rynku dla obecnych i potencjalnych konkurentów. Jest to główne kryterium różnicujące praktyki wykluczające stosowane przez dominujące przedsiębiorstwo. Antykonkurencyjne skutki mogą także wynikać z bezpośredniego wykorzystywania przez dominanta swojej znaczącej pozycji rynkowej względem klientów lub dostawców. Efekty eksploatacji, czyli „wyzysku" klientów lub kontrahentów przez dominującego przedsiębiorcę, są bezpośrednim wynikiem braku efektywnej konkurencji. Z powodu tej niewystarczającej presji konkurencyjnej, dominujący przedsiębiorca może np. stosować zawyżone ceny lub narzucać klientom nieuczciwe warunki umowne. Praktyki eksploatacyjne mogą też zakłócać konkurencję na rynkach sąsiadujących z tym, na którym przedsiębiorca ma pozycję dominującą (tj. na rynkach niższego rzędu). Na przykład, przedsiębiorca dominujący na jednym rynku może faworyzować pewnych dostawców, stawiając innych w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej[821].

W przypadku praktyk wykluczających ocena ich wpływu na konkurencję zależy od definicji ich antykonkurencyjnego efektu, czyli wykluczenia. Z jednej strony, jeśli pojęcie

---

[820] W doktrynie nie ma czegoś takiego jak uniwersalnie przyjęta definicja ograniczenia konkurencji, a poszczególni autorzy prezentują często szereg różnych stanowisk w tym zakresie; zob.: D. Bailey, *Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU*, "Common Market law Review" 2012, nr 2, s. 559-599; P. I. Colomo, A. Lamadrid, *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring (red.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruksela 2017, s. 333-373.

[821] W literaturze określane jest to jako naruszenie drugiej linii. A. Brzezińska-Rawa, *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo" 2011, nr 1, s. 84-85.

antykonkurencyjnych skutków (wykluczenia) rozumie się szeroko, jako negatywny wpływ na sytuację konkurencyjną i ograniczenie wolności działania konkurentów, wtedy ma ono szeroki zasięg. Z drugiej strony, to pojęcie staje się węższe i trudniejsze do udowodnienia przez organy antymonopolowe, jeśli jest utożsamiane wyłącznie z bezpośrednim uszczerbkiem dla dobrobytu konsumentów. W tym drugim przypadku wymagane byłyby konkretnie dowody na wpływ praktyki na pogorszenie warunków konkurencji, na przykład wzrost cen czy obniżenie jakości usług[822].

Istnieje powszechny konsensus, że art. 102 TFUE nie zakazuje przedsiębiorcom posiadającym pozycję dominującą stosowania praktyk wykluczających, jeżeli jedynym i wyłącznym ich skutkiem jest samo tylko zaszkodzenie rywalom rynkowym dominanta oraz osłabienie ich szans konkurencyjnych. Na przykład utrata udziału w rynku w wyniku określonej praktyki przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą może prowadzić do wzrostu konkurencji i spowodować, że konkurenci poprawią swoje usługi i odzyskają udział w rynku. W odniesieniu do progu interwencji, ogólny test wykazujący, że działanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą jest nadużyciem zgodnie z art. 102 TFUE, polega na tym, że takie działanie zakłóca skuteczną konkurencję poprzez wykluczenie konkurentów tego przedsiębiorcy (dominanta). Pojęcie szkody dla konkurencji powinno być rozumiane dynamicznie, obejmując w zakresie art. 102 TFUE działania mogące potencjalnie ograniczać rozwój i wzrost konkurencji, a nie tylko te, które utrudniają aktualną konkurencję[823].

W procesie modernizacji unijnego prawa konkurencji[824] dobrobyt konsumentów ma szczególne znaczenie w przypadku zwalczania praktyk wykluczających. Zgodnie z deklaracją Komisji stosowanie art. 102 TFUE będzie się koncentrowało na tych rodzajach praktyk wykluczających, które są najbardziej szkodliwe dla konsumentów[825]. Co jednak ważne, w orzecznictwie TS silnie akcentowano szkodę pośrednią wynikającą z naruszeń struktury konkurencji. Według formuły TS przyjętej w sprawie *Continental Can*[826] przepis określony w art. 102 TFUE nie dotyczy wyłącznie praktyk, które mogą spowodować bezpośrednią szkodę dla konsumentów,

---

[822] I. P. Colomo, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, "Journal of Competition Law & Economics" 2021, nr 2, s. 312-313.
[823] Wyroki TS z: 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, EU:C:2010:603, pkt 41; 12.05 2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379, pkt 68.
[824] W znaczeniu materialnym jest to utożsamiane z dwoma aspektami: po pierwsze, z zawężaniem celów prawa konkurencji UE do dobrobytu konsumentów, a po drugie – do stosowanych metod, czyli szerszego wykorzystywania instrumentów ekonomicznych. Łącznie nawiązuje to do *more economic approach*. Zob.: D. J. Gerber, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, „Fordham International Law Journal" 2007, nr 5, s. 1247.
[825] Wytyczne Komisji, pkt 5.
[826] Wyrok TS z 21.02.1973 r. w sprawie 6/72, *Continental Can przeciwko Komisji*, EU:C:1973:22.

lecz również tych, które wyrządzają im szkodę, naruszając strukturę skutecznej konkurencji[827]. Ponadto, sądy Unii Europejskiej szeroko interpretują pojęcie szkody dla konsumentów, obejmując je nie tylko aspektami cenowymi, ale również elementami niemającymi związku z ceną, takimi jak ograniczony wybór, obniżona jakość lub stagnacja w innowacjach[828]. Artykuł 102 TFUE zakazuje zachowań przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, których celem jest wzmocnienie tej pozycji i jej nadużywanie, w szczególności w przypadku, gdy dążą one do pozbawienia podmiotów uważanych za potencjalnych konkurentów rzeczywistego dostępu do rynku[829].

Zgodnie z priorytetami KE odnośnie do egzekwowania art. 102 TFUE, efekt wykluczenia – a zatem mechanizm, za pomocą którego przejawiają się antykonkurencyjne skutki praktyk wykluczających – zachodzi, gdy efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów (usług) lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa dominującego, w związku z czym może ono podwyższać ceny w sposób opłacalny dla siebie i ze szkodą dla konsumentów[830]. Dotyczy to więc nie tylko zmuszenia konkurentów do całkowitego opuszczenia rynku, lecz także doprowadzenia do ich niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej, a tym samym – zmniejszenia ich ekspansji na rynku (mniej agresywnej konkurencji). Niekorzystna sytuacja konkurencyjna objawia się podniesieniem kosztów rywali lub zmniejszeniem popytu na ich produkty. Może się to odnosić również do konkurentów potencjalnych – wówczas wykluczenie będzie się objawiało tworzeniem barier wejścia na dany rynek[831]. W związku z tym, antykonkurencyjne wykluczenie odnosi się nie tylko do zachowań, które mogą prowadzić do całkowitego wykluczenia lub marginalizacji konkurencji, ale także do zachowań, które mogą osłabić efektywną i konkurencyjną strukturę rynku.

---

[827] *Ibidem,* pkt 26.
[828] Wyrok TS z 27.03.2012 w sprawie C-209/10, *Post Danmark,* EU:C:2012:172, pkt 22.
[829] Wyrok TS z 30.01.2020 r. w sprawie C-307/18, *Generics (UK) i in.,* EU:C:2020:52, pkt 151. Również najnowsze orzecznictwo sądów Unii Europejskiej wskazuje, że nadrzędnym celem artykułu 102 TFUE jest promowanie dobrobytu konsumentów (wyrok TS z 12.05 2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379, pkt 46). Sądy Unii potwierdził również dotychczasową linie orzeczniczą, że artykuł 102 TFUE ma zastosowanie zarówno do praktyk, które mogą bezpośrednio szkodzić konsumentom (na przykład przez zwiększenie cen lub ograniczenie wyboru), jak i do tych, które powodują szkodę pośrednią poprzez utrudnianie efektywnej struktury konkurencji na rynku (wyrok TS z 12.05 2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379, pkt 44).
[830] Wytyczne Komisji, pkt 19.
[831] Zob. szerzej: A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 69-70.

2.2.1. Odczuwalność (wymagany stopień negatywnego oddziaływania na rynek)

Definicja antykonkurencyjnych skutków jest ściśle związana z koncepcją „odczuwalności" nadużycia pozycji dominującej. W przypadku istnienia progu odczuwalności samo stwierdzenie, że praktyka negatywnie wpływa na konkurencję, nie jest wystarczające. Należy dodatkowo ustalić, że ten wpływ jest znaczący lub odczuwalny w odniesieniu do konkretnego punktu odniesienia, takiego jak udział w rynku lub zasięg rynkowy danej praktyki[832]. Ta problematyka nie została jednak jednoznacznie określona w przepisach prawa ani w orzecznictwie w kontekście nadużywania pozycji dominującej. Również w doktrynie prawa konkurencji brak jest powszechnego konsensusu co do tego, jak należy definiować „odczuwalność" (według jakiego kryterium lub punktu odniesienia), ani czy „odczuwalność" różni się od definicji antykonkurencyjnych skutków (i jeśli tak, to w jakim zakresie)[833].

Zasada *de minimis* umożliwia uznawanie niektórych antykonkurencyjnych praktyk za zgodne z prawem konkurencji, ze względu na ich niewielki negatywny wpływ na rynek. W przypadku niektórych porozumień ograniczających konkurencję, które nie należą do najcięższych przypadków ograniczeń (*hardcore restrictions*), próg ten jest określany z uwzględnieniem udziału rynkowego stron porozumienia. Jeśli siła rynkowa stron jest niewielka, próg odczuwalności nie jest osiągnięty. Jednakże skutki praktyki stosowanej przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą, z natury o znacznej sile rynkowej, będą uważane za odczuwalne, jeśli zostaną udowodnione przez organ ochrony konkurencji[834].

W odniesieniu do zachowań, które z samej swej natury uznaje się za antykonkurencyjne (np. rabaty lojalnościowe) TS wskazywał, że przy ustalaniu tego, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej, nie ma sensu określać progu odczuwalności (*de minimis*)[835]. W zakresie, w jakim struktura konkurencyjna rynku została już osłabiona ze względu na występowanie na niej

---

[832] Przykładowo w odniesieniu do obszaru geograficznego, grupy docelowej lub sektora rynku. W odniesieniu do udziału rynkowego spornej praktyki w rynku, przykładowo odnosi się to do wielkości lub procentowej części rynku, którą zajmuje ta praktyka w porównaniu z innymi, podobnymi praktykami lub produktami sprzedawanymi przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą.

[833] Na przykład skutek w postaci eliminacji znacznej ilości konkurentów będzie bardziej odczuwalny niż jedynie osłabienie ich wolności konkurowania. [833] P. I. Colomo, A. Lamadrid, *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring (red.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruksela 2017, s. 333-373.

[834] P. I. Colomo, A. Lamadrid, *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring (red.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruksela 2017, s. 333-373.

[835] Podobnie, TS w sprawie *MEO* wskazał, że w celu zastosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE należy uwzględnić wagę ewentualnych niekorzystnych warunków konkurencji, należy zaznaczyć, że przy ustalaniu, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej, nie ma sensu określanie progu odczuwalności (*de minimis*).

pozycji dominującej[836], jakiekolwiek dodatkowe ograniczenie tej struktury konkurencyjnej (nawet jeżeli nie jest znaczne) może stanowić nadużywanie pozycji dominującej[837]. Klienci znajdujący się w części rynku, do której dostęp jest zamknięty, powinni mieć możliwość korzystania z konkurencji w pełnym wymiarze, a konkurenci powinni móc konkurować jakością w obrębie całego rynku[838]. Po stwierdzeniu (prawdopodobnego) zakłócenia konkurencji, nawet mniej poważne zakłócenia będą objęte art. 102 TFUE[839].

W związku z powyższym, w okolicznościach, które charakteryzują się osłabionymi warunkami konkurencji na danym rynku – ze względu na samą obecność przedsiębiorcy dominującego[840] – każda praktyka może skutkować nadużyciem pozycji dominującej. W rezultacie, organ lub zainteresowany podmiot (np. powód) nie musiałby udowadniać, że skutki potencjalnie nadużywającej praktyki są poważne lub znaczące. W takiej sytuacji można zatem domniemywać, że wykluczenie ograniczonej liczby graczy zakłóca konkurencję, ponieważ istnienie dominującego gracza już osłabiło strukturę konkurencji[841]. Jednakże pojawia się wątpliwość, czy to domniemanie może mieć zastosowanie do rzekomego zamknięcia dostępu do odrębnego rynku, na którym danemu przedsiębiorstwu nie zarzuca się posiadania pozycji dominującej, a zatem zakłada się, że konkurencja funkcjonuje prawidłowo. Przykładowo, w przypadku przenoszenia siły rynkowej (lewarowania) konieczne byłoby wykazanie, że skutki antykonkurencyjne na rynkach niezdominowanych są odczuwalne[842].

Brak konieczności wykazywania zauważalnych skutków rynkowych praktyki nie oznacza, że każdy wpływ na strukturę rynku lub ograniczenie wolności konkurentów wystarcza do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej. To również nie zwalnia organu antymonopolowego z obowiązku analizowania danej praktyki, biorąc pod uwagę „wszystkie okoliczności danego przypadku", czyli oceny zachowania dominującego podmiotu w odpowiednim kontekście prawnym i ekonomicznym. Ocena „odczuwalności" ma kluczowe

---

[836] Tym samym brak progu odczuwalności, podobnego jak w przypadku antykonkurencyjnych porozumień, wynika z faktu wysokiego udziału w rynku dominanta.
[837] Wyrok TS z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark*, EU:C:2015:651, pkt 72-73.
[838] Wyrok TS z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P, *Tomra Systems ASA i in. przeciwko Komisji*, EU:C:2012:221, pkt 42.
[839] Gdy ocena odczuwalności praktyki opiera się przede wszystkim na pozycji rynkowej przedsiębiorców zaangażowanych w daną praktykę, nie można przypuszczać, że skutki są nieistotne, jeśli praktyka jest wdrażana przez przedsiębiorcę dominującego.
[840] Zgodnie z orzecznictwem TS odnosi się to do „*rynku, na którym – właśnie ze względu na obecność tego przedsiębiorstwa – konkurencja jest już osłabiona*". Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36, pkt 6.
[841] Wyrok TS z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark*, EU:C:2015:651, pkt 70-72.
[842] Do takiej konkluzji doszedł m.in. brytyjski sąd w sporze między Street Maps a Google, wyrok High Court of England and Wales z 12.02.2016 r. w sprawie *Streetmap EU Ltd przeciwko Google Inc* [2016] EWHC 253 (Ch), pkt 96-97. Podobne opinie były wyrażane w doktrynie: R. Whish, B. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2015, s. 212; J. Faull, A. Nikpay. *The EC Law of Competition*, Oksford 2014, par. 4.929.

znaczenie w procesie oceny antykonkurencyjnego charakteru praktyki, czyli w ustalaniu, czy określona kategoria zachowań może wywierać na tyle poważne skutki, by zostać uznana za nadużycie. Przykładowo, w kontekście oceny rabatów lojalnościowych, TS wskazał, że Sąd niesłusznie pominął istotne okoliczności, takie jak niedostateczne pokrycie rynku przez sporne rabaty, krótki okres trwania kwestionowanych praktyk, brak wykluczenia i szybki spadek cen, jak również wstępna analiza konkurenta równie skutecznego[843]. Gdy przedsiębiorca w trakcie postępowania przedstawia dowody wskazujące, że jego działania nie miały zdolności ograniczania konkurencji, zwłaszcza powodowania skutków zarzucanego wykluczenia, organ antymonopolowy ma obowiązek nie tylko zbadać znaczenie pozycji dominującej tego przedsiębiorcy na rynku, ale również zakres, w jakim rynek jest dotknięty zarzucaną praktyką (tj. stopnia objęcia rynku)[844].

2.2.2. Standard dowodowy (wymagany stopień prawdopodobieństwa)

W kontekście nadużywania pozycji dominującej standard dowodowy odnosi się w szczególności do „progu prawdopodobieństwa" wystąpienia antykonkurencyjnych skutków, które muszą być wykazane przez organy antymonopolowe. Zgodnie z orzecznictwem unijnym, na Komisji spoczywa obowiązek udowodnienia stwierdzonych naruszeń i przedstawienia dowodów wystarczających do wykazania istnienia okoliczności stanowiących naruszenie[845]. Jednocześnie, aby można było uznać, że określona praktyka stanowi nadużycie, jej antykonkurencyjne skutki na rynku nie mogą mieć wyłącznie hipotetycznego (abstrakcyjnego) charakteru – powinny być prawdopodobne, choć niekoniecznie rzeczywiste[846]. O nadużyciu pozycji dominującej można mówić, kiedy zostanie ustalone, że dana praktyka ma prawdopodobny i potencjalny – choć niekoniecznie aktualny i realny – antykonkurencyjny efekt wykluczenia na rynku. Innymi słowy, wystarczające jest wykazanie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego, który mógłby spowodować wykluczenie konkurentów co najmniej równie efektywnych jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą[847].

Orzecznictwo sądów unijnych nie opiera się na jasno określonym (precyzyjnie zdefiniowanym) standardzie dowodowym w kontekście wykazywania antykonkurencyjnych skutków praktyk wykluczających [848] . Jednakże standard dowodowy, definiowany jako „próg

[843] Wyrok TS z 6.09.2017 r. C-413/14 P, *Intel przeciwko Komisji*, EU:C:2017:632, pkt 115.
[844] Wyrok TS z 6.09.2017 r. C-413/14 P, *Intel przeciwko Komisji*, EU:C:2017:632, pkt 138-139.
[845] Np. wyrok TS z 17.12.1998 r. w sprawie C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH przeciwko Komisji*, EU:C:1998:608, pkt 19.
[846] Wyrok TS z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark*, EU:C:2015:651, pkt 65-66.
[847] Wyrok TS z 27.03.2012 w sprawie C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172, pkt 44.
[848] Sądy UE uznały, że pewne ograniczenia są z natury antykonkurencyjne. Szczególnie tzw. „nagie ograniczenia" są bardzo prawdopodobnie naruszeniem artykułu 102 TFUE ze względu na ich charakter. Jednocześnie inne postępowania (np. rabaty

prawdopodobieństwa" wystąpienia antykonkurencyjnych skutków, zależy od wzajemnego oddziaływania między antykonkurencyjnym charakterem zachowania a koniecznością wykazania skutków wykluczających przez organ antymonopolowy. Innymi słowy, orzecznictwo sądów unijnych wskazuje na istnienie pewnego rodzaju „skali oceny", która równoważy domniemany antykonkurencyjny charakter działania z koniecznością dowodzenia jego zdolności do wywoływania antykonkurencyjnych skutków. Oznacza to, że im bardziej dana praktyka jest postrzegana jako szkodliwa dla konkurencji, tym mniej rygorystyczne i obszerne muszą być dowody, które organ antymonopolowy musi przedstawić, aby udowodnić jego zdolność do wykluczenia konkurentów. Pojawia się zatem pytanie, jak działa w praktyce wzajemne oddziaływanie między antykonkurencyjnym charakterem zachowania a wymogiem wykazania skutków wykluczających, a także jakie są praktyczne konsekwencje zachowania uznawanego z natury (z samej swojej formy) za antykonkurencyjne.

Dla praktyk zakazanych *per se*, najniższy standard dowodowy odnosi się do „natury" lub „zdolności" zachowania do wywoływania antykonkurencyjnych skutków. Zdolność wywoływania takich skutków wiąże się z niższym standardem dowodowym i dotyczy praktyk zakazanych ze względu na ich „cel". Nawet jeśli prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków nie jest bardzo wysokie, takie praktyki nadal będą zabronione. Do grupy tego typu zachowań, po pierwsze, można zaliczyć tzw. nagie ograniczenia (np. płacenie klientom za rezygnację z trwających projektów z konkurentami). Tego typu ograniczenia są domniemane jako szkodzące konkurencji i jest mało prawdopodobne, by mogły zostać uzasadnione wzrostem efektywności. Chociaż obrona oparta na efektywności lub obiektywne uzasadnienie jest teoretycznie możliwe w każdym przypadku, zakres akceptacji tych twierdzeń w przypadku nagich ograniczeń wydaje się być ograniczony[849].

Po drugie, do tej grupy zachowań można zaklasyfikować zachowania „z natury" (z samej swojej formy) antykonkurencyjne, np. transakcje wyłączne, rabaty lojalnościowe. Tego typu zachowania są również domniemane jako nadużycie, bez potrzeby wykazywania zdolności tego zachowania do wykluczenia rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów. Dominujący podmiot może przedstawić dowody na obalenie tego domniemania, które następnie muszą

ilościowe) nie są prawdopodobnie naruszeniem artykułu 102 TFUE. Zob. szerzej: I. P. Colomo, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, "Journal of Competition Law & Economics" 2021, nr 2, s. 312-313.

[849] I. P. Colomo, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, "Journal of Competition Law & Economics" 2021, nr 2, s. 312-313

zostać odrzucone (np. w świetle niskiej wartości dowodowej[850]) lub wzięte pod uwagę jako część analizy skutków[851].

W przypadku prawdopodobieństwa, ma się do czynienia z wyższym standardem dowodowym, dotyczącym praktyk, które nie są bezwzględnie zakazane i które muszą być oceniane w świetle całokształtu okoliczności. Tego typu postępowania dominujących podmiotów (np. wiązanie, rabaty niewyłącznościowe) wymagają analizy ich zdolności do wykluczenia rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów[852].

Na gruncie art. 102 TFUE, podobnie jak w przypadku art. 101 TFUE, można wskazać na praktyki nadużywania pozycji dominującej zakazane ze względu na cel oraz praktyki zakazane ze względu na skutek. W pierwszym przypadku istnieje domniemanie, że ze względu na swoją formę (przedmiot) te praktyki mają potencjał do wywoływania antykonkurencyjnych skutków. W związku z tym organy antymonopolowe nie są zobowiązane do przedstawiania dowodów, takich jak skomplikowane analizy ekonomiczne, na wystąpienie tych skutków. Taki sposób traktowania pewnych praktyk, mimo że czasami jest krytykowany za nadmierny formalizm, zwiększa pewność prawną dla przedsiębiorców i ułatwia im ocenę własnych zachowań na rynku. Jednakże, jak podkreślił TS w sprawie *Intel*, jeśli przedsiębiorstwo w trakcie postępowania administracyjnego przedstawi dowody, że jego działanie nie miało zdolności ograniczania konkurencji (pomimo domniemania antykonkurencyjnego charakteru danej praktyki), organ antymonopolowy musi zbadać konkretne parametry tego zachowania, które mogą być istotne do oceny stopnia jego wpływu (odczuwalności). W tej analizie powinny być uwzględnione takie czynniki, jak znaczenie pozycji dominującej przedsiębiorcy na rynku właściwym, zakres rynku objętego przez zarzucaną praktykę oraz długość trwania tej praktyki[853].

W drugim zaś przypadku standard dowodowy jest spełniony, gdy organ antymonopolowy, analizując okoliczności danej sprawy, wykaże – za pomocą spójnych i wiarygodnych dowodów

---

[850] Wypracowane przez orzecznictwo unijne zasady przeprowadzania dowodów wskazuje, że wartość dowodowa dokumentu zależy m.in. od okoliczności jego sporządzenia, w tym czy dokument został sporządzony w bezpośrednim związku ze zdarzeniami. Wyroki Sądu z: 3.03.2011 r. w sprawie T-110/07, *Siemens przeciwko Komisji,* EU:T:2011:68; 8.07.2011 r. w sprawie T-50/00, *Dalmine SpA przeciwko Komisji,* EU:T:2004:220; 8.07.2004 r. w sprawie T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG przeciwko Komisji,* EU:T:2004:218.

[851] Wyrok TS z 6.09.2017 r. C-413/14 P, *Intel przeciwko Komisji*, EU:C:2017:632, pkt 139.

[852] W związku z powyższym, w prawie konkurencji Unii Europejskiej można rozróżnić zachowania, które ze względu na swoją „naturę" są uznawane za sprzeczne z konkurencją merytoryczną (i jako takie są *prima facie* zakazane) oraz praktyki, które wymagają indywidualnej analizy ich wpływu w odpowiednim kontekście prawnym i gospodarczym. Podstawą surowszego podejścia prawnego do pierwszego rodzaju zachowań jest domniemanie, że mają one antykonkurencyjny cel (np. umowy na wyłączność).

[853] Wyrok TS z 6.09.2017 r. C-413/14 P, *Intel przeciwko Komisji*, EU:C:2017:632, pkt 139.

– że dane zachowanie wywierało antykonkurencyjne skutki lub było to co najmniej prawdopodobne [854] . Tego typu podejście, nazywane podejściem opartym na skutkach ekonomicznych, może powodować znaczną niepewność prawną oraz utrudniać dokonanie przez dominanta wcześniejszej oceny, czy jego zachowanie może zostać uznane w przyszłości za niezgodne z regułami konkurencji[855].

Kolejnym ważnym aspektem związanym ze standardem dowodowym przy wykazywaniu nadużywania pozycji dominującej jest kwestia związku pomiędzy danym zachowaniem a skutkiem w postaci wykluczenia. Stwierdzenie, że dane działanie jest zdolne do eliminowania rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów, logicznie implikuje konieczność wykazania, iż efekty wykluczające mogą zostać przypisane analizowanemu zachowaniu. W konsekwencji, przedsiębiorcy posiadający pozycję dominującą często wykorzystują ten wymóg w postępowaniach sądowych, argumentując, że organ antymonopolowy nie sprostał ciężarowi prawnemu, ponieważ nie udowodnił swoich twierdzeń zgodnie z wymaganym prawem standardem[856]. W opinii niektórych, w celu ustalenia nadużycia pozycji dominującej poprzez wykluczenie, organ antymonopolowy musi przeprowadzić szczegółową analizę kontrfaktyczną. Miałaby ona na celu hipotetyczną ocenę sytuacji rynkowej, jaka mogłaby zaistnieć w przypadku braku przedmiotowego działania, odnosząc się na przykład do rzeczywistej ewolucji podobnych rynków lub zastosowania złożonych metod ekonometrycznych[857]. Jednakże, orzecznictwo sądów unijnych nie popiera tego podejścia. W świetle orzeczeń *Google Android*[858] i *Google Shopping*[859], chociaż Komisja jest zobligowana do wykazania, że zarzucane efekty wykluczające są związane z analizowanym działaniem, nie istnieje ogólny wymóg przeprowadzenia szczegółowej analizy kontrfaktycznej najbardziej prawdopodobnego hipotetycznego scenariusza rynkowego bez obecności tego działania. Z reguły wystarczające jest założenie, że odpowiednim punktem odniesienia dla oceny efektów wykluczających będzie sytuacja rynkowa sprzed wprowadzenia danego działania. W niektórych sytuacjach możliwe jest zidentyfikowanie potencjalnego lub prawdopodobnego

[854] Wymaga to dowodów potwierdzających przynajmniej, że twierdzenia organu antymonopolowego na poparcie jego wniosków są bardziej prawdopodobne niż twierdzenia alternatywne; I. P. Colomo, *Restrictions on Innovation in EU competition law*, "LSE Research Online" 2016, nr 4, s. 19.
[855] W. P. J. Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance*, "World Competition" 2014, nr 4, s. 422
[856] Zob. np. arguemntację Google: wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 359-362.
[857] Zob. szerzej: R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford, 2013, s. 262-267.
[858] Wyrok Sądu z 14.09.2022 r. w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 892-893.
[859] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 376-380.

alternatywnego scenariusza kontrfaktycznego, ale nie jest to wymóg prawny i stanowi jedynie jeden ze sposobów wykazania, że efekty wykluczające mogą być przypisane kwestionowanemu działaniu.

2.3. Testy prawne oraz kategoryzacja praktyk stanowiących nadużywanie pozycji dominującej

Ze względu na ubogi materiał normatywny i niezdefiniowanie pojęcia „nadużywanie (nadużycie) pozycji dominującej" podstawą rozumienia tego zakazu są dorobek orzeczniczy sądów oraz praktyka decyzja organów antymonopolowych. Zamiast opracowywać uniwersalny test mający zastosowanie do wszystkich form zachowań rynkowych przedsiębiorców dominujących, sądy unijne ustanowiły system warunków prawnych do oceny odrębnych kategorii zachowań[860]. Tworzą one test prawny do ustalania odpowiedzialności na mocy art. 102 TFUE[861].

W prawie konkurencji merytoryczne testy prawne – i związane z nimi zasady dotyczące standardów dowodowych – pełnią ważną funkcję ograniczającą swobodę uznania organów antymonopolowych. Kwalifikacje prawne i odpowiadające im testy prawne są decydujące dla wyniku spraw antymonopolowych. Testy prawne określają ciężar dowodu, jaki musi spełnić organ ochrony konkurencji lub powód przy ustalaniu nadużycia pozycji dominującej lub formułowaniu swoich roszczeń w oparciu o naruszenie tego zakazu. Waga tego ciężaru zależy od formy nadużycia[862]. Kwalifikacje prawnicze mogą więc łatwo przesądzić o wyniku sprawy. W celu zagwarantowania przewidywalności dla adresatów zakazów nadużywania pozycji dominującej regulacja nadużywania pozycji dominującej musi tworzyć jasne i przewidywalne ramy prawne oparte na kategoryzacji, czyli klasyfikacji zachowań rynkowych do określonych typów zachowań (np. wiązanie, odmowa dostaw, dyskryminacja), posiadających własne kryteria oceny, tj. testy prawne[863] (co szerzej wskazano w pkt. V.2 pracy doktorskiej).

---

[860] Innymi słowy, orzecznictwo unijne sformułowało kluczowe kryteria prawne, służące do odróżniania niedozwolonych praktyk dominatów od dozwolonych działań jednostronnych przedsiębiorstw z dominującą pozycją na rynku. E. Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU: the Spectrum of Tests,* Alphen aan den Rijn 2010, s. 4.

[861] W prawie konkurencji UE nie istnieje zatem pojedynczy, uniwersalny test prawny. Zamiast tego, zastosowanie różnych testów zależy od rodzaju praktyk i kontekstu, w którym są one realizowane. P. I. Colomo, *Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, nr 7, s. 424. Pomimo istnienia różnorodnych metod oddzielania szkodliwych działań antykonkurencyjnych od agresywnych, ale jednocześnie promujących konkurencję, to podstawowe zasady prawne są dostatecznie ogólne, by umożliwić sądom tworzenie operacyjnych testów, które są aplikowane w poszczególnych sprawach. E. Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU: the Spectrum of Tests,* Alphen aan den Rijn 2010, s. 3-4.

[862] Przykładowo, prawny test odmowy dostawy jest znacznie bardziej wymagający niż np. wiązanie.

[863] Nie jest możliwe skuteczne stosowanie art. 102 TFUE bez wykorzystywania pewnych kategorii. Ważne jest, aby używane kategorie były ekonomicznie i prawnie uzasadnione oraz jasne, przewidywalne i możliwe do administrowania. W. P. J. Wils,

W literaturze dokonano szczegółowej klasyfikacji i charakterystyki poszczególnych testów prawnych stosowanych do oceny praktyk wykluczających w świetle art. 101 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) w zależności od ich konstrukcji oraz charakteru. Te metody wahają się od rygorystycznych i formalistycznych testów prawnych, które regulują określone zachowania, po bardziej złożone analizy skutków tych działań na konkurencję i dobrobyt konsumentów. Różnią się one także zakresem, w którym istnieje ryzyko zezwolenia na praktyki antykonkurencyjne (tzw. fałszywe negatywy) lub zabronienia działań wspierających konkurencję (tzw. fałszywe pozytywy). Różnice te występują również w kwestii jasności i administracyjnej zarządzalności (stosowalności[864]) tych testów[865].

W zależności od przyjętego podejścia do oceny jednostronnych zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą można wyróżnić podejście formalne oraz podejście bardziej ekonomiczne (zorientowane na skutki,). W kontekście stosowania art. 102 TFUE podejście formalne polega na bezwzględnym zakazie określonych praktyk dominanta w przypadku zaklasyfikowania ich jako określonej formy (np. rabaty lojalnościowe). Choć ocena ta bazuje także (jak w przypadku podejścia skutkowego) na zastosowaniu instrumentów ekonomicznych, podejście formalne zostało poddane typologizacji i przełożone na abstrakcyjne zasady ogólne, egzekwowane przez stosowanie prawa. Podejście bardziej ekonomiczne uzależnia natomiast kwalifikację prawną przede wszystkim od rzeczywistych skutków rynkowych danej praktyki. W ramach tego modelu kluczowe znaczenie ma metodologia. O ile analiza na gruncie podejścia formalnego sprowadza się do ustalenia, czy praktyka ma określoną formę, a tym samym – zdolność do wykluczenia, o tyle w świetle podejścia zorientowanego na skutki ekonomiczne wymagane jest zbadanie dodatkowego elementu: wykluczenia, które jest zarazem ekonomicznie szkodliwe dla konsumentów[866].

The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, "World Competition" 2014, nr 4, s. 422.

[864] Stosowalność materialnego prawa antymonopolowego oznacza, że przepisy te są łatwe, zrozumiałe oraz relatywnie mało kosztowane w zastosowaniu – zarówno dla organów egzekwujących zgodność zachowań z tą regułą, jak i jednostek zobowiązanych reguły tej przestrzegać, zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012 s. 40.

[865] Omówienie wszystkich istotnych testów, za wyjątkiem testu intencjonalnego opisanego w pkt IV.3.4 pracy doktorskiej, wykracza poza wyznaczone ramy analizy. Zob. szerzej: E. Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU: the Spectrum of Tests*, Alphen aan den Rijn 2010; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012; I. P. Colomo, *What is an Abuse of a Dominant Position? Deconstructing the Prohibition and Categorizing Practices* (2021), https://ssrn.com/abstract=3864292 (data dostępu: 1.12.2023), s. 9-16; idem, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 374-386.

[866] Zob.: A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 31.

W kontekście deklaracji Komisji z 2008 r. dotyczącej modernizacji egzekwowania art. 102 TFUE w duchu bardziej ekonomicznego podejścia [867], jednym z kluczowych testów stosowanych przez KE jest test równie efektywnego konkurenta. Stosowanie go stało się jednym z głównych punktów sporu zarówno w publicznej debacie na temat art. 102 TFUE, jak i w orzecznictwie sądów unijnych [868]. Na przykład postulowano, że Komisja powinna zasadniczo zawsze stosować test równie efektywnego konkurenta, aby potwierdzić nadużycie, niezależnie od tego, czy dotyczy ono praktyk cenowych, czy pozacenowych [869]. Ponadto argumentowano, że istnieje bardziej ogólna zasada, według której zastosowanie art. 102 TFUE wymaga jednoznacznego wykazania, iż dane zachowanie (niezależnie od jego rodzaju) wyklucza z rynku równie efektywnych konkurentów[870].

Ze względu na mnogość zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą oraz złożoność różnych modeli gospodarczych, nie istnieje jedno kompleksowe podejście ani test służący do identyfikacji nadużywania pozycji dominującej. W związku z tym ocena zgodności tych zachowań z zakazem nadużywania pozycji dominującej bardzo często wymaga indywidualnej oceny każdej z rozpatrywanych praktyk przy uwzględnieniu odpowiedniego kontekstu gospodarczego i prawnego [871]. To samo zachowanie, nawet jeżeli jest kategoryzowane w orzecznictwie jako praktyka, która z samej swojej „natury" ogranicza konkurencję (np. umowy na wyłączność) w zależności od różnego kontekstu prawnego i gospodarczego – może zostać uznana za zgodną z regułami konkurencji lub jako nadużycie. Naruszenia art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k. zależy więc od cech rynku właściwego, modelu biznesowego przedsiębiorcy, a także specyfiki zachowania.

Testy prawne są preferowaną metodą znalezienia właściwej równowagi między pewnością prawną stanowiącą gwarancję dla przedsiębiorców oraz stosowalnością przepisów (w tym ich

---

[867] Wytyczne Komisji.

[868] Zob. np.: K. Rokita, *Test równie efektywnego konkurenta w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2016, nr 4, s. 34-40; D. J. Neven, *The as Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines?* (2023). https://ssrn.com/abstract=4599069 (data dostępu: 11.12.2023); D. Geradin, *Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche*, "Journal of Competition Law & Economics" 2015, nr 11, s. 28.

[869] Zgodnie z orzecznictwem sądów unijnych, nawet w przypadku praktyk pozacenowych nie można wykluczyć przydatności takiego testu. W istocie, taki test może być przydatny, gdy skutki rozpatrywanej praktyki można określić ilościowo. Wyrok TS z 19.01.2023 r. w sprawie C-680/20, *Unilever*, EU:C:2023:33, pkt 59.

[870] Test równie efektywnego konkurenta można rozpatrywać jako jeden z dostępnych narzędzi służących do oceny, czy określone zachowanie odbiega od zasad „normalnej" konkurencji. Mimo iż orzecznictwo sądów Unii nie wymaga obligatoryjnego stosowania tego testu, to często jest on wykorzystywany do analizy praktyk drapieżnictwa cenowego oraz zacieśniania marży. Wyrok TS z 19.01.2023 r. w sprawie C-680/20, *Unilever*, EU:C:2023:33, pkt 58. Zob. też: G. Gaudin, D. Mantzari, *Google Shopping and the As-Efficient Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2022, nr 2, s. 125-135.

[871] Na gruncie prawa unijnego przyjmuje się, że do każdego konkretnego przypadku stworzyć należy właściwą, zindywidualizowaną teorię szkody. Szkoda ta nie może jednak polegać wyłącznie na wystąpieniu jakiegoś ogólnego, niesprecyzowanego negatywnego skutku.

skuteczność) stanowiącą gwarancję interesu publicznego realizowaną przez organy antymonopolowe.

2.4. Kategorie (rodzaje) nadużywania pozycji dominującej

Kategoryzacja praktyk nadużywania pozycji dominującej, w tym ich podział na szersze kategorie, a następnie identyfikacja testów prawnych rozwiniętych w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej, służących do oceny tych zachowań, pozwala na racjonalizację i optymalizację niejednoznacznego charakteru pojęcia „nadużycia”[872].

Podział poszczególnych praktyk nadużywania pozycji dominującej na podstawie określonych kryteriów[873] jest istotny z trzech głównych powodów. Po pierwsze, ułatwia to zrozumienie i usystematyzowanie podobieństw oraz różnic między różnymi rodzajami nadużyć. Po drugie, pozwala na identyfikację potencjalnych sprzeczności w orzecznictwie, kiedy podobne praktyki nie są konsekwentnie traktowane przez sądy i organy regulacyjne. To również pomaga zrozumieć, jakie podejście jest najbardziej odpowiednie do oceny zgodności z prawem takich działań, które nie poddają się łatwo kategoryzacji[874]. W zależności od przyjętego kryterium, praktyki stanowiące nadużycie można podzielić na różne kategorie, co zostało przedstawione w poniższej tabeli 10.

Tabela 10 – kategorie praktyk nadużywania pozycji dominującej

Kryterium rozróżniające	**Kategoria praktyk**	**Opis**
Mechanizm szkodzenia konkurencji	Praktyki wykluczające	Działania mające na celu wykluczenie konkurentów z rynku.
	Praktyki eksploatacyjne	Działania mające na celu eksploatację konsumentów.
Związek (brak bezpośredniego związku) praktyki z ceną	Praktyki cenowe	Praktyki związane z ceną, np. rabaty lojalnościowe, dumping cenowy, zawężanie marż.
	Praktyki pozacenowe	Praktyki niezwiązane bezpośrednio z ceną, np. wiązanie produktów, odmowa dostępu, dyskryminacja cenowa.
Prawdopodobieństwo, że przedmiot („forma”) zachowania jest antykonkurencyjna	Nagie nadużycia, praktyki „celowe”	Zachowania, które nie można racjonalnie wyjaśnić inaczej niż nadużyciem pozycji dominującej.

[872] I. P. Colomo, *What is an Abuse of a Dominant Position? Deconstructing the Prohibition and Categorizing Practices* (2021), https://ssrn.com/abstract=3864292 (data dostępu: 1.12.2023), s. 17.
[873] Istnieje wiele sposobów rozróżniania potencjalnie nadużyć. Zob.: R. Molski, *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 386-387. Kilka kryteriów, wskazane w pracy doktorskiej, jest jednak szczególnie pomocnych przy rozróżnianiu kluczowych podobieństw i różnic między nimi.
[874] I. P. Colomo, *What is an Abuse of a Dominant Position? Deconstructing the Prohibition and Categorizing Practices* (2021), s. 3.

Kryterium rozróżniające	Kategoria praktyk	Opis
	Praktyki „skutkowe”	Zachowania, które można racjonalnie wyjaśnić inaczej niż nadużyciem pozycji dominującej.
Miejsce ujawnienia antykonkurencyjnych skutków	Utrzymanie lub umocnienie pozycji dominacje	Celem lub skutkiem praktyki jest utrzymanie lub wzmocnienie pozycji dominującej
	Transfer siły rynkowej na sąsiedni rynek	Celem lub skutkiem praktyki jest rozszerzenie tej pozycji na inny rynek.
Wymiar konkurencji na rynkach cyfrowych	Praktyki ograniczające konkurencję wewnątrz platformy	Zachowania ograniczające konkurencję w ramach danej platformy/ekosystemu.
	Praktyki ograniczające konkurencję między platformami	Praktyki ograniczające konkurencję między różnymi platformami/ekosystemami.
Sposób dystrybucji lub projektowania produktu	Praktyki związane z dystrybucją produktu	Związane ze sposobem sprzedaży produktu, np. umowy wyłączności, rabaty lojalnościowe.
	Praktyki dotyczące projektowania produktu	Dotyczące sposobu projektowania produktu, np. techniczne wiązanie produktów.

Źródło: opracowanie własne.

Jak wskazano w tabeli 10, w zależności od sposobu, w jaki jednostronne zachowania dominującego podmiotu szkodzą dobrobytowi konsumentów, czy innymi słowy – jaki jest mechanizm, poprzez który ujawniają się ich antykonkurencyjne skutki – można wyróżnić praktyki wykluczające oraz praktyki eksploatacyjne[875].

Biorąc pod uwagę, czy działanie przedsiębiorcy dominującego wiąże się z konkurencją cenową, można wyróżnić praktyki cenowe (np. rabaty lojalnościowe, drapieżnictwo cenowe, zawężanie marż) oraz praktyki pozacenowe (np. wiązanie produktów, odmowa dostępu, dyskryminacja pozacenowa). Praktyki pozacenowe są szczególnie istotne w kontekście rynków cyfrowych. Wiele usług cyfrowych oferowanych jest konsumentom za darmo, co sprawia, że tradycyjna konkurencja cenowa przybiera inną formę (zob. pkt I.1.1.2 pracy doktorskiej). Na rynkach tych często obserwuje się konkurencję pozacenową, gdzie przedsiębiorcy rywalizują na innych płaszczyznach niż cena, takich jak jakość, innowacyjność, czy dostępność usług (zob. pkt I.3.3 pracy doktorskiej).

Praktyki można klasyfikować na podstawie tego, czy są one uzasadnionym sposobem osiągania korzyści prokonkurencyjnych, czy też stanowią „nagie” nadużycie (zachowanie dominującego podmiotu, które nie można racjonalnie wyjaśnić inaczej niż nadużyciem pozycji

[875] K. Kohutek, *Pojęcie nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 351. Podział ten został wyjaśniony w pkt III.1.2.1 pracy doktorskiej.

dominującej)[876]. Można je również różnicować w oparciu o ich naturę (formę), a to pozwala domniemywać ich antykonkurencyjny charakter, co zostało omówione w pkt IV.2.3 pracy doktorskiej.

W kontekście praktyk wykluczających, można zidentyfikować te działania, których celem lub efektem jest utrzymanie, wzmocnienie pozycji dominującej lub rozszerzenie tej pozycji na sąsiedni rynek (tzw. transfer nadużycia, zob. rozdział V pracy doktorskiej). W kontekście rynków cyfrowych, jednym z charakterystycznych zjawisk jest możliwość przenoszenia siły rynkowej operatora platformy na sąsiednie rynki, co zostało scharakteryzowane w kontekście strategii operatorów platform internetowych w pkt 2.2.2 pracy doktorskiej.

W kontekście działań dominujących operatorów platform internetowych można rozróżnić zachowania ograniczające konkurencję wewnątrz danej platformy (lub ekosystemu stworzonego przez operatora platformy) oraz praktyki ograniczające konkurencję między platformami (lub ekosystemami). Podział ten wynika z charakteryzowanych w pkt I.3.2 pracy doktorskiej wymiarów konkurencji na rynkach cyfrowych.

Dodatkowo, w gospodarce cyfrowej ważnym rozróżnieniem jest podział jednostronnych zachowań na praktyki związane z dystrybucją produktu (np. umowy wyłączności, rabaty lojalnościowe) oraz praktyki dotyczące projektowania produktu lub modelu biznesowego (np. techniczne wiązanie produktów)[877]. Interwencja antymonopolowa w odniesieniu do tego, w jaki sposób produkty (usługi) zostały zaprojektowane lub w jakim modelu są świadczone, może prowadzić do znaczących zmian w funkcjonowaniu rynków, zwłaszcza w sektorze cyfrowym, gdzie innowacje i model biznesowy często są ze sobą ściśle powiązane. Ta forma interwencji wymaga wywarzonego podejścia, aby z jednej strony chronić konkurencję i konsumentów, a z drugiej nie hamować innowacyjności i rozwoju gospodarczego. Ta interwencja jest z natury bardziej „intruzywna" i w większym stopniu ogranicza wolność gospodarczą w porównaniu do tradycyjnego podejścia skoncentrowanego na sposobie sprzedaży (dystrybucji) produktów i usług. Powodem tego jest fakt, że interweniując w projekt produktu lub model biznesowy, organy regulacyjne ingerują bezpośrednio w proces twórczy i innowacyjny przedsiębiorstw, co

[876] I. P. Colomo, *What is an Abuse of a Dominant Position? Deconstructing the Prohibition and Categorizing Practices* (2021), https://ssrn.com/abstract=3864292 (data dostępu: 1.12.2023), s. 17.
[877] I. P. Colomo, *Product Design and Business Models in EU Antitrust Law* (2021), https://ssrn.com/abstract=3925396, s. 1.

może mieć długofalowe konsekwencje dla ich strategii rozwojowych i zdolności konkurencyjnych[878].

2.5. Obiektywne uzasadnienie

W celu skorzystania z prawa do obrony, strona postępowania antymonopolowego, której właściwy organ przedstawił zarzut dotyczący nadużywania pozycji dominującej, może wykazać, że: (i) kwestionowane działanie jest legalne i nie stanowi nadużycia, lub (ii) nawet jeśli *prima facie* zachowanie to wydaje się być nadużyciem, to jest ono obiektywnie uzasadnione[879].

W odniesieniu do pierwszej grupy argumentów, strona postępowania antymonopolowego może twierdzić, że kwestionowane działanie mieści się w ramach konkurencji merytorycznej i nie odpowiada kryteriom prawnym ani ekonomicznym definiujących daną formę nadużycia. Może również argumentować, że to zachowanie nie generuje antykonkurencyjnych skutków. Przedsiębiorca ma prawo kwestionować ustalenia organu antymonopolowego, utrzymując, że nie spełnił on wymaganego ciężaru dowodowego do wykazania nadużycia. W szczególności, strona postępowania może bronić się, wskazując, że organ ochrony konkurencji nie przedstawił dostatecznie spójnych i wiarygodnych dowodów potwierdzających zarzuty nadużycia, lub że wnioski wyciągnięte przez organ na podstawie dostępnych dowodów są błędne. W przypadku, gdy strona postępowania przedstawi dowody na to, że jej działanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, w szczególności wywołania skutków zarzucanego wykluczenia, ciężar dowodu przechodzi z powrotem na organ ochrony konkurencji, który musi obalić wnioski strony[880].

W odniesieniu do drugiej grupy argumentów, przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą może bronić się przed stawianymi mu zarzutami nadużycia pozycji dominującej, argumentując, że jego zachowanie – nawet jeśli na pierwszy rzut oka mogło wydawać się nadużyciem – było

---

[878] Zob. szerzej: I. P. Colomo, *Product Design and Business Models in EU Antitrust Law* (2021), https://ssrn.com/abstract=3925396 (data dostępu: 11.12.2023).

[879] Zob. szerzej: A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2017, s. 369-377; R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford, 2013, s. 282-290; T. van der Vijver, *Objective Justification and Article 102 TFEU*, "World Competition" 2012, nr 1, s. 55-76; https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/35.1/WOCO2012004E Rousseva, The Concept of 'Objective Justifi cation' of an Abuse of a Dominant Position: Can it Help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?, "The Competition Law Review" 2006, nr 2, s. 27-29.

[880] W szczególności, gdy organ antymonopolowy opierał się na domniemaniu, że zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą miało zdolność do wywoływania antykonkurencyjnych skutków (tj. było to prawdopodobne w świetle kryteriów sformułowanych w orzecznictwie), a strona postępowania obaliła to domniemanie przedstawiając istotne dowody i argumenty.

jednak obiektywnie uzasadnione[881]. Obiektywne uzasadnienie może mieć miejsce, gdy: (i) działania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą są obiektywnie niezbędne ze względu na czynniki zewnętrzne, (ii) dominujący podmiot stosuje środki obronne w celu ochrony swoich interesów gospodarczych lub (iii) jego działania są uzasadnione względami efektywności[882].

W związku z powyższym, obiektywne uzasadnienia w prawie konkurencji wyłącza odpowiedzialność przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, któremu zarzuca się nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym, poprzez wykazanie przez stronę postępowania, że jej zachowanie było niezbędne do osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu. Zastosowanie tej koncepcji przypomina kryteria wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE, z tą jednak różnicą, że art. 101 TFUE dopuszcza wprost wyjątki od zakazu porozumień ograniczających konkurencje, podczas gdy art. 102 TFUE formalnie takich wyjątków wprost nie przewiduje[883].

Każdy przedsiębiorca, w tym przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, powinien mieć możliwość podejmowania działań dążących do ochrony swoich uzasadnionych interesów gospodarczych. W przypadku gdy jego konkurenci podejmują działania mogące zagrozić tym interesom, ma on prawo podjąć działania reakcyjne zmierzające do ich ochrony. Pozbawiając dominanta możliwości podejmowania reakcji na działania konkurentów, pozbawiłoby się go *de facto* możliwości ochrony swojej pozycji dominującej, której posiadanie samo w sobie nie jest zakazane. Skutki wykluczające wynikające z rozpatrywanego zachowania mogą być zrównoważone lub przeważone przez korzyści w zakresie wydajności, z których korzystają również konsumenci[884].

Rozróżnienie między „nadużyciem" a „obiektywnym uzasadnieniem" determinuje dwustopniową analizę, która wpływa na rozkład ciężaru dowodowego. W pierwszej kolejności organ ochrony konkurencji musi wykazać, że zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą spełnia kryteria „nadużycia", w tym może mieć odczuwalny niekorzystny wpływ na parametry konkurencji – z związku z czym podlega zakazowi na mocy art. 102 TFUE

[881] Chociaż językowa wykładnia art. 102 TFUE oraz 9 u.o.k.k. wskazuje, że zakaz nadużywania pozycji dominującej ma bezwzględny charakter, jednostronne działanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą spełniające przesłanki zakazu nadużywania pozycji dominującej może zostać uzasadnione.
[882] R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford, 2013, s. 283.
[883] A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2017, s. 369; E. Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU: the Spectrum of Tests*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 245.
[884] E. Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU: the Spectrum of Tests*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 252-253

lub art. 9 u.o.k.k. Następnie korzyści gospodarcze (prokonkurencyjne skutki) wynikające z tej praktyki rozpatruje się w ramach przesłanek „obiektywnego uzasadnienia", przy czym ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się nadużycie[885].

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem unijnym, do przedsiębiorcy zajmującego pozycję dominującą należy wykazanie, że: (i) wzrost efektywności mogący wynikać z danego działania neutralizuje wszelkie przypuszczalne szkodliwe skutki dla konkurencji i interesów konsumentów na rynkach, na które działanie ma wpływ; (ii) wzrost efektywności był lub mógł być osiągnięty dzięki temu zachowaniu; (iii) kwestionowane zachowanie jest niezbędne dla osiągnięcia tych korzyści w postaci wzrostu efektywności oraz (iv) nie wyklucza ono skutecznej konkurencji poprzez wyeliminowanie wszystkich lub większości źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji[886].

W związku z tym, istnieje asymetria pomiędzy standardem dowodowym po stronie organu ochrony konkurencji a wymogami wobec próbującego uzasadnić swoje zachowanie przedsiębiorcy dominującego. Po tym, jak organ z powodzeniem wykaże prawdopodobieństwo swoich wniosków[887], przedsiębiorca dominujący musi w zasadzie udowodnić, że jego zachowanie było obiektywnie konieczne do spełnienia zakładanego celu, a zatem, że nie istniały inne, mniej dolegliwe sposoby umożliwiające jego osiągnięcie. Nie ma przy tym znaczenia, czy jego zachowanie *prima facie* było korzystne dla konsumentów[888].

Obiektywne uzasadnienie przypomina tym samym kontratyp obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności, czyli okoliczności wyłączającej karną bezprawność czynu w prawie karnym. Do tej pory, niemal we wszystkich sprawach sądowych rozpatrywanych przez sądy w związku ze skargami na nieważność decyzji Komisji Europejskiej lub w Polsce na skutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, argumenty przedsiębiorców oparte na obiektywnym uzasadnieniu nie były z powodzeniem przyjmowane[889]. W piśmiennictwie podkreśla się, że możliwość ta jest bardziej teoretyczna niż faktyczna, a szanse na powodzenie tej obrony są

---

[885] *Ibidem,* s. 247-248.

[886] Wyrok TS z 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10, *Post Danmark,* EU:C:2012:172, pkt 42. Instytucja obiektywnego uzasadnienia na gruncie polskiego prawa ochrony konkurencji została z kolei potwierdzona w orzecznictwie SN. Zob.: wyrok SN z 20.05.2015 r., sygn. akt III SK 53/14. W wyroku tym SN stwierdził, że zachowanie dominanta będzie można uznać za podlegające takiemu uzasadnieniu (stąd nienaruszające zakazu z art. 9 u.o.k.k.) w razie wystąpienia „*obiektywnych i gospodarczo racjonalnych przesłanek usprawiedliwiających takie zachowanie*".

[887] Przykładowo, że dane zachowanie miało wpływ na zmniejszenie presji konkurencyjnej ze względu na efekt wykluczenia części konkurentów, co pośrednio mogło szkodzić także konsumentom.

[888] Przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą nadal może argumentować, że jego zachowanie w ogóle nie mieści się w kategorii nadużycia (tj. ma charakter konkurencji merytorycznej).

[889] I. P. Colomo, *Restrictions on Innovation in EU Competition Law*, "LSE Legal Studies Working Paper" 2015, nr 22, s. 19.

bardzo niskie. Po tym, jak dane zachowanie zostanie uznane za *prima facie* abuzywne, niemal nieuniknione jest uznanie jego za naruszenie art. 102 TFUE[890].

2.6. Konkluzje

Stosowanie prawa konkurencji, opierające się na ogólnych klauzulach generalnych, takich jak „nadużywanie pozycji dominującej", zapewnia elastyczność w zwalczaniu negatywnych zachowań na nowych rynkach technologicznych. Jednakże może to również wprowadzać niepewność prawną dla przedsiębiorców, którzy mogą mieć trudności z przewidywaniem, czy ich działania zostaną zakazane przez organy i sądy antymonopolowe. Niejednoznaczne przesłanki w orzecznictwie utrudniają odróżnienie przejawów normalnej konkurencji od zakazanych praktyk. Jednocześnie, kategoryzacja określonych zachowań pomaga w ocenie ich zgodności zgodnie z przyjętymi kryteriami i testami prawnymi. Na rynkach cyfrowych interwencja antymonopolowa może być bardziej skomplikowana niż na „tradycyjnych" rynkach, szczególnie w przypadkach, gdy dotyczy ona projektowania produktu, jak techniczne wiązanie produktów. W zależności od klasyfikacji prawnej danego zachowania, wymagany poziom dowodowy odnośnie do wystąpienia antykonkurencyjnych skutków jest różny. Stosowane w prawie konkurencji domniemania prawne odzwierciedlają akceptowalny poziom ryzyka związanego z błędami interwencji lub jej brakiem. Oznacza to, że przepisy te uwzględniają możliwość, że działania antymonopolowe mogą niekiedy niesłusznie ograniczać konkurencję (błąd pierwszego rodzaju) lub nie interweniować, gdy jest to konieczne (błąd drugiego rodzaju). Przyjęte zasady mają na celu zrównoważenie tych ryzyk, umożliwiając organom antymonopolowym skuteczne działanie, jednocześnie minimalizując negatywne skutki dla niezakłóconej konkurencji i innowacyjności[891].

3. Zdefiniowane kryteria zapewniające lub sprzyjające pewności prawa w kontekście stosowania art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) oraz regulacji rynków cyfrowych

Zdefiniowawszy zasadę pewności prawnej, w dalszej części pracy doktorskiej dokonano analizy wyróżnionych kryteriów zapewniających lub sprzyjających tej zasadzie w kontekście egzekwowania prawa konkurencji (art. 102 TFUE, art. 9 u.o.k.k.) oraz regulacji rynków cyfrowych wobec zachowań rynkowych obserwowanych na tych rynkach.

---

[890] A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2017, s. 370.

[891] W kontekście art. 102 TFUE, zasady te odzwierciedlają złożoność oceny praktyk przedsiębiorców, w tym trudności związane z udowodnieniem ich szkodliwego wpływu na konkurencję. Przykładowo, w tym zakresie zob. wymóg niezbędności opisany w pkt VIII.1.4.1 pracy doktorskiej.

Po pierwsze, wyodrębniono kryterium „spójności prawa", w którym zwrócono uwagę na wpływ różnic w wymaganiach dowodowych, zależnych od wybranego testu prawnego, na jednolitość interpretacji i stosowania przepisów antymonopolowych. Następnie skupiono się na roli „instrumentów miękkiego prawa", pokazując, jak *soft law*, w postaci wytycznych i komunikatów Komisji oraz krajowych organów antymonopolowych, przyczynia się do większej pewności prawa poprzez usystematyzowanie i wyjaśnianie praktyk stosowania prawa antymonopolowego. Kolejną rozważaną kwestią jest znaczenie pewności prawa z perspektywy definiowania jasnych kryteriów prawnych oraz odpowiadających im standardów dowodowych, które spoczywają na organach antymonopolowych. Ponadto, uwzględniono znaczenie „zamiaru antykonkurencyjnego i testów intencjonalnych", wskazując, że rozważenie zamiaru przy ocenie, czy dana praktyka dominującego operatora platformy internetowej stanowiła naruszenie art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) może przyczynić się do lepszej przewidywalności stosowania art. 102 TFUE, zwłaszcza w przypadku nowych teorii szkody. Zbadano również problematykę proporcjonalności środków i interwencji antymonopolowych, akcentując, jak zasada proporcjonalności, łącząc się z zasadą pewności prawa, wpływa na zwiększenie przewidywalności w stosowaniu prawa antymonopolowego oraz chroni przed arbitralnymi decyzjami organów antymonopolowych. Na zakończenie, rozważono „zakres uznania organu antymonopolowego przy nakładaniu kar pieniężnych", gdzie analizowano, w jaki sposób zasada pewności prawa ogranicza dyskrecjonalność Komisji Europejskiej w nakładaniu kar pieniężnych za naruszenia zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Powyższe kryteria nie mają charakteru zamkniętego oraz zostały zidentyfikowane na podstawie analizy problemów związanych z zapewnieniem przewidywalności prawa w kontekście zwalczania jednostronnych praktyk operatorów platform rynkowych związanych z transferem ich siły rynkowej.

3.1. Spójność (jednolitość) stosowania prawa

Poszanowanie zasady pewności prawa wymaga, by instytucje unikały, co do zasady, niespójności, jakie mogą się pojawiać przy stosowaniu różnych przepisów prawa Unii[892]. Niepewność prawa występującą w sytuacji, gdy dwa sądy lub organy antymonopolowe stosujące ten sam przepis prawa konkurencji dokonują odmiennej interpretacji tych samych kryteriów prawnych w podobnym stanie faktycznym. W celu zapewnienia pewności prawa

[892] Wyrok Sądu z 21.03.2021 w sprawie T-50/06, *RENV - Irlandia przeciwko Komisji*, EU:T:2012:134, pkt 59. Podobnie D. Miasik wskazał, że z zasady pewności prawa wynika postulat spójności systemu prawnego. Zob.: D. Miąsik, *Zasady i prawa podstawowe. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2022, s. 206.

spójność wdrażania reguł konkurencji powinna być zapewniona zarówno w ujęciu horyzontalnym (spójność rozstrzygnięć organów administracyjnych i sądowych), jak i w ujęciu wertykalnym (spójność rozstrzygnięć organów krajowych i instytucji UE)[893]. Spójność ta powinna być również zapewniona w relacji równoległego stosowania prawa konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych (np. DMA).

Koncepcja jednolitego stosowania prawa konkurencji UE może również przyjmować charakter statyczny lub dynamiczny. W przypadku podejścia statycznego, oznacza to, że w określonym czasie podobne praktyki biznesowe (strategie) są oceniane w sposób spójny przez organy ochrony konkurencji oraz sądownictwo. Brak takiej jednolitości może utrudnić przewidywanie działań podejmowanych przez organ ochrony konkurencji, w tym decyzji o formalnej interwencji, co może być problematyczne dla podmiotów gospodarczych. W konsekwencji, przedsiębiorca, oceniając legalność swoich działań w danym momencie, może napotkać przypadki i decyzje, które mogą wywoływać błędne wrażenie co do ich zgodności z prawem konkurencji.

W drugim przypadku, spójność rozstrzygnięć w sprawach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję odnosi się do różnych okresów. Rozbieżność poszczególnych spraw z zakresu prawa konkurencji pokazuje potrzebę zapewnienia większej pewności prawnej w tej dziedzinie prawa[894]. Ewolucyjne podejście do określonych spraw oznacza, że początkowo dana praktyka może być uznawana za naruszającą, a następnie za dozwoloną (lub odwrotnie). W związku z tym, postulat niezmienności prawa nie jest tożsamy z gwarancją jego jakości i skuteczności – niezmienność prawa gwarantuje pewność prawną jego adresatów, lecz bynajmniej nie jego skuteczność, gdyż „*brak dostosowania prawa do zmiennej rzeczywistości gospodarczej prowadzi do jego stagnacji i skostnienia*”[895].

W związku powyższym, w celu zapewniane spójności i przewidywalności stosowania prawa konkurencji, obowiązkiem organów administracji i sądów jest doprecyzowanie pojęć niedookreślonych wprowadzonych przez ustawodawcę. W opinii K. Dobosza, odwołanie się do orzecznictwa TS przez krajowe organy antymonopolowe oraz Komisję będzie prawidłowym wyznacznikiem, czy dana kategoria sytuacji może zostać zakwalifikowana jako naruszenie art. 101 lub 102 TFUE. Jednolitość orzecznictwa na poziomie UE powinna oznaczać, że

[893] A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 43-44.
[894] I. P. Colomo, *The Shaping* of EU Competition Law, Cambridge 2018, s. 25–26
[895] C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 493.

nieokreśloność zakazów wyrażonych w tych przepisach jest jedynie problemem teoretycznym, a zasada pewności prawa jest realizowana [896]. Istotne rozbieżności co do stosowania konkretnego przepisu i jego wykładni w toku działalności orzeczniczej sądów mogą być natomiast sygnałem naruszenia zasady dostatecznej określoności przepisu przez ustawodawcę[897].

Podczas oceny stopnia pewności prawa należy uwzględnić całość materialnych przepisów, zasad, celów i polityk istotnych dla rozstrzyganej sprawy przez organy antymonopolowe. Przewidywalność nie powinna być oceniana wyłącznie na podstawie potencjalnie stosowanych kryteriów materialnoprawnych (testu prawnego), lecz także w kontekście szczególnej odpowiedzialności przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, możliwych analogii do wcześniej analizowanych spraw oraz ogólnej aksjologii, czyli filozofii leżącej u podstaw interpretacji i stosowania art. 102 TFUE[898] (zob. pkt II.3.2 pracy doktorskiej).

W odniesieniu do spójności egzekwowania prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych (DMA) w motywie 90 DMA oraz art. 37 DMA wskazano, że współpraca KE i krajowych organów konkurencji w zakresie egzekwowania ma przyczynić się do spójnego, skutecznego i komplementarnego egzekwowania dostępnych instrumentów prawnych stosowanych wobec strażników dostępu (zob. szerzej rozważania wskazane w pkt III.2 pracy doktorskiej). W trakcie tej współpracy Komisja oraz krajowe organy antymonopolowe, które współdziałają w celu koordynacji swoich postępowań, powinny dążyć do osiągnięcia spójnych wyników swoich działań egzekwujących, aby jednocześnie uniknąć negatywnego wpływu na działania egzekwujące innego członka ECN. Krajowe organy antymonopolowe oraz regulacyjne powinny konsultować się ze sobą nawzajem oraz z Komisją w przypadku, gdy ich działania na podstawie krajowego prawa wobec strażnika mogą wpłynąć na planowane lub trwające postępowania innego członka ECN.

[896] K. Dobosz, *Jednolitość stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez organy i sądy Państw Członkowskich*, Warszawa 2018, s. 41.
[897] A. Szmigielski, *Otwarty charakter praktyk ograniczających konkurencję w świetle zasady pewności prawa* [w:] R. Grzeszczak (red.), Wolność gospodarcza a regulacja rynków – na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców, Warszawa 2020, s. 150.
[898] Y. Bouzoraa, *Between Substance and Autonomy: Finding Legal Certainty in Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2022, nr 2, s. 145.

3.2. Instrumenty prawa miękkiego

Znaczenie miękkiego prawa[899] (ang. *soft law*) wydawanego przez Komisję i krajowe organy antymonopolowe[900] stale wzrasta, ponieważ *soft law* zapewnia pogłębioną analizę nieostrych koncepcji prawa antymonopolowego oraz wytyczne odnośnie do praktyki stosowania tych przepisów, jak również priorytetów jego egzekwowania. Świadczy o tym chociażby to, że ubogie materialno-prawne przepisy prawa antymonopolowego są stale uzupełniane licznymi wyjaśnieniami, komunikatami i obwieszczeniami Komisji Europejskiej oraz krajowych organów ochrony konkurencji, stanowiącymi istotny instrument samoregulacji organu[901], nieoparty na wiążących zasadach postępowania. Wydając tego typu akty, organ sam sobie wyznacza granice uznania, wobec czego nie może odstąpić od jego treści bez naruszenia ogólnych zasad prawa, takich jak zasada równego traktowania czy zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań[902].W warunkach niepewności prawnej i zmienności (i ewentualnej niespójności) egzekwowania polityki antymonopolowej, związanej m.in. z równoległym stosowaniem prawa konkurencji UE przez krajowe organy ochrony konkurencji i Komisję Europejską, a także ze względu na mogące się pojawić nowe cele prawa antymonopolowego lub przyjęcie odmiennych metod realizacji tych celów, przedsiębiorcy mają utrudnioną możliwość przewidzenia tego, co zostanie uznane za zachowanie antykonkurencyjne, a co za dozwolony przejaw konkurencji. Ze względu na wymóg zagwarantowania pewności prawa pożądane byłoby, aby nie tylko przedsiębiorstwa i krajowe organy konkurencji, ale także krajowe organy sądowe brały pod uwagę wspomniane instrumenty miękkie[903]. Publikacja aktów prawa miękkiego może być również postrzegana przez regulatorów rynku jako

---

[899] W doktrynie prawo miękkie (ang. *soft law*) definiuje się jako: „*zasady postępowania zawarte w instrumentach, nie posiadających mocy wiążącej jako takiej, które jakkolwiek mogą wywoływać pewne (pośrednie) skutki prawne oraz mają na celu wywoływanie skutków faktycznych*". L. Senden, *Soft Law in European Community Law*. Oxford 2004, s. 112.

[900] Uprawnienie do wydawania *soft law* ma także Prezes UOKiK. Zgodnie z art. 31a u.o.k.k., polski organ antymonopolowy może wydać i ogłosić wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem swojego działania.

[901] Tj. ich adresatem jest w istocie sam organ antymonopolowy. W polskiej doktrynie antymonopolowej wskazano, że akty te nie tworzą praw i obowiązków po stronie osób trzecich, ani nie mogą być podstawą wydawania aktów administracyjnych przez Prezesa Urzędu. Wiążą jedynie organ antymonopolowy, ale już nie sądy orzekające w sprawach antymonopolowych. Zob.: J. Affre, K. Witek, *Soft law Prezesa UOKiK na przykładzie „Informacji o sposobie składania wniosków o ograniczenie prawa wglądu w postępowaniach"*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 78.

[902] W literaturze dokonano analizy funkcji instrumentów prawa miękkiego, a także wyjaśniono znaczenie tego prawa jako reakcję na zgłaszane problemy z rynku. Zob. szerzej: M. Iwaniec, *Soft law – współczesny instrument regulacji życia gospodarczego*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 120-140.

[903] Na marginesie można wskazać, że w kontekście polskiego prawa ochrony konkurencji, sądy rozstrzygające sprawy wynikające z odwołana od decyzji Prezesa UOKiK, nie przyjmowały jednolitego stanowiska względem wytycznych Prezesa Urzędu w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. W niektórych orzeczeniach przyjmowały metodologie zaczerpnięta z tych w tycznych, a w innych rozstrzygnięciach wytyczne te były uwzględniane przez sądy jedynie subsydiarnie. Zob. szerzej, wraz z przytoczonym orzecznictwem: S. Famirska, *Wpływ regulacji typu soft law na orzecznictwo sądów polskich orzekających w sprawach kar nakładanych za praktyki ograniczające konkurencję (na wybranych przykładach)*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 141-151.

samoograniczenie ich dyskrecjonalnej władzy, ponieważ sprawia, że korzystanie z jego uprawnień jest bardziej prawnie dookreślone. Im bardziej z kolei prawnie dookreśla się uprawnienia dyskrecjonalne organów, tym bardziej będą one zgodne z zasadą praworządności. W sytuacji, gdy organ jest związany swoim własnym prawem miękkim, wzmacniana jest pewność prawna oraz związana z tym transparentność postępowania organu[904].

Instrumenty prawa miękkiego mogą tworzyć uzasadnione oczekiwania oraz mieć znaczenie dla ochrony zasad pewności prawa. Jak wyjaśnił Trybunał w sprawie *Grimaldi*[905], akty te – chociaż nie tworzą praw, na które jednostka może się powołać przed sądem – stanowią narzędzie wykładni prawa Unii[906]. Akty prawa miękkiego nabierają szczególnego znaczenia w prawie konkurencji UE, często posługującym się pojęciami ściśle powiązanymi z ekonomią[907]. W związku z tym istnieje potrzeba wyjaśnienia ich na potrzeby analizy prawnej. Istotną funkcją aktów prawa miękkiego jest zatem ułatwienie przedsiębiorstwom oceny własnych praktyk w świetle ogólnych reguł konkurencji. Omawiane akty nie mogą być niewiążące dla Komisji – w przeciwnym razie realizacja tej funkcji okazałaby się bowiem iluzoryczna[908]. Teza ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie TS, potwierdzającym, że akty *soft law* stanowią dla Komisji wiążącą regułę postępowania (ang. *rule of practice*). Wymagają tego zasada równego traktowania i pewność prawna[909].

W przeciwieństwie do innych instrumentów prawa konkurencji, Komisja do tej pory nie przyjęła wytycznych dotyczących stosowania art. 102 TFUE. Przyjęła jedynie w 2008 r. dokument pt.: „*Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy*

---

[904] Przykładowo Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27.03.2018 r. (sygn. akt VI ACa 1117/2014), w odniesieniu do charakteru wytycznych Prezesa UOKiK w sprawie nakładania kar pieniężnych, wskazał, że: „*Wyjaśnienia nie mają wprawdzie charakteru normatywnego, jednakże ich opracowanie i publikacja w Dzienniku Urzędowym UOKiK ma istotny walor informacyjny dla przedsiębiorcy, obiektywizuje ustawowe dyrektywy wymiaru kary wskazane w art. 104 uokik 2000 oraz pozwala przedsiębiorcy na wstępne oszacowanie kary, którą mogłoby być zagrożone podjęte przez niego działania niezgodne z przepisami ustawy*".

[905] Wyrok TS z 13.12.1989 r. w sprawie C-322/88, *Salvatore Grimaldi przeciwko Fonds des maladies professionnelles*, EU:C:1989:646.

[906] *Ibidem*, pkt 19.

[907] Na marginesie warto wskazać, że instrumenty miękkiego prawa mają też znaczenie dla polityki karania oraz kwestii proceduralnych egzwekwowania prawa konkurencji przez organy antymonopolowe. Zob.: G. Materna, *Wyjaśnienia, komunikaty i inne, czyli akty prawa miękkiego w praktyce stosowania prawa konkurencji (od redaktora prowadzącego)*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 6-7; A. Mlostoń-Olszewska, *Kilka uwag krytycznych na temat wydanych przez Prezesa UOKiK w dniu 9 grudnia 2019 r. wyjaśnień przepisów prawa pn. „Wyjaśnienia dla przedsiębiorców – Przeszukania UOKiK"*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 8-21; J. Affre, K. Witek, *Soft law Prezesa UOKiK na przykładzie „Informacji o sposobie składania wniosków o ograniczenie prawa wglądu w postępowaniach"*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 76-90; S. Famirska, *Wpływ regulacji typu soft law na orzecznictwo sądów polskich orzekających w sprawach kar nakładanych za praktyki ograniczające konkurencję (na wybranych przykładach)*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 141-151.

[908] K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 172.

[909] Wyrok Sądu z 27.09.2006 r. w sprawie T-59/02, *Archer Daniels Midland Co. przeciwko Komisji*, EU:T:2006:272, pkt 43.

stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące"[910]. Powyższy dokument został zmieniony w dniu 27 marca 2023 r.[911] Priorytety Komisji w zakresie egzekwowania prawa ewoluowały na przestrzeni czasu dzięki doświadczeniu zdobytemu w praktyce Komisji, która uwzględniała ewolucję orzecznictwa sądów UE, a także rozwój rynku.

Niniejszy dokument określa priorytety, którymi Komisji będzie się kierować przy stosowaniu art. 102 TFUE w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą (pkt 2 ww. wytycznych). W dokumencie tym Komisja zadeklarowała, że będzie przede wszystkim koncentrowała się na tych rodzajach zachowań, które są najbardziej szkodliwe dla konsumentów (pkt 5 ww. wytycznych). Celem, egzekwowania art. 102 TFUE jest ochrona procesu konkurencyjnego na rynku wewnętrznym i dbanie o to, by przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą nie wykluczały z rynku swoich konkurentów w inny sposób niż w drodze konkurencji, opierającej się na zaletach dostarczanych produktów lub usług (pkt 6 ww. wytycznych).

Na czas pisania niniejszej pracy doktorskiej Komisja ogłosiła pracę nad wytycznymi dotyczącymi nadużyć wykluczających[912]. Jej celem jest kodyfikacja orzecznictwa w oparciu o rozumienie art. 102 TFUE przez Komisję. Od czasu przyjęcia Wytycznych z 2008 r. sądy UE wydały ponad 30 wyroków w sprawie nadużyć wykluczających. Orzecznictwo sądów UE potwierdziło podejście oparte na skutkach w stosowaniu art. 102 TFUE oraz wyjaśniło znaczenie i zakres niektórych koncepcji zawartych w wytycznych dotyczących priorytetów egzekwowania[913]. Ostatecznym celem projektowanych wytycznych jest zapewnienie sądom

---

[910] Wytyczne Komisji.

[911] Komunikat Komisji z 27.03.2023 r. w sprawie zmian w „Komunikacie Komisji Wytyczne dotyczące priorytetów Komisji w egzekwowaniu artykułu 82 Traktatu WE w zakresie nadużywania wykluczających praktyk przez dominujące przedsiębiorstwa", C(2023) 1923 final. Komisja przedstawia wyjaśnienia dotyczące swojego obecnego podejścia do ustalania, czy rozpatrywać przypadki zachowań wykluczających w trybie priorytetowym. Kluczowe zmiany obejmują (i) uregulowanie kwestii zamknięcia dostępu do czynników produkcji (Komisja wyjaśniła swoje podejście do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do czynników produkcji, czyli sytuacji, w której dominujące przedsiębiorstwo wstrzymuje kluczowy wkład przed konkurentami); (ii) sprecyzowanie kryteriów zaciskania marży (jak wyjaśniono w orzecznictwie UE, zaniżanie marży nie jest rodzajem odmowy dostaw, ale raczej niezależną formą nadużycia, do której nie mają zastosowania urządzenia kluczowego i warunek niezbędności); (iii) uszczegółowienie znaczenia testu „równie efektywnego konkurenta" (na rynkach charakteryzujących się efektami sieciowymi lub innymi wysokimi barierami wejścia Komisja może zbadać praktyki stosowane przez przedsiębiorcę dominującego, które mogą wykluczyć konkurentów, którzy nie są jeszcze tak wydajni jak przedsiębiorstwo dominujące).

[912] W dniu 27.03.2023 r. Komisja Europejska wystosowała zaproszenie do składania dowodów, prosząc o opinię na temat przyjęcia wytycznych w sprawie wykluczających nadużyć pozycji dominującej na podstawie art. 102 TFUE. Komisja planuje opublikować projekt niniejszych wytycznych do konsultacji publicznych w połowie 2024 r. z myślą o ich przyjęciu w 2025 r., https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings_en (data dostępu: 22.11.2023 r.).

[913] https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings_en (data dostępu: 22.11.2023 r.).

krajowym, krajowym organom ds. konkurencji i przedsiębiorstwom pewności prawnej w zakresie polityki egzekwowania prawa Komisji.

Aby zapewnić większą przewidywalność i pewność prawną, należy postulować o uwzględnienie w wytycznych określonych kryteriów prawnych dla nowych form nadużyć (takich jak faworyzowanie własnych usług) oraz dla ewolucji oceny prawnej dotychczasowych form nadużyć w kontekście nowych modeli biznesowych (np. wiązanie ofert, odmowa dostępu). Jednocześnie, nadużycie dominującej pozycji może przyjmować różne formy. Wytyczne powinny być w związku z tym na tyle elastyczne, aby obejmować szeroki zakres praktyk, które mogą budzić obawy związane z konkurencją.

Dominujący przedsiębiorcy działający w sektorze usług cyfrowych za pośrednictwem platform internetowych nie powinni być karani za działania wynikające z ich większej efektywności lub atrakcyjności. W związku z tym, istotne jest w szczególności sprecyzowanie wymaganego stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia skutków antykonkurencyjnych, w tym konieczność udowodnienia scenariusza kontrfaktycznego oraz możliwość zrównoważenia tych negatywnych skutków poprzez wzrost efektywności lub przedstawienie obiektywnego uzasadnienia. Wytyczne powinny wskazać przykładowe dowody, które mogą zostać przedstawione w celu oceny tych kwestii (potwierdzenia lub zaprzeczenia wystąpienia antykonkurencyjnych skutków), w tym dowodów ekonomicznych opartych na teoriach organizacji przemysłowych oraz ekonomii behawioralnej. W związku z tym, wytyczne dotyczące art. 102 TFUE powinny być także oparte na jasno zdefiniowanym i praktycznym celu politycznym, jakim jest dobrobyt konsumentów[914].

3.3. Domniemania prawne i standard dowodowy

Domniemania prawne są stosowane w różnych dziedzinach prawa w celu ułatwienia procesu dowodzenia, szczególnie w sytuacjach, gdzie bezpośrednie udowodnienie danego faktu byłoby wyjątkowo trudne lub niemożliwe[915]. Termin „domniemanie" można interpretować jako

[914] Warto zauważyć, że rozszerzanie zakresu celów politycznych, obejmujących kwestie takie jak sprawiedliwość, równość warunków konkurencyjnych, ochrona prywatności ora zrównoważonego rozwoju, może skutkować brakiem spójności i przewidywalności w egzekwowaniu prawa konkurencji. Zgodnie z wypowiedziami Margrethe Vestager, wiceprezydent wykonawczej, polityka konkurencji UE może dążyć do realizacji wielu celów, takich jak sprawiedliwość, równość warunków konkurencji, integracja rynkowa, ochrona konkurencyjnych procesów, dobrostan konsumentów, efektywność, innowacje oraz pluralizm i demokracja. https://www.europarl.europa.eu/EPRS/Commissioner_hearings/EPRS-Briefing-538945-Competition-FINAL.pdf (data dostępu: 22.11.2023 r.).

[915] Prawo konkurencji często dotyczy skomplikowanych kwestii ekonomicznych i biznesowych, gdzie zdobycie bezpośrednich dowodów może być trudne lub niemożliwe. Domniemania pozwalają na wnioskowanie o pewnych faktach na podstawie dostępnych dowodów, co upraszcza proces dowodzenia. Domniemania w prawie konkurencji zwiększają efektywność organów regulacyjnych w egzekwowaniu przepisów. Ułatwiają one szybkie reagowanie na potencjalnie antykonkurencyjne praktyki i zapobiegają długotrwałym dochodzeniom, które mogą być kosztowne i skomplikowane.

uzasadnione przypuszczenie dotyczące faktów, co do których nie ma pełnej pewności ich prawdziwości. Jest to zatem rodzaj założenia lub hipotezy na temat określonego faktu, sformułowanej na podstawie innych faktów znanych osobie stosującej dane domniemanie. Można rozróżnić dwa typy domniemań: faktyczne i prawne[916]. Domniemanie faktyczne zazwyczaj definiuje się jako wykorzystanie znanego faktu do wywnioskowania innego faktu. To założenie oparte na doświadczeniu, logicznym wnioskowaniu lub prawdopodobieństwie. Domniemania prawne, w przeciwieństwie do faktycznych, są normami prawa materialnego. Nie normują one zachowań adresatów norm prawnych, stanowią nakaz uznania przez sąd przy rozstrzyganiu wyrażonej w nich reguły[917]. Wykorzystywanie domniemań w celu zwiększenia skuteczności przepisów dotyczących konkurencji często przyczynia się do jasności tych reguł, a więc do przewidywalności i pewności prawnej[918]. Standard dowodu to zasady dowodowe wskazujące stopień prawdopodobieństwa lub przekonania, jaki jest wymagany, aby dowody zostały zaakceptowane jako „dowód" na poparcie zarzutu w świetle prawa (co zostało szerzej wskazane w pkt IV.2.2.2 pracy doktorskiej). Gdy standard dowodu zostanie spełniony, strona ponosząca ciężar dowodu uważana jest za taką, która wywiązała się ze swojego obowiązku[919].

Szczególnym rodzajem domniemania stosowanym na gruncie art. 102 TFUE i art. 9 u.o.k.k. są testy prawne, czyli wykorzystanie określonych faktów (znanych lub domniemanych) do wyciągnięcia wniosku prawnego. Dzielą one różne zachowania przedsiębiorców na kilka szerokich kategorii. Zakłada się, że zachowania należące do tej samej kategorii należy traktować w ten sam sposób bez dalszego pytania o inne czynniki, które mogą dodatkowo różnicować te zachowania. Podejście to opiera się na szerokiej kategoryzacji zachowań rynkowych, a nie na ocenie poszczególnych przypadków indywidualnie[920]. Chociaż takie testy składają się z szeregu warunków, generalnie sprowadzają się one do: (i) definicji potencjalnego nadużycia (zachowania potencjalnie odbiegające od metod konkurencji merytorycznej); (ii) określenia progu antykonkurencyjnego skutku, tj. szkody dla konkurencji (ang. *competitive harm*), gdzie po osiągnięciu tego progu określone zachowanie staje się nadużyciem. Testy prawne w prawie konkurencji UE odgrywają zatem kluczową rolę w ustalaniu, czy określone praktyki biznesowe są zgodne z zakazem nadużywania pozycji dominującej.

---

[916] A. Czuchryta, *Standard dowodowy w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2021, s. 31.
[917] A. Czuchryta, *Standard dowodowy w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2021, s. 32.
[918] C. Ritter, *Presumptions in EU Competition Law*, "Journal of Antitrust Enforcement" 2018, nr 2, s. 189-212.
[919] A. Kalintiri, *Has the standard of proof been raised in modern EU competition enforcement?*, "Concurrences" 2021, nr 4, s. 50.
[920] C. Ritter, *Presumptions in EU Competition Law*, "Journal of Antitrust Enforcement" 2018, nr 2, s. 189-212.

Interwencja antymonopolowa i regulacyjna jako ograniczenie wolności gospodarczej nie tylko podlega przesłankom formalnym (musi być przewidziana przepisami prawa), lecz musi być merytorycznie uzasadniona (zwłaszcza w odniesieniu do niedookreśloności zakazu nadużywania pozycji dominującej). W związku z tym, stosowanie art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) w cele zapewnienia przewidywalności oraz pewności prawa nie tylko musi być systemowo spójne, ale również opierać się na przekonywujących, wiarygodnych, a także wystarczająco precyzyjnych i zgodnych dowodach[921] w celu spełnienia określonych testów prawnych. Testy prawne stosowane w prawie konkurencji powinny określić standard dowodowy, tj. poziom prawdopodobieństwa wymagany do wykazania, że doszło do ograniczenia konkurencji[922] (zob. pkt IV.2.2.2 pracy doktorskiej). Mimo że pewien stopień niepewności jest uznawany za nieunikniony, ryzyko błędu nie może zostać całkowicie wyeliminowane. Standard dowodowy pokazuje, ile niepewności system prawny jest gotów zaakceptować[923]. W związku z powyższym, obowiązujący standard dowodowy (poziom pewności prawnej) należy odróżnić od merytorycznych testów prawnych, jaki musi spełnić organ antymonopolowy, aby podjąć interwencję na rynku[924]. Test prawny definiuje, co musi być udowodnione, natomiast standard dowodowy określa, jak silne muszą być dowody, aby spełnić ten test. Przed wydaniem decyzji o naruszeniu prawa ochrony konkurencji organ musi udowodnić, zgodnie z wymaganym standardem dowodowym, że spełnione są warunki mającego zastosowanie testu prawnego[925].

W kontekście obowiązującego standardu dowodowego, istotne jest uwzględnienie, że poziom pewności prawnej, który musi zostać osiągnięty, różni się w zależności od konkretnych

---

[921] Zob.: A. Czuchryta, *Standard dowodowy w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2021, s. 76 wraz z przywołanym tam orzecznictwem TS.

[922] Podczas stosowania ogólnych zasad egzekwowania prawa, określonych w swoim komunikacie, Komisja – jak wyjaśniła – będzie brała pod uwagę fakty i okoliczności specyficzne dla każdej sprawy (pkt 8). Komisja, według swoich założeń wskazanych w priorytetach, będzie podejmowała interwencje na mocy art. 102 TFUE wówczas, gdy na podstawie wiarygodnych i przekonujących dowodów stwierdzi, że domniemane nadużycie może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku (102 TFUE). Zob. szerzej: A. Kalintiri, *Evidence Standards in EU Competition Enforcement: The EU Approach*, Oksford, 2019.

[923] Potrzeba zasad dotyczących wymaganego standardu dowodowego jest niezbędna, ponieważ absolutna pewność jest ideałem trudnym do osiągnięcia, ale organy egzekwujące prawo muszą jednak podejmować decyzje dotyczące faktów sprawy przy stosowaniu zasad odpowiedzialności. W związku z tym standard dowodu odzwierciedla domyślną preferencję dla fałszywych ustaleń odpowiedzialności lub fałszywych uniewinnień. A. Kalintiri, *Has the standard of proof been raised in modern EU competition enforcement?*, "Concurrences" 2021, nr 4, s. 50. Jak wskazał z kolei R. Molski, domniemania prawne zapewniają równowagę między skutecznością prawa konkurencji (tj. zapewnieniem, aby mechaizmy stosowania prawa konkurencji bie były zbyt kosztowne) oraz prawidłowością stosowania tego prawa. Zob. R. Molski, *Domniemania w prawie konkurencji – przejaw pragmatyzmu czy analityczna droga na skróty w ochronie konkurencji przez państwo?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2022, nr 4101, s. 824-825.

[924] Podczas gdy standard dowodowy określa, jak silne i przekonujące muszą być dowody, aby przekonać sąd lub organ decyzyjny, to testy prawne wskazują kryteria lub zasad, które są stosowane do faktów sprawy, aby ocenić, czy i w jaki sposób prawo ma zastosowanie w danej sytuacji.

[925] A. Czuchryta, *Standard dowodowy w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2021, s. 77.

okoliczności sprawy. Zazwyczaj standard dowodu jest regułą o poziomym zastosowaniu[926]. Jednakże, mimo że jego regulacja jest „statyczna", jego spełnienie, czyli jak łatwo lub trudno będzie go spełnić, jest dynamiczne i zależy między innymi od tego, co musi być udowodnione w świetle stosownej zasady odpowiedzialności materialnej, ilości i jakości dostępnych informacji, panujących percepcji normalności i działania wszelkich domniemań. Na przykład, test prawny, który wymaga rzeczywistej szkody dla zakazania zachowania, może być trudniejszy do udowodnienia niż test, który wymaga, aby zachowanie miało potencjał wyrządzenia szkody. Co więcej, im więcej dowodów zostanie wyprodukowanych i im większa ich moc dowodowa, tym łatwiej może być spełnić standard dowodu. Definicja konkretnego antykonkurencyjnego zachowania może być dostosowana do tego, jak proste lub skomplikowane jest udowodnienie poszczególnych elementów tego zachowania[927].

Ponadto, proces dowodzenia okoliczności „nietypowych" jest zdecydowanie bardziej wymagający niż w przypadkach „typowych". Na przykład, wykazanie istnienia „klasycznego" kartelu cenowego lub podziałowego wymaga zgromadzenia dowodów na kontakty między konkurentami, bez konieczności dowodzenia skutków takiej praktyki. W przypadku zarzutów „nietypowych", mogą one dotyczyć złożonych i mniej oczywistych sytuacji, takich jak wykorzystanie algorytmów do niejawnej koordynacji cen pomiędzy konkurentami bez bezpośredniego porozumienia[928]. W kontekście nadużywania pozycji dominującej, fakty dotyczące danego zachowania mogą być natychmiast widoczne (np. wiązanie techniczne produktu), jednak problematyczna okazuje się kwalifikacja tego zachowania jako nadużycie pozycji dominującej, w tym wykazanie, że zachowanie to miało antykonkurencyjne skutki. W obu przypadkach, standard dowodowy pozostaje niezmienny, lecz rodzaj i złożoność wymaganych dowodów znacząco się różnią. Udowodnienie bardziej skomplikowanego i „nietypowego" przypadku wymaga znacznie większego nakładu pracy i specjalistycznej wiedzy, co sprawia, że jest to zadanie trudniejsze do zrealizowania.

Podczas opracowywania i stosowania nowych teorii szkód, a także adaptowania klasycznych teorii szkód do sytuacji, które na pierwszy rzut oka wydają się z nimi niekompatybilne, wymagane są stosunkowo bardziej przekonujące dowody, aby zagwarantować pewność

[926] Na przykład, w prawie karnym, standard „poza wszelką rozsądną wątpliwość" ma zastosowanie niezależnie od konkretnego przestępstwa.
[927] F. Castillo de la Torre, E. Gippini Fournier, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, 2017, s. 7.
[928] W takiej sytuacji, organ antymonopolowy stoi przed wyzwaniem zrozumienia zaawansowanych technologii i mechanizmów działania algorytmów oraz musi udowodnić, że algorytmy te były wykorzystywane w celach antykonkurencyjnych. Może to wymagać zaawansowanej analizy danych, opinii ekspertów z dziedziny technologii oraz dogłębnego zrozumienia rynku cyfrowego.

prawną [929] . Analiza, czy istnieją antykonkurencyjne skutki danego zachowania (np. antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku), musi opierać się przy tym na jasnych zasadach – możliwych z góry do przewidzenia – które umożliwią dominantowi rozwój danej platformy internetowej w sposób zgodny z prawem konkurencji, np. w postaci zaprojektowania i ulepszenia swoich produktów lub usług świadczonych z pośrednictwem tej platformy. Niepewność w tym zakresie oraz doraźne kryteria oceny, oparte na relatywnie niskim standardzie dowodowym, mogą być sprzeczne z wymogiem zapewnienia pewności prawa[930].

Różnice w wymaganiach dowodowych dotyczących naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej, zależne od wybranego testu prawnego i kategoryzacji danej praktyki, mogą prowadzić do ryzyka dyskrecjonalnej i niespójnej oceny danej praktyki przez organ ochrony konkurencji. Przykładowo, może to oznaczać dążenie przez organy antymonopolowe do spełnienia jak najmniejszego standardu dowodowego oraz unikania wykazania przesłanki „niezbędności". W związku z tym, stosowanie zakazu nadużywania pozycji dominującej musi odpowiadać odpowiednim i spójnym kryteriom materialnoprawnym (testom prawnym), które zostały określone w dotychczasowej praktyce decyzyjnej i orzeczniczej, a także w instrumentach prawa miękkiego.

W sytuacji sporu dotyczącego naruszenia reguł konkurencji, ciężar dowodu na wykazanie stwierdzonych naruszeń spoczywa na Komisji (organie antymonopolowym). Organ ten musi przedstawić odpowiednie dowody, które wystarczająco, zgodnie z wymogami prawa, udowodnią fakt istnienia okoliczności wskazujących na takie naruszenie. W razie wątpliwości sądowych, interpretacja powinna działać na korzyść przedsiębiorstwa, będącego adresatem decyzji o stwierdzeniu naruszenia. Do podjęcia decyzji wymagana jest wystarczająca podstawa prawna, a każdą uzasadnioną wątpliwość należy rozstrzygać na korzyść skarżących, zgodnie z zasadą *in dubio pro reo* (na korzyść oskarżonego). Przedstawiona przez organ antymonopolowy teoria szkody musi korespondować ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Przykładowo, Sąd w sprawie *Qualcomm*[931] uchylił decyzje Komisji w związku ze stwierdzeniem nadużywania pozycji dominującej związanymi z domniemanymi płatnościami za wyłączność dokonanymi na rzecz Apple. Sąd stwierdził, że w decyzji nie

[929] Y. Bouzoraa, *Between Substance and Autonomy: Finding Legal Certainty in Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2022, nr 2, s. 145.
[930] A. Szmigielski, *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2019, nr 10, s. 32.
[931] Wyrok Sądu z 15.06.2022 r. w sprawie T-235/18, *Qualcomm, Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:T:2022:358.

uwzględniono wszystkich istotnych okoliczności badanej sprawy, które korespondowałyby z przyjęta teorią szkody[932].

W przypadku jednostronnych praktyk na rynkach cyfrowych zauważa się postulaty lub zmiany legislacyjne dotyczące odwrócenia ciężaru dowodu[933]. Na przykład, art. 19a niemieckiej ustawy o ograniczeniach konkurencji (GWB) wprowadza odwrócenie ciężaru dowodu. W odróżnieniu od „standardowego" prawa konkurencji, Bundeskartellamt może zakazać działań wymienionych w art. 19a ust. 2 GWB, wyłącznie na podstawie faktu, że przedsiębiorstwo je podejmuje (zob. pkt III.1.2.4 pracy doktorskiej). Należy jednak wskazać, że ochrona praw podstawowych, w tym zasada pewności prawa oraz wolność działalności gospodarczej[934] wymaga interpretacji prawa *in dubio pro libertate* (*in dubio pro reo*), co oznacza, że w sytuacjach wątpliwych prawo należy interpretować w sposób korzystny dla przedsiębiorców, domniemywając wolność działalności gospodarczej, a nie jej ograniczenie[935]. Ponadto, ograniczenie wolności działalności gospodarczej – jako wyjątek od zasady wolności działalności gospodarczej – nie może być interpretowane rozszerzająco.

3.4. Zamiar antykonkurencyjny (testy intencjonalne)

Chociaż zamiar (w znaczeniu subiektywnym[936]) nie jest ani koniecznym, ani wystarczającym warunkiem stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej[937], zamiar można wziąć pod uwagę przy ocenie zasadności i przewidywalności zastosowania art. 102 TFUE[938]. W literaturze podkreśla się również, że znaczenie intencji z konieczności będzie kontrowersyjne, zwłaszcza

---

[932] Sąd wskazał, że: „*biorąc pod uwagę teorię szkody sformułowaną w zaskarżonej decyzji, która opiera się na zmniejszeniu zachęty Apple do zwrócenia się do konkurentów skarżącej w odniesieniu do całości jej zapotrzebowania w zakresie chipsetów LTE w rozpatrywanym okresie, Komisja nie mogła pominąć okoliczności, że ze względu na własne wymagania techniczne spółka Apple nie mogła zwrócić się do konkurentów skarżącej w odniesieniu do bardzo dużej części swojego zapotrzebowania na chipsety LTE w rzeczonym okresie*". Wyrok Sądu z 15.06.2022 r. w sprawie T-235/18, *Qualcomm, Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:T:2022:358, pkt 415.

[933] Przepisy dotyczące ciężaru i standardu dowodu czasami spotykały się z krytyką, ponieważ były uznawane za zbyt restrykcyjne, co utrudniało skuteczne egzekwowanie prawa w sektorze cyfrowym i poza nim. W związku z tym pojawiały się apele o ponowne przemyślenie i zmianę tych przepisów. A. Kalintiri, *Has the standard of proof been raised in modern EU competition enforcement?*, "Concurrences" 2021, nr 4, s. 49-56; Raport Crémera, s. 4.

[934] Zob.: A. Szmigielski, *Zakres i znaczenie wolności gospodarczej dla regulacji rynku*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków – na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2020, s. 33 wraz z przywołaną tam literaturą i orzecznictwem.

[935] Wyrok Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel przeciwko Komisji*, EU:T:2014:547, pkt 62-64.

[936] Zamiar subiektywny dotyczy dowodów na stan umysłu pozwanego, co oznacza, że odnosi się do tego, co dana osoba faktycznie myślała i jakie miała plany. Natomiast zamiar obiektywny odnosi się do zamiaru przypisanego dominującemu przedsiębiorcy, który jest wnioskowany na podstawie decyzji biznesowych podjętych przez tego przedsiębiorcę (kierownictwo). W konsekwencji, zamiar obiektywny jest ustalany poprzez analizę działań przedsiębiorstwa i wynikających z nich skutków, niezależnie od rzeczywistych intencji osoby lub grupy osób kierujących przedsiębiorstwem.

[937] Pojęcie nadużycia jako koncepcji obiektywnej zakłada, że antykonkurecyjna strategia dominanta musi przynajmniej być zdolna do wywołania antykonkurencyjnych efektów na podstawie obiektywnych kryteriów.

[938] Subiektywny cel działania przedsiębiorstwa może w strukturze nadużycia pozycji dominującej odgrywać rolę subsydiarną. Zob. M. Szydło, *Nadużycie pozycji dominującej a cel działania przedsiębiorcy (uwagi na tle art. 82 TWE)*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 10, s. 90.

że „zamiar antykonkurencyjny" wydaje się trudny do odróżnienia od zamiaru zaciekłej, lecz społecznie korzystnej, konkurencji[939]. Jednakże uwzględnienie „zamiaru" sprzyja zapewnieniu pewności prawnej w kontekście nowych form nadużycia oraz nowatorskich teorii szkody obserwowanych na rynkach cyfrowych [940]. Zamiar może być wykorzystany w ocenie konkurencji jako użyteczny czynnik rozstrzygający, czy doszło do naruszenia art. 102 TFUE (9 u.o.k.k.), pod warunkiem, że będzie stosowany jako dopełnienie – a nie zamiennik – oceny obiektywnych elementów wymaganych przez orzecznictwo w ocenie prawa konkurencji[941]. Samo wykluczenie innych przedsiębiorców z rynku nie jest wystarczającym dowodem na to, że przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą działa nieuczciwie i narusza przepisy konkurencji. Konieczne jest przeprowadzenie bardziej szczegółowej analizy, aby dowiedzieć się, czy rzeczywiście doszło do naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej[942]. W tym kontekście testy intencjonalne mogą być użyte, aby zrozumieć, czy działania przedsiębiorcy były celowo ukierunkowane na wykluczenie konkurencji i naruszenie zasad konkurencji. Te testy pozwalają zbadać intencje i cele przedsiębiorcy w kontekście jego działań na rynku oraz ocenić, czy działał on w sposób, który miał na celu zakłócenie konkurencji.

Pojęcie antykonkurencyjnego zamiaru i jego praktyczne implikacje wynikają z ustalonej praktyki prawnej TS, zgodnie z którą art. 102 TFEU generalnie opiera się na standardzie równie skutecznego konkurenta[943]. Rola testu równie skutecznego konkurenta jest jednak zasadniczo ograniczona do praktyk cenowych[944]. W przypadku omawianych w niniejszej pracy doktorskiej praktyk pozacenowych istnieje możliwość zastąpienia tego standardu przez standard oparty na zamiarze[945]. Subiektywny zamiar (dowody na stan umysłu pozwanego) i obiektywny zamiar

---

[939] Szeroko na ten temat: K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012 s. 474-488; P. Akman, *The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance*, "European Law Review", 2014, nr 3, s. 316-337.

[940] Zamiar może być niezwykle praktycznym, uniwersalnym narzędziem dostępnym dla sądów lub organów antymonopolowych, umożliwiającym tworzenie innowacyjnych teorii szkód bez obawy o konieczność spełnienia skomplikowanego i ciężkiego – bardziej opartego na efektach i analizie ekonomicznej – obowiązku dowodowego. P. A. Perinetto, *Intent and competition law assessment: useless or useful tool in the quest for legal certainty?*, "European Competition Journal" 2019, nr 1, s. 167; J. Lindeboom, *Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice", nr 2, s. 73.

[941] P. A. Perinetto, *Intent and competition law assessment: useless or useful tool in the quest for legal certainty?*, "European Competition Journal" 2019, nr 1, s. 174. Podobnie, w kontekście oceny wpływu określonej transakcji (koncentracji) na innowację, hiszpański organ antymonopolowy (CNMC) podkreślił znaczenie dokumentów wewnętrznych. CNMC opiera się na dokumentacji wewnętrznej (powstałej przed negocjacjami w sprawie fuzji), analizując m.in. znaczenie, jakie przedsiębiorcy przywiązują do innowacji, rolę, jaką odgrywają one w ich strategiach i decyzjach biznesowych, czy poziom inwestycji przeznaczonych na ten cel. *The Role of Innovation in Enforcement Cases – Note by Spain*, DAF/COMP/WD(2023)82, s. 6.

[942] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 195.

[943] Zob. m.in.: wyrok TS z 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172, pkt 25; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012 s. 537-540.

[944] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 538.

[945] Użycie antykonkurencyjnego zamiaru w prawie antymonopolowym UE niekoniecznie oznacza stosowanie testów poświęcenia zysków lub braku sensu ekonomicznego. Testy poświęconego zysku lub braku ekonomicznego sensu dotyczą

(zamiar wnioskowany z decyzji biznesowych) mogą być używane równolegle, wzmacniając wzajemnie swoją wartość[946]. Uwzględnienie zamiaru, zarówno w znaczeniu subiektywnym i obiektywnym, może ocenić złożone zachowanie przedsiębiorcy w świetle koncepcji „konkurencji merytorycznej" oraz w kontekście racjonalności działań przedsiębiorcy dotyczących złożonych strategii biznesowych obserwowanych na rynkach cyfrowych.

Analiza motywacji do angażowania się w antykonkurencyjne praktyki lewarujące (zob. pkt V.1.1 pracy doktorskiej) ma kluczowe znaczenie, szczególnie w kontekście strategii biznesowych platform internetowych, ponieważ motywacje te mogą znacząco różnić się od tradycyjnych modeli biznesowych. Operatorzy platform internetowych o silnej pozycji rynkowej mogą mieć zdolność, ale nie zawsze mają bodziec, do angażowania się w wykorzystywanie swojej pozycji. Testy intencjonalne pozwalają ustalić, czy przedsiębiorca dominujący świadomie wykorzystuje swoją dominującą pozycję do lewarowania, a więc do przenoszenia swojej siły rynkowej z jednego rynku na inny w antykonkurencyjny sposób. Pozwala to ocenić, czy dominant posiada bodźce do wykorzystywania swojej pozycji rynkowej w sposób szkodzący konkurencji lub konsumentom. Testy intencjonalne są pomocne w analizie, czy i jak działania przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą mają negatywne skutki dla konkurencji i dobrobytu konsumentów. Ponadto, zrozumienie intencji przedsiębiorcy pomaga unikać niepotrzebnej interwencji antymonopolowej w działania, które mogą wydawać się antykonkurencyjne, ale w rzeczywistości nie szkodzą konkurencji. Testy te stanowią ważne narzędzie dla organów antymonopolowych w budowaniu wiarygodnej teorii szkody. Dzięki zrozumieniu motywacji przedsiębiorcy dominującego, organ antymonopolowy może lepiej wyjaśnić, dlaczego dane zachowanie szkodzi dobrobytowi konsumentów, co jest kluczowe dla efektywnej ochrony konkurencji w kontekście dużej niepewności prawnej oraz trudności w przedstawieniu przez organ dowodów wystąpienia antykonkurencyjnych skutków[947].

W przypadku strategii biznesowych platform internetowych, lewarowanie niekoniecznie jest oparte na cenach, ale może obejmować takie działania jak faworyzowanie własnych usług i

szczególnych rodzajów nadużyć (np. drapieżnictwa cenowefo). Zob. szerzej: K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012 s. 474-488; P. Akman, *The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance*, "European Law Review", 2014, nr 3, s. 316-337.

[946] Sprawa *Tetra Pak II* jest przykładem, gdzie Komisja dążyła do ustalenia „zamiaru eliminacji" w celu potwierdzenia, że ceny poniżej średnich całkowitych kosztów stanowiło drapieżnictwo cenowe. W tym przypadku zarówno subiektywny, jak i obiektywny zamiar były brane pod uwagę, wzmacniając wartość każdego z nich. Wyrok Sądu z 6.10.1994 r. w sprawie T-83/91, *Tetra Pak International SA przeciwko Komisji*, EU:T:1994:246.

[947] Podobne stanowisko wyrażono w literaturze. Zob.: P. Crocioni, *Leveraging of market power in emerging markets: A review of cases, literature, and a suggested framework*, "Journal of Competition Law and Economics" 2008, nr 2, s. 450.

produktów, które nie mają bezpośredniego wpływu na cenę, ale mogą oddziaływać na konkurencyjność rynku w inny sposób, np. poprzez kształtowanie dostępu do rynku lub wpływanie na wybory konsumenckie. Ponieważ „cena" jest często używana jako wskaźnik konkurencyjności w tradycyjnych sektorach, może nie odzwierciedlać pełnego zakresu praktyk lewarujących stosowanych przez operatorów platform internetowych. Zamiast tego, operatorzy platform mogą stosować lewarowanie w celu utrzymania lub wzmacniania swojej dominacji rynkowej poprzez metody, które mogą obejść tradycyjne mechanizmy cenowe, takie jak kontrola nad danymi użytkowników lub standardami technologicznymi. W związku z tym, skupienie się na motywacjach operatorów platform internetowych do stosowania takich praktyk jest istotne dla zrozumienia, jak działania te wpływają na konkurencyjność. Rozumienie tych motywacji jest niezbędne do opracowania odpowiednich narzędzi regulacyjnych i interwencyjnych, które mogą zaradzić potencjalnym szkodom antykonkurencyjnym oraz zachować dynamikę i innowacyjność w cyfrowym ekosystemie rynkowym[948].

W kontekście nowych form nadużycia na rynkach cyfrowych, kluczowe jest zdefiniowanie, co stanowi ważny zamiar antymonopolowy, jak można go udowodnić i do jakiego stopnia musi być udowodniony[949]. Zamiar musi uwzględniać przewidywalność skutków działania na konkurencję i natychmiastowość tych skutków jako część ogólnej strategii wykluczania dostępu do rynku (zamiar w znaczeniu obiektywnym). W kontekście sprawy *Google Shopping*[950], Komisja Europejska odnosiła się do subiektywnego zamiaru Google'a polegającego na faworyzowaniu własnych usług (Google shopping) w stosunku do usług konkurentów w celu wykorzystania swojej pozycji w ogólnej wyszukiwarce do rynku usług porównywania cen zakupów[951]. Był to ważny czynnik rozstrzygający, zwłaszcza gdy działanie Google miało niejednoznaczne (mieszane) skutki dla konkurencji.

Określenie zamiaru przedsiębiorcy dominującego może być istotne w celu oceny, czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne ze standardami przejrzystości i uczciwości, co dotyczy podejmowania uzasadnienia dla zróżnicowanego traktowania przez operatora platformy

---

[948] Podobną opinię wyrażono w literaturze. Zob.: F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 102.

[949] N. Zingales, *Antitrust intent in an age of algorithmic nudging*, "Journal of Antitrust Enforcement" 2019, nr 3, s. 386-418.

[950] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping.*

[951] Komisja znalazła dowody na to, że dyrektor inżynieryjny Google odpowiedzialny za Froogle (poprzednią wersję Google Shopping) stwierdził, że „*Froogle jest beznadziejne*" i ostrzegał, że bez specjalnego traktowania zawartość Froogle może nie zostać zindeksowana ani nie pojawić się (wysoko) w wynikach wyszukiwania. To było uznane za przekonujące dowody na ogólny plan Google'a dotyczący faworyzowania własnych usług (*self-preferencing*), potwierdzony bezpośrednimi i obiektywnymi dowodami. Jednak kluczowe pytanie brzmiało, czy takie dowody mogą być uzasadnione, by zaspokoić wymóg zamiaru (w jego subiektywnym i obiektywnym aspekcie) w odniesieniu do konkretnych działań, które są zarzucane dominującemu przedsiębiorstwu.

internetowej. W sprawie Allegro, Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że działania tej spółki było nietransparentne oraz sprzeczne z oficjalny komunikatem, zgodnie, z którym Allegro miało nie faworyzować własnej działalności sprzedażowej względem działalności podejmowanej przez niezależnych sprzedawców[952].

3.5. Proporcjonalność interwencji antymonopolowej i regulacyjnej

W prawie konkurencji, które zawiera różne sposoby zakończenia oraz procedury, a także warunki dla przyjęcia środków zaradczych oraz decyzji zobowiązujących, rodzi się pytanie, czy organy konkurencji powinny mieć nieograniczoną swobodę w wyborze tych środków. Jeśli tak, należy zastanowić się, jaki wpływ miałoby to na pewność prawną i atrakcyjność dobrowolnie oferowanych zobowiązań. Biorąc pod uwagę, że organy konkurencji posiadają szerokie uprawnienia w akceptowaniu lub odrzucaniu proponowanych zobowiązań, nawet długotrwała współpraca, taka jak w sprawie *Google (Shopping)*, może okazać się nieskuteczna[953].

Zasada proporcjonalności jest zasadą ustrojową Unii i pełni taką samą rolę jak konstytucyjne zasady ustrojowe państw członkowskich. Podobnie jak zasada pewności prawa, zasada proporcjonalności jest zasadą ogólną prawa unijnego chroniącą prawa jednostki przed naruszeniami ze strony władzy publicznej przez wyłączenie dowolności działania instytucji unijnych i państw członkowskich. Ta cecha zasady proporcjonalności sprawia, że łączy się ją z zasadą rządów prawa jako element tej zasady i jej egzemplifikacja w systemie prawa Unii. Proporcjonalność ma istotne znaczenie w kontekście przewidywalności stosowania prawa antymonopolowego (przewidywalności odpowiedniego środka prawnego). Zarówno proporcjonalność, jak ipewność prawa nakierowane są na większa przewidywalność rozstrzygnięć oraz chronią przed arbitralnością w ich podejmowaniu.

W doktrynie często łączy się zasadę pewności prawa oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań z zasadą proporcjonalności. Pewność prawa w znaczeniu formalnym utożsamiana jest ze spełnieniem „wewnętrznej moralności prawa", w tym m.in. poczucia bezpieczeństwa prawnego, zaufania do władz publicznych i ich rozstrzygnięć, ochrony praw słusznie nabytych, prawa do sądu oraz proporcjonalności [954]. Rozumienie pewności prawa w aspekcie proceduralnym, a także zgodność z zasadą proporcjonalności i legalność decyzji, idą w parze z

[952] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro.*
[953] OECD, *Remedies and commitments in abuse cases*, Paryż 2022, s. 11.
[954] W. Maciej, *Pewność prawa*, Gdańsk 2014, s. 31.

wysokim poziomem zaufania do procesu decyzyjnego. W takim kontekście, legitymizacja, zasada proporcjonalności i rzetelność instytucjonalna odgrywają znaczącą rolę w zapewnieniu przewidywalności, zarówno w kontekście negocjacji zobowiązań, jak i szeroko w odniesieniu do obowiązku uzasadnienia oraz merytorycznego odniesienia się do argumentacji przedsiębiorcy dominującego[955].

Zasada proporcjonalności wskazuje nieprzekraczalne granice ingerencji państwa w sferę gwarantowanych praw i wolności jednostki, w tym wolności gospodarczej i wolności majątkowej. Stosowanie tej zasady przez regulatorów rynku oznacza wyjście poza czysto pozytywistyczne myślenie prawnicze na rzecz argumentacji odwołującej się do idei sprawiedliwości rozstrzygnięcia[956]. Badanie proporcjonalności dotyczy zatem następujących elementów: (i) odpowiedniości (przydatności, adekwatności); (ii) konieczności oraz (iii) proporcjonalności *sensu stricto*. Odpowiedniość dotyczy relacji pomiędzy celem a środkami – środek jest odpowiedni, jeżeli nadaje się do osiągnięcia wyznaczonego celu. Konieczność oznacza, że osiągnięcie danego celu nie jest możliwe przy użyciu środków mniej ograniczających daną swobodę, w tym mniej dolegliwych sankcji. Badanie trzeciego elementu – proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu, polega na ww. ważeniu danego interesu publicznego (tj. ochrony niezakłóconej konkurencji) z ograniczeniami wolności gospodarczej (oraz wskazywaną efektywnością działań przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą)[957].

Problem proporcjonalności ograniczeń wolności gospodarczej, a w szczególności wybór odpowiedniego instrumentu, wiąże się również z analizą ekonomiczną, w tym wykładnią prawa w zgodzie z rynkowymi uwarunkowaniami zastosowania danej normy prawnej w okolicznościach danego przypadku. Ochrona interesu publicznego przejawiać się może w ograniczeniu bądź całkowitej likwidacji negatywnych zjawisk ekonomicznych. Innymi słowy, ocena spełnienia poszczególnych kryteriów zasady proporcjonalności jest determinowana ekonomicznym charakterem omawianej wolności. Organ antymonopolowy powinien dokonać wyboru najmniej dolegliwego środka ograniczającego wolności i prawa oraz jednocześnie wykazać przesłanki uzasadniające wydanie danego rozstrzygnięcia[958].

---

[955] J. Lindeboom, *Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice", nr 2, s. 73.

[956] A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty europejskiej,* Warszawa 2009, s. 39.

[957] J. Schwarze, *European Administrative Law,* Londyn 1992, s. 855-859.

[958] Przykładowo, decyzje zobowiązujące są często stosowane przez Komisję w przypadku nowych praktyk związanych z rynkiem cyfrowym, na przykład decyzja KE z 12.12.2012 r. w sprawie COMP/AT.39847, *Apple (e-booki)*. Komisja przyjęła

Artykuł 7 ust. 1 Rozporządzenia 1/2003 zobowiązuje Komisję do nakładania jedynie środków zaradczych, które są proporcjonalne. Zasada proporcjonalności określa górną granicę intensywności, zakresu oraz rodzaju środków zaradczych, które Komisja Europejska i krajowe organy antymonopolowe mogą nałożyć na przedsiębiorstwa w przypadku stwierdzenia naruszenia prawa konkurencji. W środowisku rynkowym, charakteryzującym się skomplikowanymi modelami biznesowymi, ocena proporcjonalności staje się szczególnie skomplikowana. Na rynkach cyfrowych, gdzie modele biznesowe szybko ewoluują i często charakteryzują się innowacyjnością oraz złożonością, odpowiednie zastosowanie zasady proporcjonalności przez organy antymonopolowe wymaga dogłębnego zrozumienia zarówno technologii, jak i dynamiki rynkowej. Podczas egzekwowania nadużycia pozycji dominującej, skuteczność środka zaradczego określa, które środki osiągają zamierzony cel. To z kolei wyznacza zbiór środków, z których należy wybrać ten najmniej obciążający dla przedsiębiorcy[959]. W praktyce prowadzi to do ustanowienia środków strukturalnych jako ostatniej możliwości, o ile dostępne są równie efektywne środki behawioralne lub zapewniające dostęp[960]. Organom antymonopolowym i regulacyjnym niełatwo jest jednak ocenić, czy zastosowane środki (np. środki behawioralne i strukturalne) są rzeczywiście adekwatne i konieczne do osiągnięcia celów, takich jak ochrona konkurencji, bez nadmiernego ograniczania innowacyjności i wzrostu gospodarczego. Ocena, które środki są mniej restrykcyjne, wymaga, aby te środki równie dobrze służyły celom naprawczym. Środki, które tego nie czynią, nie mogą być porównywane[961].

Zasada proporcjonalności odgrywa kluczową rolę w kontekście DMA. Podczas wprowadzania środków zaradczych związanych z systematycznym nieprzestrzeganiem obowiązków wynikających z DMA[962], KE musi ściśle przestrzegać tej zasady, aby zapewnić, że każdy środek jest nie tylko konieczny, ale również stanowi minimalne obciążenie dla strażnika

w niej zobowiązania wydawców książek i Apple do niestosowania klauzul największego uprzywilejowania (tak zwanych klauzul MFN).

[959] W odniesieniu do środków antymonopolowych proporcjonalność wymaga, aby środki nie przekraczały granic tego, co jest odpowiednie (adekwatność) i konieczne do osiągnięcia legalnie dążonych przez nie celów; gdy istnieje wybór między kilkoma odpowiednimi środkami, należy skorzystać z najmniej uciążliwego.

[960] T. Knapstad, *Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're out?*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2013, nr 3, s. 6.

[961] F. Bostoen, D. van Wamel, *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, "TILEC Discussion Paper" 2023, nr DP 2023-19, s. 9.

[962] Środki te mogą być zastosowane wyłączenie w przypadku systematycznego niewypełniania obowiązków, czyli na ostatnim etapie egzekwowania przepisów rozporządzenia DMA przez Komisję, tj. po przyjęciu środków przez strażnika dostępu lub Komisję, o których mowa w art. 8 DMA oraz po przeprowadzeniu przez Komisję postępowań dotyczących niewypełniania obowiązków, zgodnie z art. 29 DMA. Na mocy art. 8 DMA, strażnik dostępu, w pierwszej kolejności, samodzielnie musi wdrożyć środki mające na celu wypełnienie obowiązków przewidzianych w art. 5, 6 i 7 DMA, które mają przyczyniać się do osiągnięcia celów niniejszego rozporządzenia i celu, w jakim ustanowiono dany obowiązek.

dostępu. W praktyce oznacza to, że KE, podejmując decyzje o środkach zaradczych, musi szczegółowo ocenić, czy konkretny środek jest absolutnie niezbędny do osiągnięcia celów DMA. Nie chodzi tu tylko o zatrzymanie naruszeń, ale również o zapobieganie ich powtórzeniu i odbudowanie uczciwego i kontestowalnego rynku cyfrowego[963]. KE musi również rozważyć, czy istnieją inne, mniej restrykcyjne metody, które mogłyby być równie efektywne w osiąganiu tych celów. Jednocześnie, wprowadzenie środków strukturalnych, takich jak wymuszenie zmian w strukturze przedsiębiorstwa czy jego działalności, jest uważane za ostateczność. Przed podjęciem takich drastycznych kroków KE powinna rozważyć wszystkie inne możliwe opcje. Środki strukturalne mogą być stosowane tylko wtedy, gdy inne środki behawioralne (takie jak nakazy czy zakazy określonych praktyk) okażą się niewystarczające do przywrócenia zasad uczciwej konkurencji.

3.6. Zakres uznania organu antymonopolowego przy nakładaniu kar pieniężnych[964]

Stwierdzenie zawinionego charakteru naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia przepisów TFUE lub u.o.k.k. [965] Natomiast umyślność lub nieumyślność naruszenia przepisów jest brana pod uwagę przy nakładaniu kar pieniężnych[966]. Nałożenie kary za precedensowe naruszenia prawa konkurencji, których bezprawny charakter nie mógł być dla przedsiębiorcy do przewidzenia, może naruszać zasadę *nullum crimen sine lege*[967]. Jak wskazano w pracy doktorskiej, w przeciwieństwie do regulacji sektorowej [968], przepisy prawa konkurencji bazują na szerokich klauzulach generalnych, które pozwalają na wyinterpretowanie nowych form nadużycia pozycji dominującej. Te elastyczne przepisy, w tym art. 102 TFUE, stanowią fundament dla

---

[963] Jednostronne narzucenie przez KE środków zaradczych następuje w sytuacji kumulatywnego spełnienia wymogów art. 18 ust. 1 DMA, tj. (i) systematycznego niewypełniania obowiązków oraz (ii) utrzymania, umocnienia lub rozszerzenia pozycji tego przedsiębiorstwa.

[964] W punkcie tym wykorzystano badania autora niniejszej pracy doktorskiej: A. Szmigielski, *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2019, nr 10, s. 32-34.

[965] Przykładowo, Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, a rozstrzygnięcie to jest niezależne od zaistnienia przesłanki subiektywnej w postaci winy po stronie adresata decyzji. Zob. A. Piszcz. *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013, s. 182-183. Zob. również wyrok SOKiK z 28.11.2008 r., sygn. akt: XVII Ama 107/07: „*Odpowiedzialność za praktykę ograniczającą konkurencję ma charakter obiektywny, co oznacza, że brak winy po stronie dominanta nie stanowi okoliczności wyłączającej tę odpowiedzialność*".

[966] Spełnienie warunków o subiektywnym charakterze nie odnosi się to do samej możliwości stwierdzenia nadużywania pozycji dominującej oraz nakładanych sankcji administracyjnych (np. w postaci nakazania zaprzestania kwestionowanego zachowania).

[967] Podobnie: P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji*, Kraków 2012, s. 58. Jak wskazała M. Król-Bogomilska, usprawiedliwiona nieświadomość bezprawności wyłącza winę przedsiębiorcy, a więc i podstawę do nałożenia kary pieniężnej. Zob. M. Król-Bogomilska, *Komentarz do art. 106 u.o.k.k.*, [w:] T. Skoczny (red.), *Komentarz do Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 1336.

[968] Przykładowo, DMA regulując listę precyzyjnie określonych nakazów i zakazów stanowi zabezpieczenie przed sytuacją, w której przedsiębiorca (strażnik dostępu) jest karany za zachowanie, które nie mógł z góry przewidzieć, że jest zabronione. W przypadku regulacji niemieckiej (art. 19a GWB) niemiecki organ antymonopolowy wydając pierwszą decyzję stwierdzająca naruszenie skierowaną wobec przedsiębiorców nie nakłada kar pieniężnych, lecz określa obowiązek danego zachowania.

zapewnienia skutecznego stosowania prawa konkurencji w kontekście zmieniającego się środowiska rynkowego, jednakże mogą również prowadzić do wyzwań związanych z niejednoznacznym ich stosowaniem.

Zgodnie z art. 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 Komisja może w drodze decyzji nałożyć na przedsiębiorstwa karę pieniężną, jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniedbania naruszają art. 102 TFUE[969]. Komisja ma swobodę wyboru przy nakładaniu kary i może wyjątkowo, na podstawie obiektywnych przyczyn, jej nie nakładać[970]. Podobnie, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, „choćby nieumyślnie" naruszył określone przepisy u.o.k.k. Nakładane przez organy ochrony konkurencji kary pieniężne powinny pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości zarówno przez sprawcę naruszenia, jak i przez innych przedsiębiorców)[971].

Forma winy w postaci zamiaru (świadomego naruszenia prawa konkurencji) lub niedbalstwa (braku dochowania należytej staranności, aby nie naruszyć reguł konkurencji) stanowi przesłankę umożliwiającą nałożenie kary pieniężnej za naruszenie art. 102 TFUE. Potencjalnie można ją zatem wykorzystać do ochrony pewności prawa. Jednak pojęcie winy jest interpretowane w orzecznictwie unijnym na tyle szeroko, że jest wątpliwe, aby przesłanka ta mogła spełniać ten cel[972]. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości

---

[969] Podobnie przewidziano w kontekście nakładania kar pieniężnych na podstawie art. 30 DMA za naruszenie zakazów lub nakazów uregulowanych w DMA. Zgodnie z tym przepisem, Komisja może w drodze decyzji stwierdzającej niewypełnianie obowiązków nałożyć na strażnika dostępu grzywny, których wysokość nie może przekraczać 10 % jego łącznego światowego obrotu uzyskanego w poprzednim roku obrotowym, jeżeli Komisja stwierdzi, że strażnik dostępu umyślnie lub w wyniku zaniedbania nie wypełnił któregokolwiek z obowiązków ustanowionych w art. 5, 6 i 7 DMA. Zob. szerzej.: G. Materna, *Komentarz do art. 30 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s.

[970] Wyrok TS z 18.07.2013 r. w sprawie C-499/11 P, *The Dow Chemical Company i in. przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:C:2013:482, pkt 44-47.

[971] Zob. szerzej: A. Doniec, *Stosowanie kar pieniężnych w unijnym i polskim prawie konkurencji w świetle wymogów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2016, s. 43; Sz. Murek, *Wyjaśnienia dotyczące sposobu ustalania kar pieniężnych a proporcjonalność kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK – próba analizy*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5, s. 109-110; wyroki SN z: 24.04.1996 r., sygn.. akt I CRN 49/94; 27.08.2003 r., sygn. akt I CKN 185/03; A. Piszcz, *Komentarz do działu VII. Kary pieniężne*, [w:] T. Skoczny (red.), *Komentarz do Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 1314; *idem*, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013, s. 93-100. Zob. również: wyrok Sądu z 8.10.2008 r. w sprawie *Schunk GmbH*, T-69/04, EU:T:2008:415. W pkt 39 tego wyroku Sąd wyjaśnił, że sankcje za naruszenia art. 101 TFUE i art. 102 TFUE stanowią kluczowy instrument, jakim dysponuje Komisja, która czuwa nad utworzeniem w ramach Unii systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym.

[972] Jak wskazał G. Materna w kontekście nakładania na podstawie art. 30 DMA kar pieniężnych przez KE za naruszenie przez strażnika dostępu obowiązków regulacyjnych przewidzianych w DMA: „*Choć wina przedsiębiorstwa stanowi konieczny warunek wstępny nałożenia, KE nie zawsze ustala w sposób jednoznaczny stopień zawinienia. Oceniając, czy przedsiębiorstwo mogło być ukarane grzywną TS rozważa łącznie, czy naruszenie zostało popełnione umyślnie lub w wyniku niedbalstwa*". Zob.

przedsiębiorstwo wie o antykonkurencyjnym charakterze swojego postępowania, gdy jest świadome elementów faktycznych uzasadniających stwierdzenie występowania pozycji dominującej na rynku, jak też oceny nadużycia tej pozycji dokonanej przez Komisję Europejską [973]. Wcześniejsza świadomość naruszania reguł konkurencji nie jest zatem decydująca, a wina może wystąpić, nawet jeśli przedsiębiorstwo nie zna interpretacji tych reguł przez Komisję (a zatem nie ma świadomości bezprawności swojego zachowania)[974]. Tak zdefiniowana przesłanka umyślności lub zaniedbania nie zapewnia zatem wystarczającej ochrony pewności prawa.

Jak wskazuje orzecznictwo TS, decyzja Komisji Europejskiej o nienałożeniu kary pieniężnej w konkretnym przypadku ze względu na stosunkowo nowy charakter stwierdzonych naruszeń nie zapewnia zwolnienia („immunitetu") z grzywny przedsiębiorstwom dopuszczającym się naruszeń [975]. Korzystając z przysługującego jej uznania, Komisja decyduje bowiem w szczególnych okolicznościach każdej sprawy, czy należy nałożyć karę pieniężną w celu ukarania stwierdzonego naruszenia i zapewnienia skuteczności prawa konkurencji [976]. W orzecznictwie akcentuje się również, że nawet jeżeli dany rodzaj praktyki nie był do tej pory badany przez sądy unijne, to jednak profesjonalni uczestnicy rynku powinni się spodziewać (w razie potrzeby po zasięgnięciu odpowiedniej porady prawnej), że ich zachowanie zostanie uznane za niezgodne z unijnymi regułami konkurencji, zwłaszcza w świetle szerokiego zakresu pojęć ograniczających konkurencję[977].

W opinii wyrażonej przez M. Król-Bogomilską, o ile brak pełnej określoności rodzajów zakazanych w prawie antymonopolowym praktyk nie stanowi przeszkody do wymierzania kar czysto administracyjnych (wydania nakazu zaniechania określonego zachowania), o tyle nakładanie dotkliwych kar pieniężnych wymaga przestrzegania zasady określoności czynów zabronionych. Tym samym, realizując zasadę określoności naruszenia, organy antymonopolowe powinny powstrzymać się od nałożenia kar pieniężnych w przypadku nienazwanych praktyk ograniczających konkurencję, gdy nie istnieją dostatecznie

G. Materna, *Komentarz do art. 30 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 1010.

[973] Innymi słowy, świadomość faktów uzasadniających stwierdzenie przez Komisję naruszenia prawa jest równoznaczna ze świadomością niezgodności z prawem tych faktów; zob. np. wyrok TS z 9.11.1983 r., C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*, EU:C:1983:313, pkt 107.

[974] Opinia rzecznika generalnego J. Mazáka z 22.04.2010 r., C–280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, EU:C:2010:212, pkt 39.

[975] Wyrok TS z 6.12.2012 r., C-457/10 P, *AstraZeneca AB i AstraZeneca plc przeciwko Komisji*, EU:C:2012:770, pkt 164.

[976] Wyrok Sądu z 30.01.2007 r., T-340/03, *France Télécom SA przeciwko Komisji*, EU:T:2007:22, pkt 251.

[977] Wyrok Sądu z 12.12.2018 r., T-705/14, *Unichem Laboratories Ltd przeciwko Komisji*, EU:T:2018:915, pkt 515.

wykształcone reguły interpretacyjne wskazujące na bezprawność danego czynu[978]. W orzecznictwie sądów polskim wskazano, że Prezes UOKiK powinien powstrzymać się od nałożenia kary pieniężnej, jeżeli jego rozstrzygnięcia mają charakter precedensowy lub opierają się na nowej interpretacji przepisów prawa[979].

Wytyczne KE w sprawie metody ustalania grzywien[980] wśród okoliczności łagodzących wymiar kar pieniężnych nie wymieniają przesłanki istnienia uzasadnionych wątpliwości co do tego, czy zachowanie stanowiło naruszenie[981]. Ze względu jednak na to, że wytyczne te nie zawierają zamkniętej listy tych przesłanek, istnieje możliwość uwzględnienia tej okoliczności przez Komisję Europejską[982]. W związku z tym Komisja mogłaby obniżyć kwotę kary pieniężnej w przypadku wystąpienia nowego typu nadużycia, którego określony *ex post* prawny i ekonomiczny standard oceny nie dawał wcześniejszej możliwości racjonalnego przewidzenia niezgodności danego zachowania z art. 102 TFUE. Podstawą prawną takiej decyzji może być dodatkowo pkt 36 ww. wytycznych, zgodnie z którymi Komisja w pewnych przypadkach może nałożyć symboliczną grzywnę[983]. W orzecznictwie unijnym wskazuje się, że przy ustalaniu jej kwoty można wziąć pod uwagę fakt, że naruszenia są objęte zakresem prawa, w którym reguły konkurencji nigdy nie zostały jasno określone[984]. Podobnie, zgodnie z pkt 19 wyjaśnień z 31 marca 2021 r. dotyczących ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję, Prezes UOKiK może odstąpić od nałożenia kary na przedsiębiorcę lub nałożyć na niego karę w szczególnie niskiej wysokości, jeżeli wystąpią okoliczności, które w jego ocenie zapewnią, że brak kary lub kara w niższej wysokości spełni swoje cele.

W swojej praktyce decyzyjnej Komisja odstąpiła od nakładania kary pieniężnej przykładowo w sprawie *Motorola*[985], wskazując na brak praktyki decyzyjnej oraz orzecznictwa dotyczących badanej praktyki, jak również sądy krajowe doszły do rozbieżnych wniosków w tej samej sprawie. Od wymierzenia kary odstąpił także Federalny Urząd Antymonopolowy

[978] M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013, s. 178–179.
[979] Orzecznictwo to zapadło na gruncie spraw konsumenckich, ale ma również znaczenie dla spraw antymonopolowych. Zob. wyroki SOKiK z: 14.03.2019 r., sygn. akt Ama 64/15; 14.03.2019 r., sygn. akt XVII Ama 32/16.
[980] Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) Rozporządzenia 1/2003, Dz. U. z 2006 r. 1.09.2006 C 210, s. 2-5.
[981] Przesłanka tego typu była wprost wskazana we wcześniejszej wersji wytycznych z 1998 r.; zob. wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali, Dz. U. z 14.01.1998 r. C 9, s. 3.
[982] W pkt 29 użyto sformułowania „takich jak", co sugeruje otwarty katalog tych okoliczności.
[983] Uzasadnienie nałożenia takiej grzywny musi zostać podane w tekście decyzji.
[984] Wyrok Sądu z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97, *Irish Sugar plc przeciwko Komisji*, EU:T:1999:246, pkt 291.
[985] Decyzja KE z 29.04.2014 r. w sprawie AT.39985, *Motorola*, pkt 561.

(Bundeskartellamt) w decyzji z 7 lutego 2019 r. w sprawie *Facebook*[986]. W sprawie tej po raz pierwszy uznano, że do nadużycia pozycji dominującej może dojść poprzez narzucenie użytkownikom serwisu postanowień regulaminów niezgodnych z prawem ochrony danych osobowych. W opinii Bundeskartellamt, jeśli przedmiotowa sprawa jest złożona i wiąże się z szeregiem kwestii prawnych i ekonomicznych, odpowiednie jest nałożenie wyłącznie sankcji administracyjnych (zakaz określonej praktyki i przyjęcie środków zaradczych), bez nakładania kar pieniężnych [987]. Sankcje administracyjne nie tylko mogą nakazywać zaprzestania określonych praktyk, ale też pozwalają skłonić przedsiębiorstwo do wdrożenia określonych środków zaradczych celem wprowadzenia zmian w przyszłym zachowaniu dominanta z korzyścią dla konsumentów. W przeciwieństwie do decyzji zobowiązujących decyzje stwierdzające naruszenie art. 102 TFUE pozwalają ponadto na określenie lub sprecyzowanie standardów prawnych w przypadku skomplikowanych, pod względem prawnym i ekonomicznym, zachowań przedsiębiorstw dominujących. Prezes UOKiK postanowił natomiast odstąpić od nakładania kary w decyzji z 30.12.2016 r. nr DOK-3/2016, z uwagi na precedensowy charakter niniejszej sprawy, w której po raz pierwszy Prezes UOKiK ocenił kwestie wymiany poufnych informacji w trakcie negocjacji dotyczących współpracy w ramach systemu zamówień publicznych.

W ocenie autora niniejszej pracy doktorskiej, nakładanie dotkliwych kar finansowych nie wydaje się spełniać swojej funkcji prewencyjnej, jeżeli nawet ostrożny i przestrzegający prawa przedsiębiorca nie może przewidzieć, że jego zachowanie może zostać ukarane. Dzieje się tak w szczególności, gdy badana praktyka dotyczy nowych i innowacyjnych modeli biznesowych, gdzie interwencja antymonopolowa jest szczególnie podatna na ryzyko fałszywych pozytywów. Jeżeli przedsiębiorca dominujący będzie miał wrażenie, że jego sukces związany z ulepszeniem danych usług zostanie ukarany, będzie mniej skłonny do wprowadzania innowacyjnych rozwiązań w przyszłości. Z tego względu zasada pewności prawa wymaga od organów antymonopolowych zachowania ostrożności przy nakładaniu sankcji za naruszenie art. 102 TFUE w przypadku interwencji podejmowanej na rynkach cyfrowych, gdzie praktyka decyzyjna i orzecznicza na poziomie Unii nie wykształciła jeszcze wystarczająco jasnych wzorców oceny.

---

[986] Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook*.

[987] Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 7.02.2019 r., *Facebook FAQ's*, zob. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (dostęp: 9.09.2019 r.)

3.7. Zakaz ponownego karania lub ścigania w kontekście równoległego stosowania art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) oraz regelacji *ex ante* rynków cyfrowych

Operatorzy platform internetowych podlegają kilku potencjalnie nakładającym się na siebie ramom regulacyjnym w prawie Unii Europejskiej oraz w krajowych porządkach prawnych państw członkowskich. Obejmują one: (i) DMA, (ii) unijne prawo konkurencji, (iii) krajowe przepisy o ochronie konkurencji, (iv) krajowe prokonkurencyjne regulacje rynków cyfrowych [988]. Każda sprawa dotycząca jednostronnych praktyk operatorów platform internetowych, potencjalnie kończąca się nałożeniem kar pieniężnych, może być rozstrzygana nie tylko przez jeden krajowy organ ochrony konkurencji, ale także równolegle przez kilka organów i sądów krajowych (w tzw. sprawach horyzontalnych) lub przez Komisję, a następnie przez krajowy organ lub sąd (w tzw. sprawach wertykalnych). W związku z tym, równoległe stosowanie regulacji sektorowej i prawa konkurencji dotyczy scenariusza w układzie: (i) wertykalnym [989] oraz (ii) horyzontalnym [990]. Natomiast w kontekście DMA, Komisja jest zasadniczo jedynym organem egzekwującym ten instrument. Teoretycznie, jako organ ochrony konkurencji, KE może równolegle prowadzić postępowania w sprawie naruszenia art. 102 TFUE, jednocześnie prowadząc postępowania w sprawie naruszenia zakazów DMA w przypadku wykrycia niezgodności[991].

Możliwe jest zatem, że to samo zachowanie operatora platform internetowej mogłoby być przedmiotem kilku postępowań w różnych ramach regulacyjnych. Jako przykład takiego scenariusza można przytoczyć sprawę *Amazon*, która stała się przedmiotem postępowania zarówno Komisji Europejskiej [992], jak i włoskiego organu antymonopolowego [993]. W dniu 10 listopada 2020 r. Komisja Europejska wydała decyzję dotyczącą wszczęcia postępowania przeciwko Amazon, które zakończyło się wydaniem decyzji zobowiązującej w dniu 20 grudnia 2022 r.[994] W ocenie Komisji niektóre praktyki handlowe Amazon mogły skutkować sztucznym faworyzowaniem jego własnej oferty sprzedaży detalicznej oraz ofert zamieszczanych w jego przestrzeni Marketplace (platformy handlowej Amazon) przez sprzedawców korzystających ze

[988] M. Cappai, G. Colangelo *Applying ne bis in idem in the aftermath of bpost and Nordzucker: The case of EU competition policy in digital markets*, "Common Market Law Review" 2023, nr 2, s. 431.
[989] Tj. stosowania prawa konkurencji UE lub DMA na szczeblu unijnym przez Komisję Europejską oraz krajowego lub unijnego prawa konkurencji lub krajowych regulacji *ex ante* przez organ antymonopolowy (organ regulacyjny) lub sąd.
[990] Tj. stosowania przez dwa krajowe organy ochrony konkurencji (regulacyjne) lub sądy krajowego lub unijnego prawa konkurencji lub krajowej regulacji sektorowej.
[991] Na mocy art. 29 ust. 1 lit a DMA, Komisja przyjmuje akt wykonawczy zawierający jej stwierdzenie dotyczące niewypełniania obowiązków, jeżeli uzna, że strażnik dostępu nie wypełnia któregokolwiek z obowiązków ustanowionych w art. 5, 6 lub 7 DMA.
[992] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box.*
[993] Decyzja AGCM w sprawie *Amazon*.
[994] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box.*

świadczonych przez to przedsiębiorstwo usług w zakresie logistyki i dostaw. W zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające miało obejmować cały EOG z wyjątkiem Włoch, co w załączonym do owej decyzji komunikacie prasowym instytucja ta uzasadniła okolicznością, że w kwietniu 2019 r. włoski organ ochrony konkurencji wszczął dochodzenie dotyczące częściowo podobnej problematyki, skupiając się na rynku włoskim[995].

W związku z tym nasuwa się pytanie, czy równoległe prowadzenie postępowań przez różne organy jest zgodne z zasadą *ne bis in idem*. Jest to kwestia kluczowa w kontekście zapewnienia przewidywalności prawnej, spełniania uzasadnionych oczekiwań podmiotów gospodarczych oraz zapewnienia stabilności systemu prawnego. Zgodnie z art. 50 KPP: „*Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii*". Zasada *ne bis in idem* zakazuje zatem kumulacji zarówno postępowań, jak i sankcji o charakterze karnym w rozumieniu tego artykułu za te same czyny przeciwko tej samej osobie[996]. Zasada *ne bis in idem* zabrania organom antymonopolowym karania lub ścigania przedsiębiorstwa po raz kolejny za antykonkurencyjne zachowanie, za które zostało ono ukarane lub uznane za niewinne we wcześniejszej niezaskarżonej decyzji, a także podwójnego sankcjonowania tego samego naruszenia przez te organy[997]. Zakaz ponownego ścigania i karania wymaga spełnienia czterech przesłanek, tj.: (i) tożsamości osoby ściganej, sądzonej lub ukaranej (przesłanka jedności sprawcy); (ii) tożsamości danego zachowania (warunek *idem*); (iii) istnienia dwóch postępowań, z których oba mogą skutkować nałożeniem kary pieniężnej (warunek *bis*); oraz (iv) faktu, że pierwsza decyzja jest ostateczna (decyzja ostateczna lub przesłanka powagi rzeczy osądzonej)[998].

Funkcjonowanie omawianej zasady uzasadnia się m.in. przez odwołanie się do wolności osobistej, godności jednostki czy też ochrony przed nadużyciami ze strony państwa, co nabiera

[995] Postanowienie Sądu z 14.102021 r. w sprawie T-19/21, *Amazon.com i in. przeciwko Komisji*, EU:T:2021:730.
[996] Wyrok TS z 26.02.2013 r. w sprawie C-617/10, *Åklagaren przeciwko Hansowi Åkerbergowi Franssonowi*, EU:C:2013:105, pkt 34.
[997] Wyrok TS z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10, *Toshiba Corporation e.a*, EU:C:2012:72, pkt 94.
[998] Zob. szerzej: M. Cappai, G. Colangelo *Applying ne bis in idem in the aftermath of bpost and Nordzucker: The case of EU competition policy in digital markets*, "Common Market Law Review" 2023, nr 2, s. 431; A. Szmigielski, *Między skutecznością równoległego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej a ochroną praw podstawowych – rozważania o zakazie podwójnego karania w jednym postępowaniu antymonopolowym w świetle sprawy C-617/17, PZU*, „Europejski Przegląd Sadowy" 2018, nr 9, s. 28; G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 355-447; M. Kierska, T. Marek, *Zasada* ne bis in idem *w kontekście orzecznictwa ETPCz*, „Monitor Prawniczy" „2015", nr 21, s. 1145.

szczególnego znaczenia w sprawach z tzw. twardego rdzenia prawa karnego[999]. Nie wynika z niej wyłącznie zakaz ponownego karania (węższe rozumienie, o charakterze materialnoprawnym, tzw. zasada zaliczania), ale przede wszystkim – ze względu na silną ingerencję postępowania karnego w sferę wolności i godności – brak możliwości ponownego prowadzenia postępowania w tej samej sprawie, przeciwko temu samemu oskarżonemu (szerokie rozumienie o charakterze formalnoprawnym, tzw. zasada wyczerpania postępowania)[1000]. W kontekście obowiązywania tej zasady w sprawach karnych wskazuje się, że kara orzeczona przez sąd pochłania całkowicie winę sprawcy i bezprawność przypisanego mu czynu[1001].

W przypadku postępowań przeciwko profesjonalnym uczestnikom rynku należy jednak poszukiwać innych argumentów uzasadniających obowiązywanie omawianej zasady niż odwoływanie się do godności i wolności człowieka. W prawie konkurencji zasada ta przyczynia się do jego skutecznego egzekwowania: zapobiega nakładaniu nadmiernie dolegliwej kary, przyczyniając się do poszanowania zasady proporcjonalności; tworzy inicjatywę do skuteczniejszego ścigania antykonkurencyjnych praktyk (z uwzględnieniem ich różnorodnych skutków na danych rynkach właściwych); chroni przed multiplikowaniem postępowań oraz arbitralnością organów oraz tworzy zachętę do lepszej koordynacji działań pomiędzy różnymi organami antymonopolowymi[1002]. Zasada *ne bis in idem* pełni zatem istotną role dla zapewnienia bezpieczeństwa i przewidywalności rozstrzygnięć prawnych, a więc koresponduje z celami pewności prawa. Tworząc most pomiędzy zasadą ne bis in idem a innymi zasadami (*res iudicata* oraz zasadą pewności), strona może być pewna, że nie zostanie ponownie sądzona za ten sam czyn[1003].

W prawie europejskim można wyróżnić dwie główne koncepcje rozumienia tożsamości czynu jako przesłanki zastosowania zasady *ne bis in idem*. Pierwsza z nich dotyczy oceny danego

---

[999] Ang. *hardcore of criminal law*; por. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013, s. 235.

[1000] M. Kierska, T. Marek, *Zasada* ne bis in idem *w kontekście orzecznictwa ETPCz*, „Monitor Prawniczy" 2015/21, s. 1145. W doktrynie wskazuje się również, że zasada ne bis in idem ma głównie wymiar formalny, natomiast zasada zaliczania stanowi oddzielną zasadę prawa UE, która stanowi specyficzny wyraz zasady proporcjonalności; zob. W. B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden 2009, s. 250.

[1001] M. Kierska, T. Marek, *Zasada* ne bis in idem *w kontekście orzecznictwa ETPCz*, „Monitor Prawniczy" 2015, nr 21, s. 1145. Przy czym argument ten dotyczy ze swej istoty orzeczeń skazujących, podczas gdy przedmiotowa zasada obejmuje również inne orzeczenia, w tym w szczególności te, gdzie oskarżony zostaje uniewinniony od zarzucanego czynu.

[1002] A. Szmigielski, *Między skutecznością równoległego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej a ochroną praw podstawowych – rozważania o zakazie podwójnego karania w jednym postępowaniu antymonopolowym w świetle sprawy C-617/17, PZU*, „Europejski Przegląd Sadowy" 2018, nr 9, s. 28; P. J. Wils, *The Principle of 'Ne Bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, "World Competition" 2003, nr 2, s. 131–148

[1003] K. Dobosz, *The Housekeeping of the Court of Justice: the ne bis in idem Principle and the Territorial Scope of NCA Decisions Case Comment to the Nordzucker Judgment of the Court of Justice of 22 March 2022, Case C-151/20*, "Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2022, nr 15, s. 166.

karanego czynu (przestępstwa) przez pryzmat kwalifikacji prawnej, w tym oceny chronionego dobra prawnego naruszonego przez ten czyn, natomiast druga z nich skupia się na badaniu okoliczności faktycznych danego zdarzenia jako pewnych historycznych faktów [1004]. W zależności od przyjętego podejścia, różna liczba organów ochrony konkurencji lub organów regulacyjnych może badać tę samą praktykę operatora platformy internetowej oraz nakładać kary za naruszenie prawa konkurencji lub regulacji sektorowych na tych samych przedsiębiorców.

Na gruncie prawa konkurencji, TS początkowo przyjmował**,** że ocena tożsamości czynu oparta jest na trzech przesłankach – w danej sprawie trzeba mieć do czynienia (i) z tymi samymi okolicznościami faktycznymi (te same fakty), (ii) tym samym podmiotem dopuszczającym się naruszenia oraz (iii) tym samym chronionym interesem prawnym [1005]. Tymczasem w orzecznictwie ETPC, podobnie jak w orzecznictwie TS zapadłym na gruncie art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen [1006], występują tylko dwa pierwsze z wymienionych kryteriów oceny, a zatem przy powoływaniu się na naruszenie przedmiotowej zasady regulowanej w art. 4 Protokołu nr 7 nie jest konieczne wskazywanie chronionego interesu prawnego. Pewność prawna wymaga, aby kłaść większy nacisk na ocenę historycznych faktów niż ich prawnej kwalifikacji. Im element *idem* jest bardziej określany przez odniesienie do kwalifikacji prawnej zdarzenia, tym wynik danego postępowania staje się trudniejszy do przewidzenia oraz oferuje mniejszą ochronę jednostkom. Jednocześnie, na gruncie prawa konkurencji zasada *ne bis in idem* nie zabrania karania przez kilka organów ochrony konkurencji jednej i tej samej antykonkurencyjnej praktyki na różnych terytoriach lub w odniesieniu do różnych okresów[1007].

W orzecznictwie ETPC wskazuje się, że zintegrowane podejście do karania oraz komplementarne reakcje prawne mogą być dopuszczalne, o ile nie stanowią nadmiernego obciążenia dla jednostki (uwzględniają zasadę zaliczania oraz proporcjonalności)[1008]. W tym celu należy poszukiwać odpowiedniej właściwej równowagi pomiędzy należytą ochroną

[1004] Wyrok ETPC z 10.02.2009 r. w sprawie 14939/03, *Sergey Zolotukhin przeciwko Rosji*, HUDOC.
[1005] Wyrok TS z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10, *Toshiba Corporation e.a*, EU:C:2012:72, pkt 97.
[1006] Konwencja wykonawcza do Układu z Schengen z 19.06.1990 r., Dz. Urz. WE L 239 z 2000 r., s. 19. Zob. szerzej: A. Szmigielski, *Między skutecznością równoległego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej a ochroną praw podstawowych – rozważania o zakazie podwójnego karania w jednym postępowaniu antymonopolowym w świetle sprawy C-617/17, PZU*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2018, nr 9, s. 27.
[1007] W kontekście terytorialnego aspektu działania zasady *ne bis in idem* zob. szerzej: K. Dobosz, *The Housekeeping of the Court of Justice: the ne bis in idem Principle and the Territorial Scope of NCA Decisions Case Comment to the Nordzucker Judgment of the Court of Justice of 22 March 2022, Case C-151/20*, "Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2022, nr 15, s. 157-174.
[1008] Wyrok ETPC z 15.11.2016 r. w sprawie 24130/11 i 29758/11, *A i B przeciwko Norwegii, HUDOC*.

interesów osoby chronionej zasadą *ne bis in idem* – z jednej strony – a uwzględnieniem szczególnego interesu społeczności w zakresie przyjęcia dostosowanego podejścia regulacyjnego w danej dziedzinie – z drugiej strony. Istotne jest, aby okoliczności faktyczne ustalone w jednym postępowaniu obowiązywały w drugim, a sankcje wymierzone w pierwszym postępowaniu były brane pod uwagę przy nakładaniu sankcji komplementarnej.

W opinii autora niniejszej pracy doktorskiej wyrażanej w 2018 roku, powyższe zintegrowane podejście do karania wskazywane przez ETPC, dotyczące łączenia sankcji karnych z sankcjami o charakterze administracyjnym, może być również z powodzeniem zastosowane w postępowaniach dotyczących prawa konkurencji i regulacji sektorowej[1009]. Tę tezę potwierdził wyrok TS z 22 marca 2022 roku w sprawie *bpost*[1010]. W wyroku tym Trybunał odszedł od wcześniejszej linii orzeczniczej (np. wypracowanej w sprawie *Toshiba* [1011]), mającej zastosowanie do oceny, czy doszło do naruszenia zasady *ne bis in idem* na gruncie spraw w dziedzinie prawa konkurencji poprzez rezygnację z kryterium chronionego interesu prawnego. TS uznał, że w przypadku naruszenia przedmiotowej zasady w sytuacji równoległego stosowania prawa sektorowego i prawa konkurencji zastosowanie mają zasady wypracowane na gruncie wyroku w sprawie *Menci* [1012] – który dotyczył ustawodawstwa krajowego przewidującego sankcję administracyjną i sankcję karną za ten sam czyn. W sprawie *bpost* Trybunał wskazał, że znaczącym kryterium dla celów oceny tożsamości czynu jest kryterium tożsamości zdarzenia, rozumiane jako istnienie całości, na którą składają się nierozdzielnie ze sobą związane konkretne okoliczności, które doprowadziły do uniewinnienia lub prawomocnego skazania danej osoby[1013]. Zatem art. 50 KPP zakazuje nakładania za identyczne czyny kilku sankcji o charakterze karnym po zakończeniu różnych wszczętych w tym celu postępowań. Wyrok ten ostatecznie opracował ujednolicony test europejskiej zasady *ne bis in idem* niezależnie od dziedziny prawa UE[1014]. Dostosowując się do orzecznictwa w sprawie *Menci*, TS wyjaśnił również, że zgodnie z klauzulą horyzontalną z art. 52 ust. 1 KPP, gwarancja przewidziana w art. 50 KPP może podlegać ograniczeniom, jeżeli są one przewidziane przez prawo, szanują istotę praw, i są zgodne z zasadą proporcjonalności. Zgodnie z wyrokiem w

[1009] A. Szmigielski, *Między skutecznością równoległego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej a ochroną praw podstawowych – rozważania o zakazie podwójnego karania w jednym postępowaniu antymonopolowym w świetle sprawy C-617/17, PZU*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2018, nr 9, s. 26-34.
[1010] Wyrok TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20, *bpost*, EU:C:2022:202.
[1011] Wyrok TS z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10, *Toshiba Corporation e.a*, EU:C:2012:72, pkt 97.
[1012] Wyrok TS z 20.03.2018 r. w sprawie C-524/15, *Menci*, EU:C:2018:197.
[1013] Wyrok TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20, *bpost*, EU:C:2022:202, pkt 33.
[1014] M. Cappai, G. Colangelo *Applying ne bis in idem in the aftermath of bpost and Nordzucker: The case of EU competition policy in digital markets*, "Common Market Law Review" 2023, nr 2, s. 431-456.

sprawie *bpost*, analiza chronionego interesu prawnego na gruncie postępowań dotyczących naruszeń reguł konkurencji – w przeciwieństwie do dotychczasowego orzecznictwa – nie ma zastosowania przy ocenie, czy doszło do naruszenia zasady *ne bis in idem* jako takiej, lecz przy ocenie, czy przedmiotowe naruszenie może być uzasadnione na podstawie art. 52 ust. 1 Karty, tj. przedmiotowe naruszenie jest ściśle niezbędne do ochrony „*uzupełniającego celu interesu ogólnego*”[1015].

Zgodnie z klauzulą horyzontalną wskazaną w art. 52 ust. 1 KPP – z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności – ograniczenia zasady *ne bis in idem* mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób. TS wskazał, że przepisy krajowe, które przewidują możliwość kumulacji postępowań i sankcji na podstawie przepisów sektorowych i prawa konkurencji mogą służyć realizacji celu interesu ogólnego. Postępowania takie służą bowiem celom uzupełniającym, których przedmiotem są różne aspekty tego samego bezprawnego zachowania[1016]. W wyroku w sprawie C-117/20 *bpost* Trybunał Sprawiedliwości wskazał również na konieczność przewidzenia przez państwa członkowskie zasad zapewniających: (i) koordynację pomiędzy organami prowadzącymi postępowania, (ii) aby dolegliwość wszystkich nałożonych sankcji nie przewyższyła wagi stwierdzonego naruszenia; (iii) wymóg w postaci zaistnienia wystarczająco ścisłego związku czasowego między dwoma rozpatrywanymi postępowaniami (tj. postępowaniem na gruncie prawa antymonopolowego oraz postępowaniem na gruncie regulacji sektorowej).

W konsekwencji, w przeciwieństwie do gwarancji przewidywalności wynikającej z zasady pewności prawa[1017], zapewnianej również przedsiębiorcy przez zasadę *ne bis in idem*[1018], analiza konieczności drugiego postępowania lub nałożenia kary w świetle art. 52 ust. KPP, wyjaśniona w sprawie *bpost*[1019], może być przeprowadzona wyłącznie po fakcie (*ex post*). Innymi słowy, stosowanie zasady *ne bis in idem* przestało opierać się na normatywnie określonym kryterium *ex ante* – możliwości przewidzenia z góry możliwości prowadzenia kolejnego lub równoległego postępowania. Zamiast tego staje się kryterium korygującym *ex*

[1015] Wyrok TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20, *bpost*, EU:C:2022:202, pkt 40-41.
[1016] Podobnie, kwestia relacji między prawem konkurencji a odrębnym reżimem sektorowym – na gruncie prawa krajowego była przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego. Zgodnie z tym orzecznictwem, prawo konkurencji ma zastosowanie do stosunków regulowanych przez regulację sektorową w zakresie, w jakim przepisy sektorowe nie określają wyczerpująco sytuacji prawnoadministracyjnej przedsiębiorcy regulowanego. Regulacja sektorowa jest więc komplementarna wobec prawa konkurencji. Por. wyrok SN z 19.09.2019 r., sygn. akt I NSK 81/18.
[1017] Tj. możliwości przewidzenia z góry (*ex ante*) możliwości prowadzenia kolejnego lub równoległego postępowania.
[1018] Rozumianej jako powaga rzeczy osądzonej.
[1019] Tj. uzasadnienia dla ograniczenia zasady *ne bis in idem.*

post, który może – ale nie musi – być stosowany w zależności od okoliczności oraz wysokości nałożonych sankcji. Nie jest to ochrona przed ponownym sądzeniem i karaniem za ten sam czyn. Jest to po prostu ochrona *ex post* przed nieproporcjonalnością skumulowanych lub sumarycznych sankcji[1020].

Zapewnienie standardu *ne bis in idem*, zgodnie z wykładnią dokonaną przez TS w sprawie *bpost*, znalazło odzwierciedlenie w przepisach DMA. Przywołane rozporządzenie stosuje podobny test konieczności i proporcjonalności wyrażony w sprawie *bpost* odnośnie do prowadzonych postępowań w sprawie zapewnienia zgodności z obowiązkami określonymi w art. 5, 6 i 7 DMA[1021]. Zgodnie z art. 1 ust. 5 DMA w celu zapobieżenia fragmentacji rynku wewnętrznego państwa członkowskie nie mogą nakładać na strażników dostępu – w drodze środków ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych – dodatkowych obowiązków do celów zapewnienia kontestowalnych i uczciwych rynków. Żaden z przepisów niniejszego rozporządzenia nie uniemożliwia państwom członkowskim nakładania na przedsiębiorstwa – w tym przedsiębiorstwa świadczące podstawowe usługi platformowe – obowiązków w odniesieniu do spraw wykraczających poza zakres stosowania niniejszego rozporządzenia, pod warunkiem, że są one zgodne z prawem Unii i nie wynikają z faktu posiadania przez odpowiednie przedsiębiorstwa statusu strażnika dostępu w rozumieniu niniejszego rozporządzenia.

Zgodnie z art. 1 ust. 6 DMA niniejsze rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla stosowania art. 101 i 102 TFUE. Pozostaje ono również bez uszczerbku dla stosowania a) krajowych reguł konkurencji zakazujących antykonkurencyjnych porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw, praktyk uzgodnionych i nadużyć pozycji dominującej; b) krajowych reguł konkurencji zakazujących innych form praktyk jednostronnych w zakresie, w jakim mają one również zastosowanie do przedsiębiorstw innych niż strażnicy dostępu lub w jakim wiążą się z nałożeniem dodatkowych obowiązków na strażników dostępu.

Zgodnie z art. 38 DMA Komisja i państwa członkowskie ściśle współpracują i koordynują swoje działania egzekucyjne w celu zapewnienia spójnego, skutecznego i komplementarnego

---

[1020] Opinia rzecznika generalnego M. Bobeka z 2.09.2021 r. w sprawie C-117/20, *bpost*, EU:C:2021:680, pkt 109.

[1021] Zgodnie z motywem 86 DMA: „*należy określić także odpowiednie poziomy grzywien i okresowych kar pieniężnych za niewypełnianie obowiązków i naruszanie przepisów proceduralnych (...) zgodnie z zasadami proporcjonalności i ne bis in idem. Aby zapewnić poszanowanie tych zasad, Komisja i odpowiednie organy krajowe powinny koordynować swoje wysiłki w zakresie egzekwowania. W szczególności Komisja powinna uwzględniać wszelkie grzywny i sankcje nałożone na tę samą osobę prawną w odniesieniu do tych samych faktów w drodze ostatecznej decyzji w postępowaniu dotyczącym naruszenia innych przepisów unijnych lub krajowych, tak by zapewnić, aby łącznie nałożone grzywny i sankcje odpowiadały wadze popełnionych naruszeń*".

egzekwowania dostępnych instrumentów prawnych mających zastosowanie do strażników[1022] (zob. szerzej: pkt III.2.5 pracy doktorskiej).

3.8. Konkluzje

Wyznacznikiem efektywnego stosowania prawa konkurencji na rynkach cyfrowych jest jego zdolność adaptacji do otwartego charakteru klauzul generalnych oraz jego jasność, precyzja i przewidywalność. Niejednoznaczność prawna, będąca efektem szerokich i otwartych klauzul generalnych, zmusza organy antymonopolowe do gruntownej analizy i oceny faktów w świetle celów społecznych i ekonomicznych. Rozwój technologii cyfrowych i zmiany w modelach biznesowych powodują, że interpretacja artykułów, takich jak art. 102 TFUE, staje przed wyzwaniami związanymi z niepewnością prawną. W odpowiedzi na te wyzwania, prawo konkurencji musi zapewniać stabilność, dzięki czemu przedsiębiorcy mogą przewidywać konsekwencje swoich działań.

W odpowiedzi na te potrzeby, w pracy doktorskiej zdefiniowano szereg kryteriów, które sprzyjają pewności prawa. Do tych kryteriów zalicza się: spójność w interpretacji prawa konkurencji, instrumenty prawa miękkiego przyjmowane w celu wyjaśniania priorytetów egzekwowania art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.) i kryteriów prawnych definiowania antykonkurencyjnych praktyk, identyfikację zamiaru antykonkurencyjnego (wykorzystywanie testów intencjonalnych), stosowanie odpowiedniego standardu dowodowego, zapewnienie proporcjonalności w podejmowanych interwencjach, zakaz ponownego karania lub ścigania oraz odpowiednią politykę karania w przypadku nowych teorii szkody. Każde z tych kryteriów (elementów) pełni kluczową rolę w zagwarantowaniu, że prawo konkurencji jest stosowane w sposób przewidywalny i pozbawiony arbitralności.

Klauzula generalna nadużycia pozycji dominującej wyrażona w art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiednikach tego przepisu) sama w sobie nie stanowi problemu w świetle wymogu pewności prawa oraz określoności czynów zabronionych, o ile ukształtowane orzecznictwo i praktyka decyzyjna zawierają wystarczające wytyczne co do znaczenia i zakresu tego przepisu.

[1022] W tym kontekście Komisja jest niezwłocznie informowana, jeżeli właściwy organ krajowy zamierza wszcząć dochodzenie lub nałożyć obowiązki na strażników w oparciu o krajowe przepisy dotyczące konkurencji. W szczególności zarówno Komisja, jak i właściwe organy krajowe są uprawnione do przekazywania sobie nawzajem wszelkich informacji faktycznych lub prawnych, w tym informacji poufnych. Ustanowiono również mechanizmy koordynacji między Komisją a sądami krajowymi. Ponadto, aby zapewnić spójne wdrażanie DMA z innymi przepisami sektorowymi mającymi zastosowanie do strażników, Komisję wspomaga grupa wysokiego szczebla złożona z odpowiednich europejskich organów i sieci, której rola ogranicza się do udzielania Komisji porad i ekspertyzy w dziedzinach wchodzących w zakres kompetencji jej członków.

Ochrona pewności prawa nie oznacza, że organy antymonopolowe nie mogą „odkrywać" nowych form nadużyć. Wręcz przeciwnie – otwarte brzmienie art. Zakazu nadużywania pozycji dominującej ma tę zaletę, że pozwala na dostosowanie regulacji antymonopolowej do zmian zachodzących w gospodarce. Z tego względu w obliczu rozwoju technologicznego pojawia się potrzeba rozszerzenia oraz dostosowania istniejącej listy praktyk uznawanych za nadużycie pozycji dominującej w celu objęcia dyspozycją art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.) nowych i innowacyjnych modeli biznesowych.

Zagrożeniem dla pewności prawnej jest jednak sytuacja, w której różne sądy lub organy antymonopolowe interpretują ten sam przepis prawa konkurencji na różne sposoby, nawet jeśli oceniają podobne stany faktyczne. Taka rozbieżność w interpretacji prowadzi do braku spójności zarówno na poziomie horyzontalnym, między różnymi organami administracyjnymi i sądowymi, jak i wertykalnym, pomiędzy organami krajowymi a instytucjami UE. Brak jednolitego stosowania prawa konkurencji utrudnia przedsiębiorcom przewidywanie konsekwencji swoich działań i decyzji. Różnice w wymaganiach dowodowych i interpretacji zakazu nadużywania pozycji dominującej mogą skutkować dyskrecjonalną i niespójną oceną przez organy antymonopolowe. To z kolei podważa stabilność prawną i może prowadzić do niepewności wśród podmiotów gospodarczych, co jest niekorzystne dla efektywnego funkcjonowania rynków cyfrowych.

W sytuacji niepewności prawnej i potencjalnej niespójności w egzekwowaniu polityki antymonopolowej, instrumenty prawa miękkiego pomagają przedsiębiorcom przewidzieć, co może zostać uznane za zachowanie antykonkurencyjne. Są one także istotne dla krajowych organów sądowych i konkurencji, które powinny brać je pod uwagę w swoich decyzjach. Publikacja instrumentów prawa miękkiego może być postrzegana jako ograniczenie dyskrecjonalnej władzy regulatorów rynku, co przyczynia się do zwiększenia transparentności i zgodności z zasadą praworządności. Instrumenty prawa miękkiego tworzą uzasadnione oczekiwania i są kluczowe dla ochrony pewności prawa. Są one szczególnie ważne w prawie konkurencji UE, które często korzysta z pojęć związanych z ekonomią, wymagających wyjaśnienia w kontekście analizy prawnej. W celu zapewnienia większej przewidywalności i pewności prawnej, wytyczne powinny obejmować określone kryteria prawne dla nowych form nadużyć oraz ewolucji oceny prawnej dotychczasowych form nadużyć w kontekście nowych modeli biznesowych. Powinny one być elastyczne, aby obejmować szeroki zakres praktyk, i precyzyjnie określać wymagany stopień prawdopodobieństwa wystąpienia skutków antykonkurencyjnych, w tym możliwość zrównoważenia tych skutków poprzez wzrost

efektywności. Ostatecznie, wytyczne dotyczące art. 102 TFUE powinny być oparte na jasno zdefiniowanym celu politycznym, jakim jest dobrobyt konsumentów, co ułatwi ocenę skutków antykonkurencyjnych, w tym za pomocą dowodów ekonomicznych opartych na teoriach organizacji przemysłowych oraz ekonomii behawioralnej.

W procesie egzekwowania zakazu nadużywania pozycji dominującej, aby zapewnić pewność prawną, testy prawne i standardy dowodowe powinny być stosowane w sposób, który odzwierciedla zarówno formalne, jak i merytoryczne wymogi prawa. Oznacza to, że interwencje antymonopolowe muszą być nie tylko przewidziane przepisami prawa, ale również muszą być merytorycznie uzasadnione, szczególnie w kontekście zakazu nadużywania pozycji dominującej. Stosowanie art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) wymaga od organów antymonopolowych przestrzegania systemowej spójności oraz oparcia się na przekonywujących i wiarygodnych dowodach. Te dowody muszą być wystarczająco precyzyjne i zgodne, aby spełnić określone testy prawne. Wymagany poziom prawdopodobieństwa w tych testach prawnych określa standard dowodowy potrzebny do wykazania, że doszło do ograniczenia konkurencji. Podczas opracowywania nowych teorii szkód lub adaptowania klasycznych teorii do nowych sytuacji, organy antymonopolowe muszą przedstawić stosunkowo bardziej przekonujące dowody, aby zapewnić pewność prawną. Ciężar dowodu w sytuacji sporu dotyczącego naruszenia reguł konkurencji spoczywa na organie antymonopolowym, który musi udowodnić, zgodnie z wymaganym standardem dowodowym, że warunki określonego testu prawnego zostały spełnione. W konsekwencji, aby zagwarantować pewność prawną w procesie egzekwowania art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników tego przepisu), organy antymonopolowe powinny stosować testy prawne i standardy dowodowe, które są klarowne, konsekwentne i zgodne z wymaganiami prawnymi. Taki podejście zapewni, że przedsiębiorstwa będą mogły przewidzieć konsekwencje swoich działań oraz że interwencje będą dokonywane na podstawie solidnych i przekonujących dowodów.

Aby zwiększyć pewność prawną w ramach egzekwowania art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników tego przepisu), zamiar (rozumiany zarówno subiektywnie, jak i obiektywnie) powinien być brany pod uwagę jako uzupełnienie oceny obiektywnych elementów, choć nie jest ani koniecznym, ani wystarczającym warunkiem stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej. Znaczenie intencji może być kontrowersyjne, szczególnie przy rozróżnianiu między antykonkurencyjnym zamiarem a intensywną, lecz korzystną społecznie konkurencją. Jednak uwzględnienie zamiaru może sprzyjać pewności prawnej, zwłaszcza w kontekście

nowych form nadużycia i nowatorskich teorii szkody na rynkach cyfrowych. Jest to szczególnie istotne w kontekście rynków cyfrowych, charakteryzujących się dynamicznym rozwojem i częstym pojawianiem się innowacyjnych rozwiązań, co niesie ze sobą znaczną niepewność odnośnie do przyszłych tendencji i wpływu nowych technologii na konkurencję. W tej niepewnej sytuacji, analiza wewnętrznych dowodów, takich jak wewnętrzne dokumenty wytworzone *in tempore non suspecto*[1023], ukazujących intencje przedsiębiorców, staje się szczególnie istotna. Może to pomóc w lepszym zrozumieniu ich działań, zwłaszcza w kontekście nowych form nadużycia rynkowego i teorii szkodliwości, które mogą nie być jeszcze w pełni rozpoznane i zdefiniowane przez obowiązujące przepisy. Uwzględnianie zamiaru przedsiębiorców w procesie decyzyjnym może zatem znacząco przyczynić się do zwiększenia przewidywalności i poprawności podejmowanych decyzji regulacyjnych i prawnych.

W kontekście złożonych modeli biznesowych, trudności w zastosowaniu zasady proporcjonalności, czyli wyboru adekwatnego środka regulacyjnego, stają się bardziej wyraźne. Zasada proporcjonalności wymaga, aby interwencje państwa w wolność gospodarczą i majątkową były nie tylko adekwatne i konieczne, ale również nie nadmierne w odniesieniu do osiąganych celów publicznych, takich jak ochrona konkurencji. Dalsze wyzwanie pojawia się w kontekście analizy ekonomicznej, która jest kluczowa w ocenie proporcjonalności interwencji. Organom regulacyjnym trudno jest przewidzieć długoterminowe skutki ich decyzji w kontekście szybko zmieniających się modeli biznesowych, co może prowadzić do nadmiernych lub niewystarczających interwencji antymonopolowej oraz środków przyjmowanych przez organy antymonopolowe. W rezultacie, organy ochrony konkurencji mogą zmagać się z wyborem najbardziej odpowiedniego środka, który adekwatnie zrównoważy ochronę konkurencji z potrzebą unikania niepotrzebnych ograniczeń dla innowacyjności i wzrostu gospodarczego. To z kolei wpływa na pewność prawną i może prowadzić do braku przewidywalności. W związku z tym, przedsiębiorcy, adresaci zakazu nadużywania pozycji dominującej, mogą mieć trudności z przewidzeniem konsekwencji swoich działań i decyzji inwestycyjnych w zmieniającym się środowisku rynkowym.

Zagrożenie dla pewności prawnej w kontekście interwencji antymonopolowych na rynkach cyfrowych wynika również z możliwości nakładania się różnych ram regulacyjnych. Kiedy operatorzy platform internetowych są poddawani jednocześnie regulacjom na poziomie Unii

[1023] Dokumenty wytworzone w czasie, gdy przedsiębiorca nie był stroną postępowania i nie były mu stawiane zarzuty ograniczenia konkurencji.

Europejskiej (np. DMA) oraz krajowym przepisom ochrony konkurencji i regulacjom sektorowym, może to prowadzić do sytuacji, w której to samo zachowanie przedsiębiorstwa jest oceniane i sankcjonowane w wielu różnych kontekstach prawnych. Takie nakładanie się regulacji może powodować niejasność i niepewność co do tego, jakie działania są dozwolone, jakie stanowią naruszenie przepisów, a także w zakresie potencjalnych konsekwencji tych działań. Przedsiębiorstwa mogą znaleźć się w sytuacji, w której trudno jest przewidzieć, jakie będą prawne skutki ich działań, co z kolei może hamować ich innowacyjność i chęć do ryzykowania w podejmowaniu nowych inicjatyw biznesowych. Ponadto, ryzyko wielokrotnego ścigania i karania za te same działania pod różnymi jurysdykcjami może prowadzić do naruszenia zasady *ne bis in idem*, która zapobiega podwójnemu karaniu za ten sam czyn. To zagrożenie jest szczególnie ważne w kontekście transgranicznych działalności operatorów platform internetowych działających na rynkach cyfrowych, które mogą być jednocześnie przedmiotem zainteresowania różnych organów regulacyjnych i antymonopolowych w różnych krajach. Ostatecznie, te wyzwania mogą podważać zaufanie do systemu prawnego i jego sprawiedliwości, co jest kluczowe dla utrzymania stabilnego i przewidywalnego środowiska prawnego, niezbędnego dla prawidłowego funkcjonowania rynku.

Nakładanie dotkliwych kar finansowych nie wydaje się spełniać swojej funkcji prewencyjnej, jeżeli nawet ostrożny i przestrzegający prawa przedsiębiorca nie może przewidzieć, że jego zachowanie może zostać ukarane. Dzieje się tak w szczególności, gdy badana praktyka dotyczy nowych i innowacyjnych modeli biznesowych, gdzie interwencja antymonopolowa jest szczególnie podatna na ryzyko fałszywych pozytywów. Jeżeli przedsiębiorca dominujący będzie miał wrażenie, że jego sukces związany z ulepszeniem danych usług zostanie ukarany, będzie mniej skłonny do wprowadzania innowacyjnych rozwiązań w przyszłości. Z tego względu zasada pewności prawa wymaga od organów antymonopolowych zachowania ostrożności przy nakładaniu sankcji za naruszenie art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.) w przypadku interwencji podejmowanej na rynkach cyfrowych, gdzie praktyka decyzyjna i orzecznicza na poziomie Unii nie wykształciła jeszcze wystarczająco jasnych wzorców oceny.

ROZDZIAŁ V.
PRZENOSZENIE SIŁY RYNKOWEJ NA POWIĄZANE RYNKI (TRANSFER NADUŻYCIA)

W niniejszym rozdziale została przeprowadzona analiza zachowań dotyczących przenoszenia siły rynkowej na powiązane rynki, zwanych również jako praktyki lewarujące lub transfer nadużycia. Badano ich aspekty prawne i ekonomiczne, uwzględniając przy tym zasady dotyczące stosowania kryterium niezbędności. Szczególną uwagę skoncentrowano na ramach prawno-ekonomicznych oraz analizie teorii dźwigni w kontekście strategii biznesowych platform internetowych. Rozważane były różnorodne formy transferu nadużycia oraz ich wpływ na konkurencję i rynki cyfrowe. Dodatkowo, w odniesieniu do doktryny urządzeń kluczowych omówione zostały wyjątki od konieczności stosowania kryterium niezbędności oraz kryteria pozwalające ustalić te wyjątki. Na zakończenie, rozważone zostały nowe teorie szkody dotyczące przenoszenia siły rynkowej operatorów platform na rynki powiązane.

1. Prawny i ekonomiczny charakter przenoszenia siły rynkowej

Operatorzy platform internetowych o ugruntowanej pozycji na rynku mogą wpływać na konkurencję, aby chronić swoją dotychczasową pozycję lub rozszerzać (przenosić) ją na kolejne rynki. Jedną z metod, które mogą stosować, jest przeniesienie swojej istniejącej pozycji rynkowej na rynki sąsiednie[1024] (niezdominowane) w celu rozszerzenia swojej pozycji lub ograniczenia ryzyka wejścia nowych podmiotów z tych rynków[1025]. Treść art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.) nie precyzuje, że tego rodzaju

[1024] Rynki niezdominowane, na którym ujawnił się antykonkurencyjny skutek, są różnie określane w orzecznictwie. Przykładowo w orzecznictwie sądów polskich wskazywano na określenia, takie jak rynek powiązany (zob. wyrok SN z 14.11.2008 r., sygn. akt III SK 9/08; wyrok SOKiK z 4.03.2008 r., sygn. akt XVII Ama 70/07; wyrok SOKiK z 4.01.2008 r., sygn. akt XVII Ama 72/07), rynek sąsiedni (wyrok Sądu Antymonopolowego z 11.12.2000 r., sygn. akt XVII Ama 45/00, niepubl.), rynek współzależny (wyrok SOKiK z 4.08.2008 r., sygn.. akt: XVII Ama 4/08) lub połączony (wyrok SOKiK z 9.11.2006 r., sygn.. akt: XVII Ama 114/05). K. Kohutek, *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 64.

[1025] M. Walker, *Competition policy and digital platforms: six uncontroversial propositions*, "European Competition Journal" 2020, nr 1, s. 2.

strategie rynkowe mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej [1026], lecz zostało to doprecyzowane (dookreślone) w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej[1027].

Operatorzy platform internetowych mogą być zmotywowani do przenoszenia swojej siły rynkowej na inne rynki, co częściowo wynika z ich dążenia do pozyskiwania danych generowanych na tych rynkach[1028]. Ich zdolność do ekspansji wynika z niskich kosztów przyrostowych oraz z budowy ekosystemów cyfrowych, co sprzyja rozprzestrzenianiu ich wpływów na różne segmenty rynku[1029]. Podczas gdy konsumenci, zwłaszcza w krótkim okresie, mogą odnieść korzyści z ekspansji dominującego przedsiębiorcy na sąsiednie lub nowe rynki, konkurenci mogą postrzegać to jako formę antykonkurencyjnego wykorzystywania siły rynkowej[1030]. Właściciele i zarządcy ekosystemów cyfrowych mogą wykorzystywać swoją rynkową dominację w jednym segmencie produktów lub usług, aby uzyskać przewagę na sąsiednich rynkach. Taka działalność może prowadzić do ograniczenia konkurencji na tych rynkach poprzez stawianie konkurentów w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej[1031].

1.1. Ramy prawne transferu nadużycia

Nadużycie pozycji dominującej niekoniecznie musi mieć miejsce na rynku, na którym istnieje pozycja dominująca. Zakaz nadużywania pozycji dominującej, regulowany w art. 102 TFUE oraz krajowych odpowiedników tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k., dotyczy nie tylko zachowania przedsiębiorcy na rynku jego pozycji dominującej, ale także zachowania tego przedsiębiorcy, który dąży do rozszerzenia swojej pozycji na rynku sąsiednim poprzez zakłócenie konkurencji[1032]. Tego rodzaju nadużycia występują, gdy przedsiębiorca dominujący działa na dwóch lub większej liczbie rynków odrębnych, ale wzajemnie powiązanych poziomo

[1026] Warunkiem zastosowania zakazu z art. 9 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE jest posiadanie przez danego przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym. Z powołanych przepisów nie wynika jednak wymóg, aby posiadanie pozycji dominującej, jak i nadużycie występowały na tym samym rynku właściwym. K. Kohutek, *Komentarz do art. 9 u.o.k.k.* [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.

[1027] K. Kohutek, *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 64.

[1028] D. Condorelli, J. Padilla, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World*, "Journal of Competition Law & Economics" 2020, nr 2, s. 143-187.

[1029] B. Balasingham, *Exclusionary innovation in the European Commission's decisions against Google*, "European Competition Journal" 2022, nr 3, s. 644.

[1030] R. J. Gilbert, *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*, Cambridge – Londyn 2020, s. 22.

[1031] OECD, *Executive Summary of the Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems* (2020), https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2020)2/ANN6/FINAL/en/pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 3.

[1032] Wyrok TS z 3.10.1985 r. w sprawie 311/84, *CBEM v CLT and IPB*, EU:C:1985:394, pkt 27. Niemniej jednak należy rozumieć to w szerokim znaczeniu, ponieważ w środowisku cyfrowym, różne usługi lub produkty – w przeciwieństwie do tradycyjnego modelu dystrybucyjnego – niekoniecznie muszą występować wyłącznie w takiej relacji, wystarczy że rynki będą ze sobą powiązane. W związku z tym zintegrowane z platformą usługi nie muszą koniecznie być wyłącznie oferowane na tej platformie internetowej.

lub pionowo[1033]. Jak wskazał SN: „*Przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na jednym rynku właściwym może nadużyć tej pozycji na rynku powiązanym, na którym działa, lecz pozycji dominującej nie ma, albo może przez działania na pierwotnym rynku właściwym wywołać skutki na innym rynku (transfer nadużycia pozycji dominującej)*”[1034]. W związku z powyższym, dane zachowanie może stanowić nadużycie, jeżeli przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą zmierza do rozszerzenia jej na odrębny, ale rynek powiązany (sąsiedni), co jest określane jako transfer nadużycia lub praktyka lewarująca (nadużycie lewarujące)[1035].

Praktyka lewarująca, wykorzystująca dźwignię[1036], to zatem szerokie pojęcie (kategoria praktyk) odnoszące się do wpływu, jaki praktyka stwierdzona na jednym rynku może mieć na inny[1037]. Pojęcie to może określać szereg różnych praktyk mogących stanowić nadużycie, takich jak np. sprzedaż wiązana[1038], praktyki polegające na zaniżeniu marży[1039], czy też rabaty lojalnościowe[1040]. W orzecznictwie unijnym „lewarowanie” generalnie nie jest uważane za niezależną formę nadużycia, ale za ich szeroką kategorię[1041], tj. ogólny termin (ang. *generic term*) określający szereg innych form nadużyć[1042]. W prawie unijnym teoria dźwigni została po raz pierwszy przywołana w sprawie *Microsoft* dla interpretacji praktyk dominanta polegających na odmowie udostępniania konkurentom informacji dotyczących interoperacyjności (tzw. odmowa dostaw)[1043].

Jak wskazał SN w sprawie *DROP*, dla uznania, że praktyka lewarująca stanowi nadużycie pozycji dominującej: „*konieczne jest stwierdzenie szczególnych okoliczności wskazujących na istnienie interesu ekonomicznego dominanta w ograniczeniu zakresu działania lub wykluczeniu*

[1033] Zob. np. wyrok SN z 19.02.2009 r., sygn. akt III SK 31/08.
[1034] Wyrok SN z 19.10.2016 r., sygn. akt V CSK 93/16.
[1035] K. Kohutek, *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 1, s. 64.
[1036] W tym kontekście jest to metafora opisującą, jak przedsiębiorca dominujący wykorzystuje swoją siłę rynkową jako dźwignię na jednym rynku, aby „podnieść” swoją pozycję na innym rynku.
[1037] H. Hovenkamp, F. M. S. Morton, *Framing the Chicago School of Antitrust Analysis*, “University of Pennsylvania Law School. Institute for Law and Economics Research paper” 2019, nr 19-44, s. 23; K. Kohutek, *Pojęcie nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 353.
[1038] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289.
[1039] Wyrok Sądu z 29.03.2012 r. w sprawie T-336/07, *Telefónica i Telefónica de España przeciwko Komisji*, EU:T:2012:172.
[1040] Wyrok Sądu z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01, *Michelin przeciwko Komisji*, EU:T:2003:250.
[1041] Podobnie, w doktrynie wskazuje się, że praktyki lewarujące stanowią ogólna kategorię („etykietę”) dla szeregu różnych praktyk przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą obecnego na różnych rynkach, które mogą wywierać różne skutki. Zob.: R. O’Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 250-251; P. F. Todd, *Digital Platforms and the Leverage Problem*, “Nebraska Law Review” 2019, nr 2, s. 489; F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 98; G. Monti, EC Competition Law, Cambridge 2007, s. 186.
[1042] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 163.
[1043] Decyzja KE z 24.03.2004 r. w sprawie nr COMP37.792, *Microsoft*; w pkt 1290 wyroku Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, mowa jest o „*wykluczającym zachowaniu lewarującym*”.

innych przedsiębiorców z innego rynku niż ten, na którym posiada pozycję dominującą"[1044]. Interes ten może przejawiać się nie tylko w dążeniu do wykluczania konkurentów z rynku niezdominowanego, ale także do wykluczenia z rynku zdominowanego[1045]. Analiza motywacji do angażowania się w antykonkurencyjne praktyki lewarujące ma kluczowe znaczenie, szczególnie w kontekście strategii biznesowych platform internetowych, ponieważ mogą one znacząco różnić się od tradycyjnych modeli biznesowych [1046] (zob. pkt IV.3.4 pracy doktorskiej).

Należy zauważyć, że lewarowanie, tj. przenoszenie pozycji dominującej przedsiębiorcy na sąsiedni rynek, samo w sobie nie stanowi naruszenia. W orzecznictwie wskazuje się, że przenoszenie i rozszerzenie pozycji dominującej przedsiębiorcy na sąsiedni rynek nie stanowi automatycznie dowodu na działanie sprzeczne z zasadami normalnej konkurencji, nawet jeśli taki proces prowadzi do eliminacji lub marginalizacji konkurentów[1047]. Chociaż efekt dźwigni stosowany przez przedsiębiorstwo dominujące nie jest zakazany przez art. 102 TFUE (oraz krajowe odpowiedniki tego zakazu, w tym art. 9 u.o.k.k.), artykuł ten ma jednak zastosowanie do takich praktyk[1048].

1.2. Ekonomiczna analiza teorii dźwigni (strategie biznesowe)

Teoria dźwigni, wywodząca się z doktryny ekonomicznej, zakłada, że przedsiębiorca zajmujący pozycję monopolistyczną (dominującą) na jednym rynku, może zmonopolizować inny, konkurencyjny rynek, za pomocą dźwigni (ang. *leverage*) dostarczonej przez siłę rynkową, jaką zajmuje na pierwszym rynku[1049]. Według przedstawicieli szkoły chicagowskiej, monopolista zwykle angażuje się w lewarowanie z powodów prokonkurencyjnych lub też z przyczyn neutralnych na konkurencję. Zgodnie z teorią pojedynczego zysku monopolisty, przedsiębiorca będący monopolistą na jednym z rynków nie posiada ekonomicznego interesu w przeniesieniu swojej pozycji na kolejny rynek w celu jego monopolizacji. Lewarowanie nie ma ekonomicznego sensu, ponieważ zyski monopolistów można osiągnąć tylko raz[1050]. W

[1044] Wyrok SN z 19.02.2009 r., sygn. akt III SK 31/08.
[1045] K. Kohutek, *Komentarz do art. 9 u.o.k.k.* [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
[1046] Podobnie w literaturze przedmiotu podkreśla się, że w przypadkach lewarowania dominujących operatorów platform internetowych, motywacje dla lewarowania zasługują na bardziej wyeksponowaną rolę w analizie. F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 102.
[1047] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 162.
[1048] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 164.
[1049] I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 19.
[1050] Szczegółowa analiza w tym zakresie została przedstawiona w literaturze. Zob.: F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 99-100; S. Holzweber, *Tying and bundling in the digital era*, "European Competition Journal" 2018, nr 2-3, s. 346-351; H. Hovenkamp, F. M. S. Morton,

przypadku platformy o znacznej sile rynkowej jest tylko jedno źródło „monopolistycznego" zysku. W określonych okolicznościach niemożliwe jest zatem, aby dominujący operatorzy platform internetowych posiadali bodźce do angażowania się w określone praktyki lewarowania, nawet jeśli mieliby oni siłę rynkową potrzebną do ich realizacji[1051].

Niektórzy komentatorzy zakwestionowali możliwość istnienia zachęty do wykluczenia, np. twierdząc, że w interesie operatora platformy leży utrzymanie działania aplikacji lub usług uzupełniających, ponieważ stanowią one główne źródło zysków. Twierdzono również, że nawet gdyby doszło do wykluczenia, nie byłoby to antykonkurencyjne, ponieważ rynki cyfrowe charakteryzują się zerowymi cenami dla konsumentów[1052]. Istotnie, ekonomia platform, opisana w niniejszej pracy doktorskiej, ogranicza do pewnego stopnia bodźce operatorów platform internetowych do angażowania się w antykonkurencyjne zachowania. Wartość platformy dla konsumentów jest w dużej mierze określana przez jej zewnętrznych dostawców, a przez to strategia wykluczenia tych dostawców szkodzi platformie i wydaje się zatem nieracjonalna. Odzwierciedla to argument tzw. internalizujących efektywności komplementarnych (ang. *internalizing complementary efficiencies*), który zakłada, że operatorzy platform zazwyczaj czerpią korzyści z obecności zewnętrznych dostawców („komplementariuszy"), ponieważ internalizują swoje efektywności (m.in. poprzez nakładane na nich prowizje)[1053]. Zgodnie z tym, nawet monopolista ma bodźce do zapewnienia dostępu do swojej platformy, gdy jest to efektywne, i odmówią dostępu tylko wtedy, gdy byłby on ekonomicznie nieuzasadniony[1054].

W późniejszych badaniach ekonomicznych starano się zidentyfikować scenariusze, w których założenia szkoły chicagowskiej nie mają zastosowania, a zatem, w których praktyki lewarujące

---

Framing the Chicago School of Antitrust Analysis, "University of Pennsylvania Law School. Institute for Law and Economics Research paper" 2019, nr 19-44, s. 23.

[1051] Przykładowo najprostszym sposobem zwiększenia zysku przez dominującego operatora platformy internetowej byłoby zwiększenie prowizji lub abonamentu płaconego przez dostawców (użytkowników biznesowych), korzystających z tej platformy. W przypadku wertykalnej integracji, według przedstawicieli tej szkoły, musi istnieć prokonkurencyjne wyjaśnienie działań operatora platformy (inne niż chęć ograniczenia konkurencji), np. zwiększenie efektywności.

[1052] R. H. Bork, J. Gregory Sidak, *What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google?*, "Journal of Competition Law & Economics" 2012, nr 4, s. 663-700; P. Akman, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, "Journal of Law, Technology and Policy" 2017, nr 2, s. 362-363.

[1053] Internalizacja efektów zewnętrznych odnosi się do procesu włączania kosztów lub korzyści zewnętrznych działalności gospodarczej do procesu decyzyjnego zaangażowanych stron. L. M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 1093.

[1054] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 106; J. Farrell, P. J. Weiser, *Modularity Modularity, Vertical Integr tical Integration, and Open Access P ation, and Open Access Policies: olicies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*, "Harvard Journal of Law & Technology" 2003, nr 1, s. 89.

mogą zostać wykorzystana do wykluczenia konkurencji[1055]. Przykładowo, Google nie pobiera opłat w formie pieniężnej od właścicieli stron internetowych (np. porównywark cenowych) za włączenie ich do swoich naturalnych wyników wyszukiwania, ani opłat od konsumentów za udostępnianie im tych wyników wyszukiwania. Model biznesowy Google opiera się na zarabianiu poprzez przyciąganie uwagi użytkowników, a następnie wyświetlanie im reklam. W związku z tym teoria pojedynczego zysku monopolisty, w przypadku transferu siły rynkowej Google na rynek porównywark cenowych, nie miałaby zastosowania. Degradując konkurencyjne porównywarki cenowe i promując swoją porównywarkę cenową, Google mógłby zwiększyć zyski: potencjalni nabywcy szukający produktów byli kierowani do porównywarki cenowej Google (z linkami do ofert sprzedawców) lub bezpośrednio do witryn sprzedawców, na czym Google zarabiał[1056]. Teoretycznie ta teoria miałaby zastosowanie, jeśli dostawcy konkurencyjnych usług porównywania cen dążyliby do zachowania widoczności w naturalnych wynikach wyszukiwania Google. W przypadku degradacji ich miejsca w wynikach wyszukiwania na skutek praktyki lewarowania, mogliby oni uczestniczyć w aukcjach Google Ads, a w przypadku kliknięcia przez konsumentów w ich linki, Google otrzymywałby za to zapłatę[1057]. Model biznesowy oparty na zarabianiu na reklamach ogranicza zdolność operatora platformy do pobierania opłat od stron trzecich, które wykorzystują dane generowane przez operatora[1058] (zob. pkt I.2.3.6 pracy doktorskiej). Platforma może mieć jednak motywację do zamknięcia dostępu do tych danych i zamiast tego zwiększyć sprzedaż własnych konkurencyjnych usług reklamowych.

[1055] Rozwój nauk ekonomicznych, w szczególności wprowadzenie rygorystycznej analizy opartej na teorii ekonomicznej, zdecydowanie potwierdziły, że argumenty szkoły chicagowskiej nie zawsze się sprawdzają, a piśmiennictwo ekonomiczne z zakresu polityki konkurencji przytacza na to liczne przykłady. Najczęściej osiąga się to przez bardziej precyzyjny i rygorystyczny opis kluczowych barier, z którymi spotykają się strony. OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 41-42.

[1056] T. Höppner, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse*, "European Competition and Regulatory Law Review" 2017, nr 3, s. 208-221.

[1057] Strategia przenoszenia siły rynkowej z rynku dominującego (wyszukiwania ogólnego) na rynek sąsiedni (wyszukiwania specjalistycznego) mogłaby być zatem nieopłacalna dla Google, gdyby spowodowała odwrócenie użytkowników od wyszukiwania ogólnego do jego usług specjalistycznych, co skutkowałoby utratą monopolistycznych zysków z Google Ads (dawniej AdWords). E. Iacobucci, F. Ducci, *The Google search case in Europe: tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets*, "European Journal of Law and Economics" 2019, nr 47, s. 15-42. W tym zakresie należałoby jednak zbadać, czy zyski uzyskiwane z usług porównywania cen byłyby wyższe niż utracone zyski z braku korzystania przez wykluczonych użytkowników biznesowych z Google Ads. W literaturze zauważono bowiem, że marże zysku uzyskiwane z usług specjalistycznych (porównywania cen) są wyższe niż z innych usług reklamowych Google. Specjalistyczne reklamy produktów z atrakcyjnymi zdjęciami i informacjami o cenie (napędzane przez usługi porównywania cen) mają wyższą stawkę kliknięć i wskaźnik konwersji dla wyszukiwań związanych z zakupami w porównaniu ze standardowymi reklamami tekstowymi wyświetlanymi w wynikach wyszukiwania. T. Höppner, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse*, "European Competition and Regulatory Law Review" 2017, nr 3, s. 217.

[1058] Przykładowo, przeglądarka internetowa Chrome należąca do Google zezwala stronom internetowym na korzystanie z plików cookie i w tym zakresie zbierać dane o internautach.

Podobnie, w świetle powyższej teorii pojedynczego zysku monopolisty, dominujący operator platformy handlu elektronicznego (np. Amazon) nie miałby motywacji do przenoszenia swojej pozycji z rynku usług pośrednictwa w sprzedaży internetowej na platformach handlu elektronicznego do rynku sprzedaży detalicznej, np. faworyzuje własny sklep internetowy, w przypadku gdy zysk z prowizji uiszczanej przez niezależnych sprzedawców byłby wyższy niż ten uzyskiwany dzięki własnej sprzedaży detalicznej na platformie[1059].

Według teorii dynamicznego wykluczenia prawdopodobieństwo wejścia na rynek wyższego szczebla może zależeć od sukcesu rynkowego rywali na rynku niższego szczebla lub rynku uzupełniającym. Przykładowo, przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą oferujący produkt lub usługę uzupełniającą – na rynku charakteryzującym się silnymi efektami sieciowymi – może potrzebować wystarczająco silnej bazy klientów, jeśli chce osiągnąć wymagany popyt na produkt podstawowy. W takim przypadku przedsiębiorca posiadający pozycje dominującą na rynku produktu pierwotnego może mieć motywację do zamknięcia dostępu do rynku konkurentowi działającemu na rynku niższego szczebla szczebla lub rynku uzupełniającym w celu ochrony swojej pozycji na rynku wyższego szczebla, tj. na rynku pierowtnym[1060].

Na dynamicznej teorii wykluczenia bazuje skarga FTC przeciwko Facebookowi[1061]. W skardze przedstawiono dokumenty wewnętrzne, z których wynika, że dyrektorzy Facebooka byli szczególnie zaniepokojeni możliwymi wyzwaniami dla monopolu w sieciach społecznościowych ze strony przedsiębiorców działających na sąsiednich rynkach, takich jak aplikacje do przesyłania wiadomości lub aplikacje z funkcjami społecznościowymi. Doprowadziło to nie tylko do przejęcia Instagrama i WhatsAppa, ale także do umożliwienia interoperacyjności takich aplikacji jedynie pod surowymi (i ściśle egzekwowanymi) warunkami, m.in. zobowiązującymi przedsiębiorcy do niekonkurowania (ani wspierania aplikacji, które mogłyby konkurować) z Facebookiem[1062]. Z kolei Apple wymaga, aby inne przeglądarki korzystały z silnika przeglądarki Apple WebKit w swoim systemie operacyjnym iOS, utrudniając w ten sposób rozwój niektórych aplikacji i usług, takich jak gry w chmurze i

[1059] Należy jednak wziąć pod uwagę, że potencjalne zyski lub straty należy rozumiec szeroko. Zyski nie obejmują wyłącznie kwestii finansowych, ale również korzyści strategiczne, np. w postaci zwiększenia barier wejścia dla konkurentów. F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 107.

[1060] Zob. szerzej: M. Motta, *Self- Preferencing and Foreclosure in Digital Markets: Theories of Harm for Abuse Cases*, "BSE Working Papper" 2022, nr 1374, s. 4-5.

[1061] W kontekscie teorii dynamicznego wykluczenia FTC może argumentować, iż Facebook stosował praktyki lewarujące, aby utrzymać swoją dominującą pozycję na rynku sieci społecznościowych, co mogłoby naruszać przepisy antymonopolowe.

[1062] Federal Trade Commission, przeciwko Facebook, Inc. Opis sprawy jest dostępy na stronie: https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v (data dostępu: 15.12.2023 r.).

aplikacje internetowe, które umożliwiłyby użytkownikom dostęp do treści bez polegania na sklepie z aplikacjami[1063].

Operator platformy przenosząc swoją siłę rynkową na sąsiedni rynek może także podnosić koszty konkurencyjnych platform internetowych. Przykładowo włoski organ antymonopolowy uznał, że Amazon zniechęca zewnętrznych sprzedawców do polegania na usługach logistycznych konkurujących z usługami logistycznymi Amazon. Odmawiając skalę konkurencyjnym usługom logistycznym (podnosząc im koszty), konkurencyjne platformy handlu elektronicznego nie mogą polegać na wydajnej wysyłce (usługach logistycznych) i z kolei byłyby mniej atrakcyjne dla konsumentów, w porównaniu z platformą Amazon[1064].

1.3. Rodzaje transferu nadużycia

Praktyka decyzyjna i orzecznicza z zakresu prawa antymonopolowego pozwala rozróżnić dwa podstawowe przejawy lewarowania, a mianowicie: (i) lewarowanie ofensywne („tradycyjne"), w którym przedsiębiorca dominujący przenosi i rozszerza swoją pozycję dominującą na sąsiedni, ale odrębny rynek, aby zapewnić sobie kontrolę nad tym rynkiem; (ii) lewarowanie defensywne („dynamiczne"), w którym przedsiębiorca dominujący zamyka dostęp do rynku potencjalnym konkurentom, którzy w dłuższej perspektywie mogliby zagrozić jego pozycji dominującej [1065].

Sytuacja lewarowania ofensywnego zachodzi wówczas, gdy przedsiębiorca dominujący najpierw zajmuje pozycję dominującą na określonym rynku (tj. na rynku pierwotnym), a następnie dąży do zdobycia siły rynkowej na rynku powiązanym, na którym jeszcze nie uzyskał dominacji (tj. na rynku wtórnym). W tym przypadku przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą uzyskuje nieuzasadnioną przewagę na rynku wtórnym poprzez wykorzystanie swojej pozycji na rynku pierwotnym. Korzyść jest nieuzasadniona, jeżeli opiera się wyłącznie na wykorzystaniu siły rynkowej na rynku pierwotnym, a nie na lepszym produkcie lub cenie na rynku wtórnym. Konkurencja może ulec zakłóceniu, gdy dominujący przedsiębiorca wchodzi na rynek wtórny lub rozwija tam swoją działalność wykorzystując środki dostępne mu jedynie

[1063] CMA, *Mobile Ecosystems Market Study*, Londyn 2022, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1138104/Mobile_Ecosystems_Final_Report_amended_2.pdf (data dostępu: 1.12.2023).
[1064] Decyzja AGCM w sprawie *Amazon*.
[1065] P. Crocioni, *Leveraging of market power in emerging markets: A review of cases, literature, and a suggested framework*, "Journal of Competition Law and Economics" 2008, nr 2, s. 491; R. Feldman, *Defensive Leveraging in Antitrust*, "Georgetown Law Journal" 1999, nt 87, s. 2079-2115; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2017, s. 378; P. F. Todd, *Digital Platforms and the Leverage Problem*, "Nebraska Law Review" 2019, nr 2, s. 512; Raport Crémera, s. 7.

dzięki dominacji na rynku pierwotnym. Takie działanie, bazujące na sile rynkowej, a nie na konkurencyjności produktu czy cenie, może prowadzić do nieuczciwej (nieuzasadnionej) przewagi na rynku wtórnym[1066].

Jako przykład lewarowania defensywnego można wskazać sprawę *Google Android*[1067]. W ocenie KE, ze względu na rozprzestrzenianie się smartfonów, Google obawiał się migracji wyszukiwań internetowych na urządzeniach stacjonarnych do wyszukiwań internetowych na urządzeniach mobilnych. Skłoniło to Google do wprowadzenia szeregu praktyk, w tym warunkowania licencjonowania sklepu z aplikacjami Google (tj. Sklepu Play) po wstępnej instalacji aplikacji wyszukiwarka Google i aplikacji przeglądarki (Chrome), aby zapewnić użytkownikom dalsze korzystanie z wyszukiwarki Google na urządzeniach mobilnych. Z kolei Microsoft, poprzez wiązanie przeglądarki Internet Explorer z systemem operacyjnym Windows, został oskarżony o ograniczenie ekspansji Netscape (konkurencyjnej przeglądarki internetowej), Netscape wykorzystywał język programowania (Java), który umożliwiało uruchamianie aplikacji w wielu systemach operacyjnych. Ewentualny sukces Netscape stanowiłby zachętę dla programistów (i użytkowników) do korzystania z Javy, z ryzykiem stworzenia podstaw dla rozwoju nowych systemów operacyjnych[1068].

W odniesieniu do relacji między rynkami właściwymi nadużycia lewarujące mogą ujawniać się zarówno w kontekście rynków, które są na tym samym poziomie działalności (horyzontalnie), jak i w kontekście rynków, które znajdują się na różnych poziomach łańcucha dostaw lub dystrybucji (wertykalnie), względem rynku, na którym przedsiębiorca posiada pozycję dominującą. W pierwszym przypadku dominat może dążyć do rozszerzenia swojej pozycji na powiązane (sąsiednie) rynki. Związek między rynkami może mieć charakter horyzontalny w tym sensie, że oba rynki znajdują się na tym samym poziomie łańcucha wartości, np. dwie aplikacje działające w tym samym systemie operacyjnym. W drugim przypadku, dominant może odmawiać innemu przedsiębiorcy dostępu do „wkładu wejściowego" (ang. *input*) niezbędnego do konkurowania z operatorem zasiedziałym na rynku wyższego szczebla[1069]. Różnica w relacjach między rynkami (tj. relacja horyzontalna lub wertykalna) jest istotna przy określeniu prawdopodobnych problemów w danej sprawie. W sytuacji, gdy związek między dwoma produktami jest horyzontalny, konkurenci, co do zasady, nie znajdują się w sytuacji, w

[1066] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 176.
[1067] Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android.*
[1068] M. Motta, *Self- Preferencing and Foreclosure in Digital Markets: Theories of Harm for Abuse Cases*, "BSE Working Papper" 2022, nr 1374, s. 5;
[1069] I. P. Colomo, *What is an Abuse of a Dominant Position? Deconstructing the Prohibition and Categorizing Practices* (2021), https://ssrn.com/abstract=3864292 (data dostępu: 1.12.2023), s. 20.

której są dodatkowo klientami lub dostawcami przedsiębiorcy dominującego. Gdy związek między rynkami jest wertykalny, operator platformy może podwójny status (kontrahenta i konkurenta). W tym przypadku interwencja antymonopolowa będzie często obejmować regulację warunków, na jakich dominujący przedsiębiorcy zintegrowane pionowo współpracują z konkurentami[1070].

1.4. Konkluzje

Praktyki lewarujące stanowią szeroką kategorię działań rynkowych, która obejmuje wiele form nadużycia, takich jak wiązanie, odmowa dostaw, czy dyskryminacja. Koncepcja lewarowania zakłada, że zakaz nadużywania pozycji dominującej ma zastosowanie do oceny zachowań przedsiębiorcy dominującego na rynkach innych niż te, na których posiada on pozycję dominującą. Praktyki te, rozumiane jako wykorzystywanie istniejącej pozycji rynkowej przedsiębiorcy w jednym rynku do przeniesienia (umocnienia bądź rozszerzenia) jego wpływów w innym, nabierają istotnego znaczenia w kontekście dynamicznie ewoluujących rynków cyfrowych. Operatorzy rynkowi na tych rynkach często poszukują możliwości rozszerzenia swojej działalności, wchodząc na sąsiednie rynki, co może mieć różnorodne implikacje. Lewarowanie samo w sobie nie jest automatycznie uznawane za działanie ograniczające konkurencję. W rzeczywistości, w niektórych przypadkach, może przynosić korzyści konkurencyjne, np. poprzez zwiększenie efektywności lub innowacyjności. Jednakże obserwacje nowych strategii biznesowych na rynkach cyfrowych rzucają wyzwanie kategorycznemu stwierdzeniu, że przedsiębiorca będący monopolistą na jednym rynku nie ma ekonomicznego interesu w przenoszeniu swojej dominującej pozycji na kolejny rynek.

Lewarowania może przybierać zarówno charakter ofensywny, jak i defensywny. W podejściu ofensywnym, przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą rozszerza swoją pozycję rynkową na sąsiednie rynki, wykorzystując swoje zasoby i wpływy do zdobycia pozycji na sąsiednich, nowych rynkach. Natomiast w podejściu defensywnym, przedsiębiorca dominujący może starać się zamknąć dostęp do rynku dla potencjalnych konkurentów, chroniąc tym samym swoją pozycję. Taka strategia defensywna może być motywowana obawą, że nowi konkurenci, rosnąc w siłę, mogliby w przyszłości zagrozić jego dominującej pozycji. W kontekście rynków cyfrowych, charakteryzujących się szybkim tempem adaptacji i innowacji, wspomniane praktyki lewarujące mogą mieć znaczący wpływ na kształtowanie struktur rynkowych, a także na długoterminową konkurencyjność i innowacyjność sektora cyfrowego. Wymaga to

[1070] *Ibidem.*

dokładnego monitorowania oraz ewentualnej regulacji tych działań w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji i innowacyjności na rynkach cyfrowych. Jednocześnie, istotne jest, aby regulacje te były skonstruowane w sposób umożliwiający utrzymanie prokonkurencyjnych aspektów lewarowania, tak aby nie stłumić innowacji i rozwoju, które są kluczowe dla dynamiki i postępu na tych rynkach.

2. Kryteria odróżniające poszczególne kategorie praktyk lewarowania

Odpowiednia kategoria (forma) praktyki nadużycia pozycji dominującej ma kluczowy wpływ na standard prawny oceny zachowania dominanta, co zostało wyjaśnione w pkt IV.3.1 i IV.3.3 pracy doktorskiej. Dla każdego indywidualnego rodzaju antykonkurencyjnych praktyk polegających na przenoszeniu siły rynkowej orzecznictwo wskazuje na konkretne kryteria, które odróżniają dane zachowanie od konkurencji merytorycznej i sprawiają, że ma ono znamiona nadużycia. W przypadku niektórych zachowań, w szczególności odnoszących się do odmowy dostaw, organ antymonopolowy musi spełnić rygorystyczne i trudne do spełnienia kryterium „niezbędności" danego zasobu, zgodnie z doktryną urządzeń kluczowych[1071]. W ocenie autora niniejszej pracy doktorskiej. złożoność okoliczności rozstrzyganych spraw dotyczących nowych modeli biznesowych na rynkach cyfrowych sprawiają jednak, że może dojść do zatarcia granic pomiędzy różnymi rodzajami praktyk lewarowania.

Konieczność zastosowania kryteriów prawnych dla stypizowanych naruszeń zakazu nadużycia pozycji dominującej zależy od istoty i charakteru kryteriów materialnoprawnych art. 102 TFUE (oraz krajowych odpowiedników tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.), a nie od określenia nazwy tego zachowania lub sposobu sformułowania danego zachowania przez organ antymonopolowy[1072]. Analiza, czy istnieją antykonkurencyjne skutki danego zachowania (np. antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku), musi opierać się przy tym na jasnych zasadach – możliwych z góry do przewidzenia – które umożliwią dominantowi rozwój danej platformy internetowej w sposób zgodny z prawem konkurencji, np. w postaci zaprojektowania i ulepszenia swoich produktów lub usług świadczonych za pośrednictwem tej platformy. Niepewność w tym zakresie oraz doraźne kryteria oceny, oparte na relatywnie niskim standardzie dowodowym mogą być sprzeczne z wymogiem zapewnienia pewności prawa[1073].

[1071] Jest to przedmiotem szczegółowych rozwań w pkt VIII.1.4.1 pracy doktorskiej.
[1072] Wyrok Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel przeciwko Komisji*, EU:T:2014:547, pkt 219.
[1073] A. Szmigielski, *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2019, nr 10, s. 32. Było to przedmiotem analizy w pkt IV.1 pracy doktorskiej.

Przeprowadzona analiza wykazała, że praktyki lewarowania oraz strategie biznesowe operatorów platform internetowych obejmują bardzo zróżnicowany zakres praktyk, dla których zastosowanie tego samego testu prawnego nie byłoby właściwe. Ze względu na to, że wymagania dotyczące ustalenia nadużycia różnią się w zależności od zastosowanego testu prawnego istnieje ryzyko, że kategoryzowanie danej praktyki może być dokonywane przez organ ochrony konkurencji w sposób dyskrecjonalny, tj. z zmyślą o jak najmniejszym standardzie dowodowym oraz uniknięciu wykazywania przesłanki „niezbędności". Uznanie przez organy antymonopolowe, że niektóre zachowania stanowią nową i niezależną teorię szkody rozszerzyłoby z kolei zakres zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej na zachowanie, które nie są oceniane zgodnie z istniejącymi kategoriami prawnymi (np. dyskryminacja, sprzedaż wiązana, odmowa dostaw). Pojawia się w związku z tym pytanie, jakie są kryteria odróżniające praktyki poszczególne rodzaje (formy) praktyk lewarowania oraz czy organy antymonopolowe nie obchodzą rygorystycznych wymogów doktryny urządzeń kluczowych, poszerzając zakres innych nadużyć lub „odkrywając" nowe rodzaje nadużyć. Nie byłoby to pożądane z punktu widzenia pewności prawa.

2.1. Wyjątki od wymogu zastosowania kryterium niezbędności

Prawie każde nadużycie na rynkach cyfrowych polegające na transferze nadużycia przez zintegrowanego wertykalnie przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą można określić jako „odmowę"[1074]. Na przykład „wiązanie" można uznać za odmowę dostarczenia jednego produktu bez drugiego. Faworyzowanie własnych produktów lub usług poprzez wyłączny dostęp do określonych funkcji (np. przestrzeni reklamowej) lub danych można postrzegać jako odmowę dostępu do platformy (wkładu) dla kontrahentów, będących jednocześnie konkurentami dominanta na rynku niższego szczebla[1075]. Z jednej strony, w przypadku zastosowania kryterium niezbędności nastąpiłoby ograniczenie swobody decyzyjnej organów antymonopolowych w zakresie stosowania art. 102 TFUE do spraw dotyczących infrastruktury kluczowej. Z drugiej strony, jak wskazał Sąd w sprawie *Google Shopping*: „*Nie każda kwestia*

[1074] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 234.

[1075] Przyjęcie odpowiedniej klasyfikacji prawnej w kontekście praktyki *self-preferencing* było przedmiotem ożywionej debaty w literaturze prawniczej oraz w orzecznictwie, w szczególności w kontekście sprawy *Google Shopping*. Google umieścił w wynikach wyszukiwania tylko swoją własną usługę porównywania cen, jednocześnie degradując konkurencyjne usługi porównywarek cenowych. Zachowanie przedsiębiorcy Google nie pasowało do żadnej z ustalonych kategorii nadużyć, a jednocześnie obejmowało pewne elementy nazwanych praktyk nadużycia, w szczególności sprzedaży wiązanej, dyskryminacji i odmowy kontraktowania (dostawy). W doktrynie wskazano, że kategoria faworyzowania jest zbyt nieprecyzyjna i może obejmować praktyki polegające na odmowie kontraktowania. Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 201; zob. szerzej: A. Szmigielski, *Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8, s. 40; P. Akman, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, "Journal of Law, Technology and Policy" 2017, nr 2.

dotycząca, w całości lub częściowo, dostępu (...) musi pociągać za sobą zastosowanie przesłanek określonych w wyroku z dnia 26 listopada 1998 r., Bronner"[1076]. Jest jednak niejasne, do jakich konkretnych sytuacji ma zastosowanie doktryna *Bronner*, ponieważ większość rodzajów nadużyć można skonstruować jako „dorozumiane" lub „konstruktywne" odmowy transakcji[1077]. Chociaż trwa dyskusja na temat klasyfikacji zachowań w takich przypadkach, wielu autorów opowiada się za uznaniem omawianych zachowań za odmowy zawarcia umowy (odmowy dostaw)[1078].

2.1.1. Kryterium środka zaradczego

W piśmiennictwie zasugerowano, że wymóg „niezbędności" oraz klasyfikacja zachowania zintegrowanych pionowo platform internetowych, odmawiających swoim konkurentom dostępu do platformy lub zasobów na określonych zasadach, należy oceniać z perspektywy przyjmowanych przez organy antymonopolowe środków zaradczych[1079]. Jeśli środki zaradcze są proaktywne (tj. wymagają pozytywnego zobowiązania), wymóg niezbędności należy uznać za część testu prawnego mającego zastosowanie do badanej sprawy. W takich sytuacjach środki zaradcze nakładane przez organy antymonopolowe polegają *de facto* na zobowiązaniu do zawierania transakcji. Wynika to z nakładanego zwykle w takich sytuacjach wymogu zapewnienia dostępu do określonych zasobów konkurentom działającym na rynku niższego szczebla na takich samych zasadach, jakie stosuje przedsiębiorca dominujący w stosunku do własnej działalności gospodarczej (lub jednostki zależnej). W takim przypadku dominujący operator platformy musiałby aktywnie wspierać swoich konkurentów. Jest to środek zaradczy, który mógłby zostać nałożony przez organ antymonopolowy w przypadku uznania odmowy zawarcia transakcji za nadużycie w ramach doktryny urządzeń kluczowych[1080]. Wymóg niezbędności nie miałby natomiast zastosowania w przypadkach, w których środek zaradczy związany z odmową zawarcia transakcji (dostępem do określonych zasobów platformy) ma charakter „reaktywny". Reaktywny środek zaradczy to taki, który nakłada na przedsiębiorcę

[1076] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 230.
[1077] Jak zauważył rzecznik generalny H. Saugmandsgaarda Øe w swojej opinii sprawie C-152/19 P, Deutsche Telekom przeciwko Komisji, EU:C:2020:678 (pkt 85): „*Ostatecznie można by się zastanawiać, czy każda praktyka stanowiąca nadużycie nie stanowi, w pewien sposób, dorozumianej odmowy dostępu, skoro wszelkie utrudnienia narzucone przez przedsiębiorstwo dominujące mogą zniechęcać potencjalnych klientów do skorzystania z oferowanych przez nie towarów i usług.*"
[1078] Zob. m.in. B. Vesterdorf, *Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?* "Competition Law & Policy Debate" 2015, nr 1, s. 6-9; P. Akman, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, "Journal of Law, Technology and Policy" 2017, nr 2, s. 307-308.
[1079] Kryterium takie zaproponował P. I. Colomo. Zob. P. I. Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, nr 9, s. 532-551.
[1080] *Ibidem*.

posiadającego pozycję dominującą obowiązek o charakterze negatywnym, którym można zarządzać jednorazowo, w tym nakaz zaprzestania naruszenia (ang. *cease-and-desist order*)[1081].

Taki wniosek byłby spójny z decyzją w sprawie *Google Shopping,* gdzie Komisja uznała, że kryterium niezbędności było nierelewantne do oceny zachowania Google. Komisja wymaga jedynie, by „*Google zaprzestał praktyk*", a nie by przeniósł aktywa lub zawarł nowe umowy. Komisja pozostawiła Google wybór środków zapewniających równe traktowanie między jej porównywarką produktów a konkurencyjnymi, co obejmowało albo możliwość dalszego wyświetlania *Shopping Units* na jej ogólnych wynikach strony poprzez włączenie do nich, na podstawie umów, wyników pochodzących z konkurencyjnych porównywarek produktów, albo możliwość zaprzestania wyświetlania *Shopping Units*[1082].

Należy wskazać, że klasyfikacja danego zachowania oraz ocena kryterium niezbędności w zależności od charakteru środka zaradczego może naruszać zasadę pewności prawa. Takie podejście dawałaby organom antymonopolowym swobodę decydowania, kiedy, czy i ewentualnie kiedy należy zastosować, a kiedy nie, to kryterium. Komisja w swojej praktyce decyzyjnej wskazuje bowiem, że nie musi wykazywać niezbędności wkładu, gdy nakłada środek zaradczy, w którym nie nakłada sztywnie określonego obowiązku (np. przekazania lub zbycia składnika majątku), ale raczej nakazuje przedsiębiorcy posiadającemu pozycję dominującą zaprzestania postępowania i przestrzegania zasady równego traktowania, pozostawiając swobodę co do sposobu jego wykonania przez przedsiębiorcę[1083]. W praktyce reaktywny środek zaradczy często prowadzi do pozytywnego zobowiązania przedsiębiorstwa dominującego do zmiany jego praktyk biznesowych. Na przykład środek zaradczy nałożony na Google w sprawie *Google Shopping* w rzeczywistości doprowadził do pozytywnego zobowiązania Google do zmiany projektu i sposobu działania swojej wyszukiwarki[1084]. Forma danego środka zaradczego może nie przekładać się na faktyczny skutek oraz zakres wyboru pozostawiony przedsiębiorcy dominującemu.

W opinii autora niniejszej pracy klasyfikacja danego zachowania oraz ocena kryterium niezbędności w zależności od charakteru środka zaradczego nie jest także zasadna z perspektywy skuteczności interwencji antymonopolowej na rynkach cyfrowych. W przypadku

---

[1081] P. I. Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, nr 9, s. 551
[1082] Decyzja KE z 27.062017 r. w sprawie nr AT.39740, *Google Shopping*, pkt 651.
[1083] *Ibidem*.
[1084] P. Mardsen, *Google Shopping for the Empress's New Clothes – When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it)*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2020, nr 10, s. 553-560.

nowych i złożonych zachowań na tych rynkach, chociaż środek zaradczy może być proaktywny, to nie należy automatycznie klasyfikować różnych zachowań dominanta w ten sam sposób. Przyjmując analogię medyczną, to że dany lek może być stosowany do leczenia różnych chorób nie oznacza, że każda z tych chorób jest taka sama oraz rozróżnienie danych chorób jest bezużyteczne[1085].

W ocenie autora niniejszej pracy wymóg wykazywania niezbędności, ze względu na restrykcyjny charakter tej przesłanki, mógłby uniemożliwić podejmowanie skutecznej interwencji przez organy ochrony konkurencji, gdy dane zachowanie miałoby odrębny charakter niż „klasyczne" przypadki odmowy dostaw lub okoliczności sprawy wymagałyby przyjęcie innej klasyfikacji prawnej. Podobnie, w ocenie Sądu w sprawie *Google Shopping*: „*nie może istnieć automatyczne przełożenie między kryteriami kwalifikacji prawnej nadużycia a środkami zaradczymi stosowanymi w celu jego usunięcia*"[1086] oraz „*kryterium konieczności zbycia aktywów lub zawarcia umów w celu położenia kresu naruszeniu nie ma znaczenia w kontekście czynnych naruszeń, które, jak w niniejszym przypadku, różnią się od zwykłej odmowy świadczenia*"[1087].

2.1.2. Kryterium aktywności zachowania dominanta oraz wcześniejszego udostępnienia infrastruktury

W orzecznictwie wskazano, że kryterium odróżniające kategorię praktyk polegających na odmowie kontraktowania od innych form nadużycia (np. dyskryminacji poprzez faworyzowanie własnych produktów lub usług, co zostało przeanalizowane w rozdziale VI pracy doktorskiej) jest kryterium aktywności lub bierności zachowania dominanta oraz ówczesnego udostępnienia przez niego swoich zasobów. Jeżeli zachowanie przedsiębiorcy dominującego ma charakter „biernej" odmowy, a podmioty trzecie nigdy nie mogły korzystać z jego infrastruktury – mamy do czynienia z odmową kontraktowania. Natomiast w przypadku, gdy dominant podejmuje „aktywne" działania np. świadczenie usług lub sprzedaż towarów na niekorzystnych (dyskryminacyjnych) warunkach, a konkurenci mieli już do nich zapewniony dostęp – powyższa praktyka sama w sobie może stanowić niezależne nadużycie[1088].

[1085] A. Tonazzi, G. Carovano, *Digital Platforms and Self-Preferencing*, "Antitrust Chronicle" 2021, nr 6, s. 5.
[1086] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 244.
[1087] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 247.
[1088] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 247; Wyrok TS z 25.03.2021 r. w sprawie C-165/19 P, *Slovak Telekom przeciwko Komisji*, EU:C:2021:239, pkt 50. Podobnie, jak wskazał R. Molski: „*w przypadku gdy przedsiębiorstwo dominujące* ***udziela dostępu*** *do swojej infrastruktury, ale uzależnia ów dostęp od nieuczciwych warunków,* ***przesłanki określone w wyroku w sprawie Bronner nie mają zastosowania***". Zob.: R. Molski, *Formy*

W opinii części autorów, przerwanie dotychczasowych dostaw ma element behawioralny („aktywny"), którego nie ma w bezwzględnych („biernych") odmowach zawarcia transakcji. W przypadku „biernej odmowy", podstawą interwencji antymonopolowej jest raczej problem o charakterze strukturalnym[1089], a nie zachowanie przedsiębiorcy posiadającego dominującą pozycję (jego „czynne" działanie). Decydujący jest fakt, że dysponuje on zasobami niezbędnymi dla konkurentów na niższym szczeblu rynku.[1090]. Jak wskazał Sąd w sprawie *Google Shopping*, „odmowa" świadczenia, która uzasadnia zastosowanie przesłanek określonych w wyroku w sprawie *Bronner*, zakłada, z jednej strony, wyraźny charakter, a mianowicie istnienie „wniosku" lub, w każdym razie, chęci uzyskania dostępu i związanej z nim „odmowy", i, z drugiej strony, że zdarzenie powodujące skutek w postaci wykluczenia, czyli zarzucane zachowanie, tkwi zasadniczo w samej odmowie, a nie w praktyce zewnętrznej takiej jak w szczególności inna forma nadużycia popełnionego z wykorzystaniem efektu dźwigni[1091]. W przypadku gdy podmioty trzecie chcą uzyskać dostęp do platformy, ale warunki dotyczące dostępu uniemożliwiają im to, uznanie takiej odmowy za nadużycie wymagałoby spełnienia testu *Bronner*. W przypadku, gdy dostęp do platformy nie jest kategorycznie ograniczony, a jedynie podlega pewnym kryteriom[1092], usunięcie z platformy lub odmowa dostępu do niej w oparciu o takie powody nie będzie wymagać spełnienia testu *Bronner*. W takich przypadkach nie ma miejsca odmowa dostępu jako taka. Ewentualną ocenę tego zachowania można dokonać w świetle kryteriów dyskryminacji lub „nieuczciwych warunków handlowych".

Gdy przedsiębiorca dominujący dobrowolnie zdecyduje się na dostawę, musi to uczynić na warunkach, na których konkurenci mogą skutecznie konkurować, nawet jeśli nie można ustalić obowiązku prowadzenia transakcji zgodnie z doktryną urządzeń kluczowych. Podobnie, TS w wyroku w sprawie *TeliaSonera*[1093], nie przychylił się do stanowiska, zgodnie z którym, w celu

---

nadużywania pozycji dominującej, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 421.

[1089] Tj. problem wynikajacy z cech danego rynku właściwego (nieefektywnej struktury tego rynku).

[1090] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 235.

[1091] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 232. Przykładowo, w sprawie *Google Shopping* zachowanie Google nie polegało jedynie na biernej odmowie udostępnienia jej ogólnych stron wyników wyszukiwania, ale na aktywnym zachowaniu faworyzującym jego własną usługę porównywania cen poprzez korzystniejsze pozycjonowanie i wyświetlanie na tych stronach. W związku z tym, Komisja wskazała, że zachowanie Google nie polega na zwykłej biernej odmowie dostępu do jego ogólnych stron wyników, lecz na czynnym zachowaniu faworyzującym jego własną porównywarkę produktów poprzez korzystniejsze pozycjonowanie i prezentowanie na tych stronach. Google „zaopatruje" już swoich konkurentów, udzielając im dostępu do swojej usługi wyszukiwania ogólnego. Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 210.

[1092] Przykładowo wymogami związanymi z jakością usług lub względami bezpieczeństwa.

[1093] Wyrok TS w wyroku z 17.02. 2011 r. w sprawie C-52/09, *TeliaSonera*, EU:C:2011:83.

ochrony swobody działalności gospodarczej przedsiębiorcy posiadający pozycję dominującą powinni zachować swobodę ustalania swoich warunków handlowych, z wyjątkiem przypadków, w których spełniono restrykjne kryteria określone w sprawie *Bronner*[1094], jeżeli dane zachowanie wypełnia znamiona innej praktyki. Takie „aktywne" zachowania, polegające na świadczeniu usług lub sprzedaży towarów na niekorzystnych warunkach, mogą same w sobie stanowić niezależną formę nadużycia, odmienną od odmowy świadczenia[1095].

Podobnie w sprawach *Slovak Telekom*[1096] Trybunał wyróżnił dwa potencjalne scenariusze nadużyć w odniesieniu do infrastruktury przedsiębiorcy dominującego: (i) odmowa dostępu i (ii) udzielenie dostępu na nieuczciwych warunkach. Warunki ustanowione w wyroku w sprawie *Bronner* powinny mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy przedsiębiorstwo dominujące wprost odmawia udostępnienia swojej infrastruktury. W tym zakresie przedsiębiorca odmawia infrastruktury, którą opracował na potrzeby własnej działalności[1097]. Natomiast w przypadku, gdy przedsiębiorca zajmujący pozycję dominującą udziela dostępu do swojej infrastruktury, ale uzależnia ów dostęp od nieuczciwych (nierównych) warunków, przesłanki określone przez TS w wyroku w sprawie *Bronner* nie znajdują zastosowania[1098].

Jako kontrargument można byłoby wskazać, że w takiej sytuacji przedsiębiorca dominujący wyszedłby na tym lepiej, gdyby w ogóle odmówił dostępu do swojej infrastruktury niebędącej „urządzeniem kluczowym". Gdy to bowiem uczyni nie może argumentować, że jego przedmiot odmowy nie jest obiektywnie konieczny do tego, aby podmioty gospodarcze mogły skutecznie konkurować na rynku. Podlega wówczas bardziej rygorystycznym przesłankom dyskryminacji, niewymagającej „niezbędności" dostępu[1099].

W ocenia autora pracy doktorskiej, tego typu argument nie oddaje jednak natury konkurencji panującej na rynkach dwustronnych. Model gospodarczy platform internetowych stanowi wartość dodaną w porównaniu do rynków jednostronnych, gdyż opiera się nie tylko na

---

[1094] Kiedy warunki te są tak dalece niekorzystne dla ich konkurentów, że w oparciu o kryteria wskazane w tym wyroku mogą zostać uznane za równoznaczne z odmową świadczenia. Wyrok TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569.

[1095] Wyrok TS w wyroku z 17.02. 2011 r. w sprawie C-52/09, *TeliaSonera*, EU:C:2011:83, pkt 54 i 55.

[1096] Wyrok TS z 25.03.2021 r. w sprawie C-165/19 P, *Slovak Telekom przeciwko Komisji*, EU:C:2021:239.

[1097] Wyrok TS z 25.03.2021 r. w sprawie C-165/19 P, *Slovak Telekom przeciwko Komisji*, EU:C:2021:239, pkt 45, 47 i 48. Jak wyjaśnił Trybunał: „*w perspektywie długoterminowej generalnie korzystne dla rozwoju konkurencji i w interesie konsumentów jest umożliwienie spółce zarezerwowanie do własnego użytku urządzeń, które opracowała ona na potrzeby swojej działalności (...) przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą byłoby mniej skłonne inwestować w wydajne instalacje, gdyby na zwykły wniosek swoich konkurentów mogło zostać zmuszone do podziału z nimi zysków osiąganych z własnych inwestycji*" (pkt 47).

[1098] Wyrok TS z 25.03.2021 r. w sprawie C-165/19 P, *Slovak Telekom przeciwko Komisji*, EU:C:2021:239, pkt 50.

[1099] P. I. Colomo, *Exclusionary discrimination under Article 102 TFEU*, "Common Market law Review" 2014, nr 1, s. 160; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 238.

konsumentach (jako pierwszej stronie platformy), lecz także na dostawcach (jako drugiej jej stronie). Sukces komercyjny tego modelu biznesowego, możliwy jest do osiągnięcia wyłącznie dzięki pozyskaniu odpowiednich partnerów handlowych (np. dostawców istotnych z punktu widzenia konsumentów). Platforma internetowa jako infrastruktura cyfrowa nie została zatem opracowana przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na potrzeby własnej działalności – jej wartość polega na tworzeniu wartościowych interakcji między dwoma stronami użytkowników. Operator platformy może w pierwszym etapie rozwoju swojej infrastruktury zachęcać i przyciągać osoby trzecie do łączenia się z jej siecią, tylko po to, by później narzucić restrykcyjne warunki lub ograniczyć użytkownikom biznesowym dostęp do jego platformy. Strategia operatora platformy internetowej według schematu „otwarta najpierw – zamknięta później" (ang. *open-first-close-later scheme* – schemat OFCL)[1100] może zatem być oceniana w oderwaniu od doktryny urządzeń kluczowych (zob. pkt V.2.1.2 pracy doktorskiej). Przyznanie własnym (konkurencyjnym) usługom przewagi ze względu na zajmowaną pozycję dominującą może stanowić „nieuczciwe" zaburzanie konkurencji oraz wolności konkurowania [1101] . Przykładowo, Komisja stwierdziła, że przedsiębiorca Google zaczął preferować własną usługę porównywania cen, gdy zdał sobie sprawę, że jego usługa nie odniosła sukcesu[1102]. Jak wskazał z kolei Sąd w sprawie *Google Shopping* faworyzowanie własnych usług przez operatora platformy internetowej Google może być postrzegane jako odwrotnością modelu ekonomicznego, na którym opiera się początkowy sukces jego wyszukiwarki, a zatem może stanowić pewną formę nieprawidłowość (ang. *abnormality*)[1103].

[1100] W początkowej fazie działalności platforma internetowa (np. platforma *e-commerce*) potrzebuje współpracy z zewnętrznymi dostawcami. Jako dwustronna platforma pośrednicząca w sprzedaży, bez wystarczającej liczby ofert od sprzedawców nie przyciąga użytkowników. W miarę zdobywania popularności i zwiększania swojej siły rynkowej, dostawcy zaczynają być bardziej zależni od platformy. W takiej sytuacji platforma może dążyć do rozszerzenia swoich wpływów, na przykład poprzez wertykalną integrację, oraz faworyzować swoje produkty lub usługi.

[1101] A. Szmigielski, *Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8, s. 41.

[1102] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 343.

[1103] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 176 i 178. Jak wyjaśnił Sąd: „*W odróżnieniu od tych ostatnich infrastruktur, racja bytu i wartość wyszukiwarki ogólnej polegają na jej zdolności do otwarcia się na wyniki z zewnątrz, czyli ze źródeł podmiotów trzecich, oraz do wyświetlania tych licznych i różnorodnych źródeł na jej ogólnych stronach wyników, które to źródła wzbogacają i uwiarygodniają tę wyszukiwarkę wobec szerokiego kręgu odbiorców i pozwalają jej korzystać z efektów sieci i ekonomii skali niezbędnych do jej rozwoju i utrzymania się na rynku, na którym z natury rzeczy niewiele infrastruktury tego rodzaju może przetrwać, biorąc pod uwagę wspomniane efekty sieci. Do osiągnięcia krytycznego rozmiaru mogącego zrekompensować fakt, że usługa jest bezpłatna po jednej stronie rynku, i wygenerować przychody z reklam po jego drugiej stronie konieczna jest bowiem bardzo duża liczba użytkowników, efektem czego w przypadku wyszukiwarki ograniczenie zakresu jej wyników do własnych stanowi element ryzyka i niekoniecznie jest racjonalne, z wyjątkiem sytuacji, jak w niniejszej sprawie, w której dominacja i bariery wejścia na rynek są takiego rodzaju, że żadne wejście na rynek w wystarczająco krótkim czasie nie jest możliwe w odpowiedzi na to ograniczenie wyboru internautów*".

Jednakże powyższe kryterium wskazujące na wyjątek od potrzeby zastosowania wymogu niezbędności – w odniesieniu do schematu OFCL[1104] – nie jest do końca trafne (tj. możliwe do zastosowania w każdym przypadku) z perspektywy szybko zmieniających się rynków cyfrowych. Na rykach tych, gdzie parametrem konkurencji jest innowacja oraz wymagane jest stałe ulepszanie i poprawianie oferowanych produktów i usług, konieczna jest szybka zmiana sposobu dystrybucji dóbr cyfrowych lub potrzeba zmiany (ulepszeń) usług cyfrowych oferowanych za pośrednictwem platform internetowych. Przykładowo, istnieje potrzeba opracowywania nowych sposobów odpowiadania na wyszukiwane hasła w wyszukiwarce i wyświetlanie przez operatora platformy przydatnych reklam na zapytania użytkowników, aby pokazać im najbardziej przydatne wyniki wyszukiwania[1105]. Poszczególne witryny internetowe pojawiają się w wynikach naturalnych bezpłatnie, bez gwarancji na określone miejsce w wynikach wyszukiwania. Operatorzy platform internetowych mogą również nie oferować płatnej możliwości korzystania ze swojej nowej przestrzeni reklamowej dla określonej kategorii witryn, np. Google nie pozwala na promowanie oferowanej przez dostawców zewnętrznych pomocy technicznej w zakresie konsumenckiego sprzętu i oprogramowania oraz usług online[1106]. Z przestrzeni zakupowej Google nie mogły korzystać witryny agregujące oferty pochodzące od podmiotów trzecich (porównywarki zakupowe, platformy handlowe), a z przestrzeni prezentującej mapę Google nie mogły korzystać inni twórcy map internetowych[1107]. W ocenia autora niniejszej pracy doktorskiej, gdyby każdorazowo operator platformy – przy projektowaniu wyników wyszukiwania lub nowych rozwiązań funkcjonalnych na platformie – musiał dzielić się ze swoimi zasobami z konkurentami (na ich wniosek) – mogłoby to zniechęcać przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą do rozwoju nowych innowacyjnych usług cyfrowych sprzyjających dobrobytowi konsumenta.

Ponadto te same normy prawa konkurencji miały zastosowanie zarówno do przypadków „bezwzględnych" („biernych") odmów zawarcia transakcji, jak również schematu OFCL, tj.

[1104] Tj. schemat dotyczący rozwoju platformy wg. zasady „*otwarta najpierw – zamknięta później*", ang. *open-first-close-later scheme.*

[1105] Poszczególne kategorie informacji poszukiwanych przez internautów, takie jak ubrania lub produkty do zakupu, bieżące wydarzenia w kraju i na świecie, restauracje lub inne miejsca usługowe w okolicy, mogą wymagać tworzenia i prezentowania różnorodnych typów wyników wyszukiwania. Należy do nich łączenie wyników ogólnych, które pojawiają się w wynikach naturalnych (bezpłatnych) w formie niebieskich linków, oraz wyników wertykalnych (specjalistycznych), prezentowanych w bogatszej formie graficzno-tekstowej. Przykłady takich prezentacji to mapy z oznaczonymi miejscami oraz zdjęcia produktów z ich opisem i ceną. Im bardziej reklamy są przydatne dla użytkowników, tym większy jest z nich dochód dla operatora platformy.

[1106] Centrum Zasad Google Ads - Lista zasad dotycząca reklam, https://support.google.com/adspolicy/answer/6368711?hl=pl (data dostępu: 12.02.2023 r.).

[1107] Łączenie własnych i konkurencyjnych usług w prezentowanych miejscach mogłoby nie być spójne i przejrzyste dla użytkowników (internatów) lub mogłoby to wiązać się z nieproporcjonalnymi kosztami dla właściciela wyszukiwarki internetowej.

zakłóceń w dostawach („czynnych" zachowań). Po pierwsze, Komisja w swoich wytycznych wskazała, że doktryna urządzeń kluczowych, w tym przesłanka niezbędności dostępu, ma zastosowanie zarówno do odmowy nowych dostaw, jak i przerwania dotychczasowej dostawy [1108]. Dowodem na to jest sprawa *Microsoftu* [1109], która dotyczyła zaprzestania dostarczania informacji dotyczących interoperacyjności poprzednich poziomów konkurentom Microsoftu na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, ale mimo to została oceniona przez Sąd na podstawie ścisłego testu „wyjątkowych okoliczności" („niezbędności") określonego w sprawach *Magill* [1110] i *IMS Health* [1111], które dotyczyły bezwzględnych („biernych") odmów zawarcia transakcji[1112].

2.2. Kryteria odróżniające praktyki dotyczące projektowania produktów lub usług w przypadku braku wymogu niezbędności

Projektowanie (ulepszanie) produktów cyfrowych nie zawsze służy dobrobytowi konsumentów, gdyż działania te mogą być starannie zaplanowanym manewrem służącym osłabieniu konkurencji[1113]. Analizowany problem w niniejszej pracy doktorskiej dotyczy m.in. praktyk przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na określonym rynku cyfrowym, wprowadzających na rynek nowe produkty lub usługi cyfrowe lub modyfikujących właściwości produktów już istniejących. Potencjalne zarzuty naruszenia art. 102 TFUE (lub krajowych odpowiedników tego przepisu, w tym art. 9 u.o.k.k.) sprowadzają się zwykle do twierdzenia, że przedsiębiorca dominujący celowo projektuje lub modyfikuje swoje produkty, aby zamknąć lub utrudnić konkurentom dostęp do rynku. W doktrynie prawa antymonopolowego tego rodzaju zachowania, naruszające zakaz nadużywania pozycji dominującej określane są najczęściej jako „drapieżne" lub „wykluczające" innowacje[1114]. Jak wskazał Sąd w sprawie

---

[1108] Niemniej jednak, prawdopodobieństwo uznania przypadku przerwania dotychczasowych dostaw za nadużycie jest większe niż w przypadku odmowy nowych dostaw. Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.2.2009, s. 7-20, pkt 84.

[1109] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289.

[1110] Wyrok TS z 6.04.1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P oraz C-242/91 P, *Magill*, EU:C:1995:98.

[1111] Wyrok TS z 29.042004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257.

[1112] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 235.

[1113] R. Molski, *Antykonkurencyjne innowacje – oksymoron czy realne wyzwanie prawa antymonopolowego*?, „Studia Prawa Publicznego" 2017, nr 2, s. 12.

[1114] Jak wskazał R. Molski, innowacje drapieżne (ang. *predatory innovations*) kojarzy się zwykle z pozornie (iluzorycznie) innowacyjnymi przedsięwzięciami, mającymi na celu wyłącznie wykluczenie konkurentów z rynku (godząc w konkurencję, „innowacje" te nie znajdują żadnego racjonalnego uzasadnienia ekonomicznego), podczas gdy innowacje wykluczające (ang. *exclusionary innovations*) wywołują skutki antykonkurencyjne, których nie równoważą ewentualne uzasadnienia prokonkurencyjne; R. Molski, *Antykonkurencyjne innowacje – oksymoron czy realne wyzwanie prawa antymonopolowego?*, „Studia Prawa Publicznego" 2017, nr 2, s. 16; M. L. Montagnani, *Predatory and Exclusionary Innovation: Which Legal Standard for Software Integration in the Context of the Competition versus Intellectual Property Rights Clash?*, „IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law" 2006, nr 3, s. 304; D. A. Crane, *Legal Rules for Predatory Innovation*, „Concurrences" 2013, nr 4, s. 1.

Google Shopping, zachowanie prowadzące do ulepszenia produktu lub usługi może samo w sobie stanowić autonomiczną formę nadużycia[1115].

W zakresie złożonych strategii biznesowych dominatów, obejmujących wiele okoliczności faktycznych lub zachowań składających się na jednolite i ciągłe naruszenie, związane z projektowaniem i zmianą produktów oferowanych za pośrednictwem platformy internetowej, pojawia się pytanie odnośnie do odpowiedniej kwalifikacji tego zachowania jako wiązanie, faworyzowanie własnych produktów (usług) lub jako praktyka nienazwana. Granica między rzeczywistym udoskonaleniem produktu, będącymi przejawem konkurencji merytorycznej, a tylko pozornie innowacyjnymi modyfikacjami, mającymi na celu wykluczenie z rynku konkurencyjnych produktów, bywa subtelna, co utrudnia antymonopolową kwalifikację tego rodzaju praktyk i powoduje, że bywa ona chwiejna[1116].

Co do zasady, praktyka *self-preferencing* różni się od sprzedaży wiązanej i pakietowej tym, że spełnienie jej przesłanek nie wymaga wykazania kryterium przymusu. Przykładowo, podczas gdy wiązanie drukarek i atramentu wymaga zakupu atramentu kompatybilnego z drukarką, faworyzowanie przez operatora platformy handlowej jego w własnych produktów lub usług nie wymaga od konsumentów ich zakupu. Jednakże, termin „przymus" („zmuszenie"), jako kryterium wiązania, jest interpretowane bardzo szeroko (zob. pkt VII.1.3.2 pracy doktorskiej). Termin ten obejmuje różne formy ograniczenia wyboru konsumentów, np. w postaci wykorzystania uprzedzeń behawioralnych poprzez prominentne wyświetlanie własnych produktów lub preinstalację własnego oprogramowania w systemie operacyjnym. W gospodarce cyfrowej może dochodzić zatem do zacierania się granic pomiędzy różnymi nazwanych lub stypizowanych przypadków nadużycia pozycji dominującej. Ponadto, obie praktyki może odróżniać kryterium porównywalnej sytuacji (świadczenia równoważnych usług, co zostało wskazane w pkt VI.1.3.2 pracy doktorskiej). Kryterium to jest istotne w przypadku praktyki *self-preferencing,* natomiast zasadniczo nie ma znaczenia dla oceny legalności praktyki dotyczącej wiązania technicznego.

W ocenie autora pracy doktorskiej, relacja między praktyką *self-preferencing* a wiązaniem technicznym może mieć charakter krzyżowy, tzn. niektóre zachowania faworyzowania własnych usług można klasyfikować jako formę: (i) wiązania technicznego (przypadki

[1115] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 188.
[1116] R. Molski, *Antykonkurencyjne innowacje – oksymoron czy realne wyzwanie prawa antymonopolowego?*, „Studia Prawa Publicznego" 2017, nr 2, s. 29.

„mieszane" spełniające po części kryteria wiązania oraz *self-preferencing*); a w innych przypadkach – (ii) jako odrębne od wiązania zachowanie („czyste" przypadki faworyzowania).

Przypadki „mieszane" odnoszą się w szczególności do zmiany produktu (platformy) poprzez jego integracje z usługami dominanta, które były dotąd przedmiotem świadczenia przez niezależnych przedsiębiorców na tej platformie. Można to zobrazować na przykładzie sprawy nr AT.40684 *Facebook Marketplace*[1117]. Komisja wszczęła formalne postępowanie przeciwko operatorowi Facebooka m.in. w celu zbadania, czy sposób, w jaki Facebook Marketplace jest osadzony w sieci społecznościowej, stanowi formę wiązania, która daje mu przewagę w dotarciu do klientów i wyklucza konkurencyjne usługi ogłoszeń online [1118]. Badanie przeprowadzane przez KE może opierać się na koncepcji wiązania technicznego (integracji usług serwisu skocznościowego z usługami ogłoszeń online) lub też, podobnie jak w sprawie *Google Shopping*, na ocenie prominentnego wyświetlania własnych usług Facebooka względem konkurencyjnych usług świadczonych na tej platformie przez dostawców ogłoszeń online (np. takich jak serwis OtoMoto, OLX)[1119].

W zakresie analizy wiązania, Komisja musiałaby wykazać, że: (i) Facebook ma dominująca pozycję na rynku prywatnych sieci społecznościowych, co stanowi produkt wiążący (produkt podstawowy); (ii) produkt wiążący oraz produkt związany w postaci ogłoszeń drobnych (Facebook Marketplace) stanowią oddzielne produkty; (iii) użytkownicy nie mogą nabyć produktu podstawowego (usług prywatnych sieci społecznościowych) bez produktu dodatkowego (usług ogłoszeń drobnych online) [1120]. Z kolei przypadku ewentualnego faworyzowania przez Facebook własnych usług (Facebook Marketplace) Komisja musiałaby poddać analizie potencjalne lepsze wykorzystywanie funkcyjności platformy lub wykorzystanie zbieranych i przetwarzanych danych na platformie (zob. VI.1.3.3.2 pracy doktorskiej). Wykorzystując teorię szkody ze sprawy *Google Shopping*, Facebook Marketplace potencjalnie mógłby być lepiej pozycjonowany i wyświetlany na platformie Facebook lub

[1117] Meta łączy swój internetowy serwis ogłoszeń drobnych Facebook Marketplace ze swoją dominującą osobistą siecią społecznościową Facebook . Oznacza to, że użytkownicy Facebooka automatycznie uzyskują dostęp do Facebook Marketplace, czy tego chcą, czy nie. Komisja obawia się, że konkurenci Facebook Marketplace mogą zostać wykluczeni, ponieważ powiązanie daje Facebook Marketplace znaczną przewagę dystrybucyjną, której konkurenci nie mogą dorównać. Zob.: Komunikar prasowy KE z 19.12.2022 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_22_7728 (data dostępu 1.03.2024 r.).

[1118] W październiku 2016 r., operator Facebook (Meta, właściciel prywatnej sieci społecznościowej) uruchomił usługę Facebook Marketplace, usługę technicznie zintegrowaną z siecią społecznościową Facebook, która umożliwia użytkownikom Facebook wyszukiwanie oraz oferowanie sprzedaży różnego rodzaju towarów (tj. usługi ogłoszeń drobnych).

[1119] W przeciwieństwie do sprawy *Google Shopping*, Facebook prawdopodobnie nie zmienił jednak swojego modelu biznesowego – np. wyświetlając w pierwszym okresie w ten sam sposób własne usługi ogłoszeń online, co konkurenci (w postaci kampanii reklamowej), a później dokonując integracji tej usługi (Facebook Marketplace) z własną Platformą.

[1120] Kryteria te są szczegółowo przeanalizowane w rozdziale VII pracy doktorskiej.

Facebook, na cele działalności usług ogłoszeń drobnych, mógłby wykorzystywać niepublicznie dostępne dane mające znaczenie dla sukcesu komercyjnego tej działalności sprzedażowej.

W obu przypadkach analiza zachowania Facebook wymaga zbadania potencjalnych antykonkurencyjnych skutków, np. poprzez wykazanie, że: (i) zachowanie Facebooka zapewnia dominantowi istotną przewagę konkurencyjną; (ii) konkurencji nie mogą zrównoważyć tej przewagi; (iii) przewaga konkurencyjna Facebook może wywoływać efekt wykluczenia [1121]. W tym zakresie Komisja powinna zbadać, czy rzeczywista sytuacja obserwowana na rynku jest zgodna z możliwością wykluczenia oraz czy zachowanie to nie można wytłumaczyć lepsza jakością usług Facebook Marketplace.

2.3. Nowe teorie szkody

Dokonany opis różnych rodzajów (typów) nadużywania pozycji dominującej w rozdziale VI, VII i VIII pracy doktorskiej (tj. dyskryminacja, wiązania, odmowa dostaw) i kryteriów, które je rozróżniają, może pomóc w porównywaniu faktów sprawy z opracowanymi testami prawnymi. Jednocześnie, na rynkach cyfrowych pojawiły się nowe warunki i zachowania, co doprowadziło do proponowania nowych teorii szkody. Te nowe teorie czasami budzą kontrowersje, bo nie pasują do ustalonych teorii i metod analizy. Niektórzy komentatorzy twierdzą, że nowe teorie zbytnio odbiegają od tradycyjnych podejść i wprowadzają niepewność dla przedsiębiorców działających na rynku[1122]. Mimo to, w niektórych przypadkach można znaleźć związki między nowymi a bardziej ugruntowanymi teoriami, co może pomóc w ich analizie i ocenie[1123].

Nowe strategie biznesowe, zwłaszcza te, które obejmują szeroki zakres praktyk lewarujących, często wykraczają poza ramy tradycyjnie rozumianych kategorii nadużycia pozycji dominującej na danym rynku właściwym, takich jak wiązanie produktów, odmowa dostawy czy dyskryminacja. Przykładem może być sprawa *Google Shopping*, która dotyczyła praktyki *self-preferencing*, czyli preferowania własnych usług przez operatora platformy w wynikach wyszukiwania. W omawianej sprawie, działania Google nie pasowały do klasycznych definicji nadużycia, ponieważ przedsiębiorca nie wiązał produktów w sposób, który mógłby być bezpośrednio zakazany przez prawo konkurencji ani nie odmawiał dostępu do niezbędnych

[1121] Powyższe kryteria zostały poddane szczegółowej analizie w rozdziale VI pracy doktorskiej poświęconemu antykonkurencyjnej dyskryminacji.
[1122] P. Akman, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, "Journal of Law, Technology and Policy" 2017, nr 2; I. P. Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, "World Competition" 2020, nr 4, s. 417-418.
[1123] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 53.

zasobów. Również nie można było jednoznacznie stwierdzić, że dochodzi do dyskryminacji w tradycyjnym rozumieniu tego terminu. Jak to barwnie ujęła to P. Akman: „*Dopasowanie publicznie dostępnych faktów sprawy Google Search do jednego z tych istniejących rodzajów nadużyć jest równoważne z próbą dopasowania kwadratowego kołka do okrągłej dziury*”[1124]. Zamiast tego, Google zostało oskarżone przez KE o nadużywanie swojej dominującej pozycji rynkowej poprzez faworyzowanie własnej usługi porównywarki cenowej na szkodę konkurentów. Tego rodzaju zachowanie stanowiło wyzwanie dla organu antymonopolowego, ponieważ nie mieściło się ono w żadnej z istniejących kategorii nadużycia[1125]. To pokazuje, że rozwijające się ekosystemy cyfrowe i innowacyjne modele biznesowe wymagają od organów antymonopolowych większej elastyczności w interpretacji prawa konkurencji oraz rozwoju nowych kategorii nadużyć dostosowanych do realiów gospodarki cyfrowej. Wiele przypadków dotyczących praktyk, w których operatorzy platform internetowych preferują swoje produkty lub usługi w stosunku do ofert konkurencji, podobnie jak sprawa *Google Shopping*, nie mieści się w ramach klasycznej klasyfikacji nadużyć pozycji dominującej. Ta praktyka, choć może wydawać się zwykłą strategią biznesową, staje się skomplikowaną kwestią w kontekście prawa konkurencji, gdyż wchodzi w interakcję z zasadami rynku wewnętrznego i zakłóca równowagę konkurencyjną. Problemem jest to, że obecne ramy prawne i doktrynalne nie zawsze przewidują specyfikę i subtelności związane z faworyzowaniem własnych produktów lub usług przez operatorów platform, które działają w roli strażników dostępu do rynku i mają bezpośredni wpływ na dostępność wyboru dla konsumentów[1126].

Kolejnymi przykładami nowych form nadużyć wskazywanych w doktrynie to przywłaszczenie wartości przez platformę (ang. *platform appropriation*) oraz wymuszona jazda na gapę (ang. *forced free riding*). Praktyka nazywana „przywłaszczeniem wartości przez platformę” odnosi się do sytuacji, w której przedsiębiorca wykorzystujący model biznesowy platformy internetowej wykorzystuje swoją dominującą pozycję rynkową do własnej korzyści poprzez przejmowanie wartości stworzonej przez innych przedsiębiorców lub podmioty korzystające z jego platformy (użytkownikow biznesowych) [1127]. Ta wartość może obejmować kluczowe informacje wpływające na innowacyjność oraz dane pochodzące od stron trzecich

[1124] P. Akman, *The theory of abuse in Google Search: A positive and normative assessment under EU competition law*, “Journal of Law, Technology and Policy” 2017, nr 2, s. 370.
[1125] Zob. szerzej: A. Szmigielski, *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 10, s. 32.
[1126] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 114.
[1127] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 53.

korzystających z platformy. Wymuszona jazda na gapę to z kolei pojęcie odnoszące się do sytuacji, w której operator platformy internetowej narzuca innym przedsiębiorcom korzystanie z jego infrastruktury lub danych w sposób niekorzystny dla nich. Oznacza to, że przedsiębiorcy są zmuszani do używania infrastruktury lub danych platformy, nawet jeśli nie przynosi im to żadnych korzyści, a może wręcz szkodzić ich interesom. Przykładowo, operator platformy może wykorzystać dostęp do istotnych danych o klientach i sprzedawcach, aby promować swoje własne produkty lub usługi na szkodę innych przedsiębiorców działających na platformie. Jest to nieuczciwe wykorzystanie pozycji dominującej przez operatora platformy kosztem innych uczestników rynku[1128].

Przedsiębiorcy tacy jak Google, Facebook czy Amazon posiadają wyjątkowy dostęp do szczegółowych danych dotyczących działalności innych przedsiębiorców, co umożliwia im pozyskiwanie cennych informacji na temat strategii i działań konkurencji. W kontekście tego problemu, operatorzy dużych platform cyfrowych mogą wykorzystywać te dane nie tylko do optymalizacji swoich usług detalicznych, ale także do przejmowania treści konkurentów. Takie działania mogą zakłócać równowagę na rynku, ograniczać innowacyjność i zniekształcać konkurencję, co wpływa na przedsiębiorców, którzy zależą od tych platform do prowadzenia swojej działalności[1129].

Przykładem takiej praktyki było postępowanie KE w sprawie *Amazon*[1130]. KE badała sposób, w jaki Amazon wykorzystywał prywatne dane dotyczące ofert i transakcji sprzedawców zewnętrznych w celu dostosowania swoich decyzji detalicznych. Mimo zakończenia postępowania decyzją zobowiązującą, nie można jednoznacznie stwierdzić, czy to zachowanie było zgodne z prawem konkurencji [1131] . Kolejnym przypadkiem jest postępowanie KE dotyczące praktyki przywłaszczania przez przedsiębiorcę Google. KE sugerowała, że Google kopiowało i wykorzystywało treści stron trzecich bez zgody właścicieli oryginalnych treści w swoich usługach wyszukiwania. Niemniej jednak, mimo że ta kwestia pojawiła się we wstępnej ocenie KE[1132], nie została uwzględniona w ostatecznej decyzji Google Shopping, co rodzi wątpliwości o to, czy ta praktyka była antykonkurencyjna, czy też nie[1133].

[1128] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 53.
[1129] L. M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 981; F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 56-57.
[1130] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box.*
[1131] *Ibidem*.
[1132] Zostało to wskazane w komunikacie prasowym KE z 30.11.2010 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624 (data dostępu: 1.03.2024 r.).
[1133] W tej sytuacji podejrzewano, że Google wykorzystywał oryginalne treści pobierane z witryn konkurencyjnych (konkurencyjne usługi wyszukiwania specjalistycznego, takie jak Yelp czy TripAdvisor) w swoich własnych specjalistycznych

Określenie, kiedy takie działania stanowią naruszenie zasad konkurencji, jest problematyczne. Postępowania dotyczące wykluczających zachowań, które opierają się na przywłaszczaniu wartości (np. określonych informacji), napotykają na znaczne trudności w osiągnięciu jednoznacznych wyników w ramach obowiązujących regulacji antymonopolowych. Chociaż te przypadki są przedmiotem dochodzeń, to jednoznaczne kryteria oceny tego typu zachowań są jeszcze nieustalone. Jest to przede wszystkim spowodowane trudnościami związanymi z udowodnieniem antykonkurencyjnych skutków, które opierają się na szkodach dla innowacyjności, zgodnie z obowiązującym standardem dobrobytu konsumenta. Taka sytuacja wynika częściowo z tego, że szkody statyczne są znacznie łatwiejsze do zidentyfikowania i pomiaru niż szkody innowacyjne, co sprawia, że analizy antymonopolowe często skupiają się na efektach cenowych i produkcyjnych, pomijając aspekty związane z innowacyjnością[1134]. Tego rodzaju zachowania nie do końca mogą wpisywać się w istniejące ramy nadużywania pozycji dominującej. Jednakże, sprawa *Amazon* rozpatrywana przez KE, jak wskazano w pkt VI.1.3.3.2 pracy doktorskiej, mogłaby być potencjalnie oceniana jako antykonkurencyjna dyskryminacja (*self-preferencing*). Rosnąca liczba przypadków przywłaszczenia wartości przez platformy podkreśla potrzebę dostosowania i uaktualnienia regulacji antymonopolowych, aby skuteczniej adresować te nowe wyzwania i zapewnić uczciwą konkurencję na rynkach cyfrowych[1135].

D. Condorelli i J. Padilla wskazali także na specyficzny rodzaj strategii, nazywany wiązaniem polityki prywatności, mogący pojawić się na rynkach cyfrowych należący do tzw. strategii

(pionowych) usługach wyszukiwania, bez ich zgody, a czasem nawet wbrew ich wyraźnej woli. Taka praktyka jest oczywiście związana z danymi, ponieważ ma na celu zbieranie dodatkowych cennych informacji do zasilania bazy danych Google i poprawy jego usługi, i potencjalnie może stanowić nadużycie zgodnie z art. 102 TFUE. Komisja obawia się, że praktyka polegająca na wykorzystywaniu treści stron trzecich do promowania usług Google może zniechęcać konkurentów do inwestowania w tworzenie oryginalnych treści, na niekorzyść użytkowników Internetu. Komisja zauważyła, że użytkownicy zostaną zniechęceni do odwiedzania witryn konkurencji, które tworzą oryginalne treści, jeśli dowiedzą się, że specjalistyczne usługi wyszukiwania Google zawierają wszystkie istotne informacje zamieszczone w sieci, w tym konkurentów. Zob. szerzej: F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 57; I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 264-265.

[1134] L. M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 1031.

[1135] Na marginesie można wskazać, że podobny rodzaj zachowań występuje również na rynkach analogowych. Przykładowo w sprawie Poczty Polskiej, Prezes UOKiK uprawdopodobił nadużywanie przez Pocztę Polską pozycji dominującej poprzez uzależnianie przedstawienia oferty cenowej na świadczenie hurtowych usług od przekazania przez nabywcę hurtowych usług szczegółowych informacji handlowych o jego kliencie. Poczta Polska mogła zapewnić sobie nieuzasadnioną korzyść gospodarczą w postaci uzyskiwania wiedzy o – zidentyfikowanych przez Nadawcę – możliwościach świadczenia usług pocztowych, za którą to korzyść Poczta Polska nie poniosła kosztu na rzecz jej otrzymania. Przykładowo, nabywca hurtowych usług mógł poczynić znaczne starania (np. poprzez nakłady na reklamę), aby zidentyfikować możliwość świadczenia usług pocztowych oraz pozyskać intratnego klienta, a następnie Poczta Polska, uzyskując poufne informacje biznesowe od Nadawcy na temat podmiotów chcących nadawać znaczne wolumeny przesyłek (oraz ich potrzeb na świadczenie usług pocztowych), mogła – poprzez zastosowanie opisanych metod odbiegających od konkurencji merytorycznej – przejąć tych klientów. ZOb. Decyzja Prezesa UOKiK z 1.03.2021 r., nr DOK-2.411.1.18.ASz.

obudowania (obtaczania) platformy (ang. *platform envelopment*)[1136]. Praktyka ta może wystąpić, kiedy dominujący przedsiębiorca narzuca swoim konsumentom warunki zbierania danych, co pozwala mu na ich szerokie wykorzystanie w różnych sytuacjach. Przedsiębiorca może wykorzystać dane zebrane na rynku, na którym jest dominujący, aby wejść na nowy rynek. Następnie może prowadzić agresywną konkurencję na nowym rynku, na przykład, oferując produkty po zerowej cenie, co jest efektywnie finansowane przez jego pozycję na pierwotnym rynku. W kolejnym etapie może wykorzystać dane zgromadzone na nowym rynku, aby wzmocnić swoją pozycję na tym rynku. Ta strategia może okazać się skuteczną w ochronie przedsiębiorcy przed konkurencją, zwłaszcza jeśli potencjalni konkurenci na rynku pozycji dominującej mogliby najpierw rozwijać swoje zdolności na nowym rynku, a następnie mogliby zagrozić pozycji dominującej operatora platformy[1137].

Omówione wyżej zachowania, takie jak: przewłaszczanie wartości, wymuszanie jazdy na gapę czy wiązanie polityki prywatności mogą stanowić nowe formy nadużycia, które uwypuklają potrzebę dostosowania prawa konkurencji do specyfiki gospodarki cyfrowej. Teorie szkody, a w szczególności kryteria niezbędne do uznania tych zachowań jako antykonkurencyjne, wciąż są rozwijane. Niemniej jednak, istnieją pewne podobieństwa wskazanych zachowań do przypadków odmowy zawarcia umowy – a mianowicie istnienie istotnego aktywa (w tym przypadku platformy), bez którego przedsiębiorcy działający na niższym szczeblu będą mieli ograniczony dostęp do konsumentów[1138].

2.4. Konkluzje

Identyfikowanie poszczególnych form i kategorii nadużywania pozycji dominującej na rynkach cyfrowych jest bardziej złożone w porównaniu do identyfikacji tych nadużyć, które są obserwowane na rynkach tradycyjnych. Działania dominujących przedsiębiorców wykorzystujących model platformy internetowej, którzy mają kontrolę nad wieloma etapami procesu dystrybucji dóbr lub świadczenia usług, często interpretuje się jako blokowanie dostępu konkurentom. Istotne jest tutaj zastosowanie kryterium „niezbędności" oraz interpretacja tzw. doktryny *Bronner* w różnych sytuacjach obserwowanych na rynkach

[1136] D. Condorelli, J. Padilla, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World*, "Journal of Competition Law & Economics" 2020, nr 2, s. 143-187.
[1137] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 55. D. Condorelli, J. Padilla, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World*, "Journal of Competition Law & Economics" 2020, nr 2, s. 143-187.
[1138] Choć szczegółowe formy zachowań oraz ich ogólne efekty mogą się różnić - zwłaszcza w kontekście wpływu na zachęty do innowacji przedsiębiorców na niższym szczeblu łańcucha dostaw - niektóre z tych samych kryteriów, które są stosowane w przypadkach odmowy zawarcia umowy, mogą być również zastosowane, w szczególności te dotyczące niezbędności platform. Zob. szerzej: F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 173-187; OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 34-36.

cyfrowych. Obecnie trwają dyskusje na temat klasyfikacji takich zachowań oraz stosowania środków zaradczych, np. wymagania zapewnienia równego dostępu dla konkurentów, co może wiązać się z koniecznością aktywnego wspierania rywalizacji przez operatorów platform.

W przypadkach nadużyć pozycji dominującej kluczowe znaczenie ma prawna klasyfikacja zachowań dominanta. Różne praktyki, jak odmowa dostępu, muszą spełniać rygorystyczne kryteria, w tym „niezbędności". Jednakże złożoność i różnorodność działań na rynkach cyfrowych utrudniają jednoznaczną ocenę i mogą prowadzić do subiektywnej interpretacji przez organy ochrony konkurencji, co zagraża pewności prawa. W literaturze podkreśla się, że „wymóg niezbędności" w kontekście działalności platform internetowych powinien być oceniany różnie w zależności od środków zaradczych. Środki proaktywne, jak równy dostęp dla konkurentów, wymagają spełnienia tego kryterium, podczas gdy środki reaktywne, np. nakaz zaprzestania naruszeń, już nie. Jak wskazano w pracy doktorskiej, ta interpretacja wprowadza pewną elastyczność, ale jednocześnie może prowadzić do niepewności prawnej i trudności w skutecznej interwencji antymonopolowej. W orzecznictwie wyodrębniono z kolei kryteria różnicujące odmowę kontraktowania od innych form nadużycia, bazując na aktywności lub bierności zachowań dominanta oraz na dostępie do jego usług. Odmowa kontraktowania wiąże się z biernym zachowaniem, gdy konkurenci są wykluczeni z dostępu do infrastruktury, a aktywne działania, jak dyskryminacyjne warunki, mogą być traktowane jako osobne nadużycie. Wyroki w sprawach *Slovak Telekom* i *Google Shopping* zwiększają swobodę interpretacyjną organów ochrony konkurencji, ograniczając zakres stosowania testu niezbędności i dając im większą elastyczność.

Jak wyjaśniono, projektowanie produktów cyfrowych przez przedsiębiorców dominujących może ograniczać konkurencję. Praktyki takie jak faworyzowanie własnych produktów i wiązanie produktów różnią się pod względem prawnym, przy czym faworyzowanie nie zawsze wymaga spełnienia kryterium „przymusu" zakupu. Różnorodność i szybkie ewoluowanie tych praktyk sprawiają, że tradycyjne metody klasyfikacji stają się niewystarczające. Pojawiają się nowe teorie szkód oraz nowe formy nadużyć, które powinny być brane pod uwagę w analizach rynkowych, co podkreśla potrzebę elastycznego podejścia do art. 102 TFUE. Stanowi to wyzwanie w skutecznym adresowaniu nadużyć pozycji dominującej, szczególnie w szybko zmieniającym się środowisku technologicznym.

ROZDZIAŁ VI.
DYSKRYMINACJA

1. Ramy prawne „preferowania samego siebie" (*self-preferencing*) jako formy antykonkurencyjnej dyskryminacji

Artykuł 102 TFUE, w lit. c, wymienia jako przykład antykonkurencyjnego zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą: „*stosowanie przez przedsiębiorstwo dominujące wobec partnerów handlowych nierównych warunków do równoważnych świadczeń, co prowadzi do stworzenia dla nich niekorzystnych warunków konkurencji*"[1139]. Praktyka tego rodzaju wymaga spełnienia trzech warunków: (i) konieczność zidentyfikowania podobnych transakcji (równoważnych świadczeń), które przedsiębiorca oskarżone o dyskryminację realizuje z innymi podmiotami; (ii) potrzeba ustalenia, że przedsiębiorca dominujący stosuje różne warunki kontraktowe wobec różnych podmiotów; (iii) konieczność zbadania, czy zaobserwowane różnice w traktowaniu kontrahentów mają wpływ na ich pozycję konkurencyjną na odpowiednim rynku[1140].

W orzecznictwie unijnym wskazuje się jednocześnie, że dyskryminacja[1141] może być sprzeczna z celem niezakłóconej konkurencji[1142], a „*nadużycie może przybrać formę nieuzasadnionego odmiennego traktowania*"[1143]. Jak wyjaśnił TS w sprawie *MOTOE*: „*System niezakłóconej konkurencji taki, jaki został przewidziany w traktacie, może zostać zagwarantowany jedynie w sytuacji, w której zapewniono równość szans różnego rodzaju podmiotów gospodarczych*"[1144]. Podobnie w sprawie *Deutsche Telekom* Trybunał zauważył, że: „*na rozpatrywanym rynku nie panowała równość szans, i że tym samym nie była na nim zapewniona niezakłócona*

[1139] Podobnie, art. 9 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. wskazuje na: „*stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji*" jako jeden ze stypizowanych praktyk stanowiących nadużycie.

[1140] A. Jurkowska, T. Skoczny, *Dyskryminacja pozacenowa w polskim i wspólnotowym prawie ochrony konkurencji*, „Raport z badań. Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych" 2008, s. 14, https://cars.wz.uw.edu.pl/images/badania/41/DyskryminacjapozacenowaraportCSAiRAccentureiTP1.pdf (data dostępu: 1.12.2023).

[1141] Pojęcie „dyskryminacja" implikuje istnienie jakiejś formy mniej korzystnego traktowania lub nawet szkody, a termin „zróżnicowanie" lub „zróżnicowane traktowanie" jest używany w odniesieniu do stosowania odmiennych warunków do równoważnych transakcji. Ma to na celu podkreślenie, że zróżnicowane traktowanie samo w sobie nie jest problematyczne. I. Graef, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, "Yearbook of European Law" 2019, nr 38, s. 452; M. Peitz, *The prohibition of self-preferencing in the DMA* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 98.

[1142] Wyrok TS z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom przeciwko Komisji*, EU:C:2010:603, pkt 230.

[1143] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 155.

[1144] Wyrok TS z 1.07.2008 r. w sprawie C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) przeciwko Elliniko Dimosio*, EU:C:2008:376, pkt 51.

konkurencja”[1145]. Natomiast w sprawie *British Airways* Trybunał podkreślił, że: „*Szczególny zakaz dyskryminacji, o którym mowa w art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE, ma na celu zapewnienie niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym. Zachowanie handlowe przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą nie może zakłócać konkurencji na rynku wyższego lub niższego szczebla, tzn. konkurencji między dostawcami lub klientami tego przedsiębiorstwa. Nie należy stawiać w lepszej ani w gorszej sytuacji kontrahentów wspomnianego przedsiębiorstwa, którzy konkurują między sobą*”[1146]. W opinii R. Nazziniego, niedyskryminacja, równość szans i pluralizm opisują skuteczny proces konkurencyjny, w którym wszyscy przedsiębiorcy i konsumenci mają możliwość uczestniczenia bez przeszkód, tj. bez ograniczenia konkurencji, szkodzącej dobrobytowi społecznemu. Wolność konkurowania, jako jeden z celów unijnego prawa konkurencji (zob. rozważania w tym zakresie wskazane w pkt II.3.2 pracy doktorskiej), może być definiowana jako swoboda uczestniczenia na rynku bez wpływów i nacisków ze strony przedsiębiorców o znacznej sile rynkowej, a przez co obowiązek niedyskryminacji jest zgody z tym celem[1147].

Dyskryminacja, jako przejaw nadużywania pozycji dominującej, może przybierać wiele form oraz kategorii. Szczególnym przejawem dyskryminacji może być faworyzowanie własnych produktów lub usług względem konkurencyjnych (ang. *self-preferencing*) [1148] . Takie zachowania zyskały znaczącą uwagę organów antymonopolowych w odniesieniu do operatorów platform internetowych, jak Google, Amazon, Allegro czy Apple. Faworyzowanie na zintegrowanych pionowo platformach można interpretować jako taką, która prowadzi do zwiększenia kosztów dla konkurentów działających na rynkach sąsiadujących[1149].

[1145] Wyrok TS z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, EU:C:2010:603, pkt 240.
[1146] Wyrok TS z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P, *British Airways przeciwko Komisji*, EU:C:2007:166, pkt 143.
[1147] R. Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objective and Principles of Article 102 TFEU*, Oksford 2011, s. 120.
[1148] Jest to rodzaj dyskryminacji pozytywnej, która polega na faworyzowaniu pojedynczego przedsiębiorcy względem pozostałych (ewentualnie jednej grupy – w przypadku wielu grup odbiorców), np. z powodu „pionowego” powiązania z tym przedsiębiorcą. Natomiast dyskryminacja negatywna polega na gorszym traktowaniu pojedynczego przedsiębiorcy (jednej grupy – w przypadku wielości grup) niż pozostałych, A. Brzezińska-Rawa, *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1, s. 85. R. Molski, *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 423.
[1149] P. I. Colomo, *Exclusionary discrimination under Article 102 TFEU*, “Common Market law Review” 2014, nr 1, s. 145.

Na podstawie obecnej praktyki decyzyjnej można wyróżnić klasyczną („czystą") oraz mieszaną („hybrydową") formę *self-preferencing* („preferowanie samego siebie"[1150])[1151]. Klasyczne *self-preferencing* obejmuje działania dominanta wykorzystującego model platformy internetowej (najczęściej zintegrowanej pionowo), które mają na celu faworyzowanie (uprzywilejowanie) własnych produktów lub usług na platformie w stosunku do produktów lub usług jego konkurentów oferowanych lub świadczonych na tej samej platformie[1152]. Przykładem tego rodzaju zachowania jest lepsze (tj. bardziej widoczne) wyświetlanie usługi porównywania cen Google w ogólnych wynikach wyszukiwania w porównaniu z konkurencyjnymi usługami porównywania cen wyświetlanymi w tych samych wynikach wyszukiwania. Kategoria „hybrydowa" różni się od „czystego" *self-preferencing* tym, że nierówne traktowanie bezpośrednio nie odnosi się do faworyzowania usług operatora platformy w stosunku do usług świadczonych przez niezależnych przedsiębiorców. Zamiast tego rozróżnienie ma miejsce wśród użytkowników biznesowych danej platformy, ale pośrednio przynosi korzyści innym usługom lub produktom dominanta w stosunku do konkurencyjnych usług lub produktów świadczonych lub oferowanych na tej platformie (tj. na innym rynku niż ten, na którym konkurują użytkownicy biznesowi)[1153].

Można wyróżnić następujące przesłanki (kryteria) tego typu zachowania: (i) operator danej platformy pełni podwójną rolę, tj. z jednaj strony świadczy on swoje usługi pośrednictwa w ramach platformy, z drugiej strony konkuruje on z niezależnymi (zewnętrznymi) dostawcami[1154] na tej platformie (kryterium podwójnej roli); (ii) operator danej platformy

---

[1150] Pojęcie określane w języku angielskim jako „*self-preferencing*" odnosi się do praktyki faworyzowania przez operatora platformy internetowej własnych produktów i usług. W doktrynie ekonomicznej i prawnej termin ten jest szeroko rozpoznawany i używany. Jednakże, ze względu na jego specyficzną naturę, przekład tego terminu na język polski nie jest jednoznaczny. Możliwe tłumaczenia obejmują „samopreferowanie", „preferowanie samego siebie" lub „autopreferowanie", które starają się oddać znaczenie oryginalnego terminu, jednak mogą nie w pełni odzwierciedlać jego złożoność i kontekst stosowania. W związku z powyższym, w dalszej części pracy zostanie zachowana angielska wersja terminu „self-preferencing". Decyzja ta wynika z chęci uniknięcia nieporozumień i zachowania precyzji w odniesieniu do omawianego zagadnienia, co jest istotne w kontekście naukowym i praktycznym. Użycie oryginalnej, angielskojęzycznej terminologii pozwala na zachowanie spójności z międzynarodowymi dyskusjami i literaturą przedmiotu, zapewniając tym samym lepsze zrozumienie i interpretację omawianego zagadnienia.

[1151] I. Graef, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, "Yearbook of European Law" 2019, nr 38, s. 452-453,

[1152] Raport Crémera, s. 66.

[1153] Przykładem tego typu zachowanie może być strategia wdrożona przez operatora Amazona, polegająca na przyznaniu korzyści na swojej platformie handlowej niezależnym sprzedawcom, którzy wykupili usługi logistyczne „Fulfillemnt by Amazon", tj. zintegrowaną z platformą handlową usługę logistyczną świadczoną przez samego operatora. W obu przypadkach niektórzy użytkownicy biznesowi lub niezależni dostawcy są w sposób nieuzasadniony stawiani w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej względem własnej działalności sprzedażowej platformy handlowej. Tego typu zachowania na rynkach cyfrowych mogą mieć charakter pozacenowy, np. w postaci lepszego prezentowania własnych produktów lub usług względem produktów lub usług oferowanych przez innych sprzedawców.

[1154] Określenie to odnosi się zarówno do użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa na platformie, np. zewnętrznych sprzedawców (*third party sellers*), jak również do zewnętrznych usługodawców oferujących swoje usługi dla tych użytkowników biznesowych (np. usługi płatności online, usługi logistyczne).

świadczy usługi lub oferuje produkty równoważne do świadczonych usług lub oferowanych produktów przez niezależnych dostawców, a zatem znajduje się w porównywalnej sytuacji względem niezależnych dostawców (tj. kryterium świadczeń równoważnych/porównywalnej sytuacji); (iii) okoliczności danej sprawy wskazują na faktyczne stosowanie przez przedsiębiorcę dominującego nierównych warunków świadczenia usług lub oferowania produktów w relacji operator platformy *vs.* niezależny dostawca (kryterium środka dyskryminacji); (iv) w wyniku faworyzowania swoich produktów lub usług przedsiębiorca dominujący uzyskał przewagę konkurencyjną nad swoimi konkurentami (niezależnymi dostawcami), co w konsekwencji mogło wywoływać antykonkurencyjne skutki (kryterium antykonkurencyjnego skutku); (v) nierówne traktowanie nie opiera się na obiektywnym uzasadnieniu (brak obiektywnego uzasadnienia)[1155].

Literalna wykładnia praktyki nazwanej uregulowanej w art. 102 lit. c) TFUE wymaga, aby dyskryminacja miała miejsce pomiędzy „innymi stronami handlowymi". Stwierdzenie to może wywoływać dwa rodzaje wątpliwość: (i) czy dyskryminacja tego typu może dotyczyć relacji pomiędzy samą dominującą platformą (jej usługami) a innymi dostawcami usług oraz (ii) jak należy rozumieć pojęcie „strona handlowa" w przypadku braku formalnych stosunków umownych.

W opinii rzecznika generalnego J. Mazáka, przedsiębiorca dominujący, dyskryminujący konkurentów względem swych własnych transakcji na rynku niższego szczebla, może naruszać art. 102 lit. c) TFUE[1156]. Ponadto, ze względu na „otwarty" charakter art. 102 TFUE organy antymonopolowe mogą *explicite* nie zaklasyfikować praktyki dominujących operatorów platform internetowych jako formę dyskryminacji wskazaną w lit c) ww. przepisu, jednocześnie przyjmując „logikę" tego przepisu[1157]. Skoro art. 102 lit. c TFUE zakazuje uprzywilejowania jednego partnera handlowego wobec drugiego, to *a fortiori* nie może tego robić w stosunku do własnej jednostki zależnej. Podobnie zakaz zaniżania marży (*margin squeeze*), nie pozwala przedsiębiorstwu posiadającemu pozycję dominującą, działającemu na rynku wyższego

[1155] Powyższe przesłanki zostały zidentyfikowane na podstawie analizy praktyki decyzyjnej i orzeczniczej organów i sądów unijnych odnośnie do dyskryminacji pozacenowej. W tym zakresie podobnie wskazał: R. Molski, *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 423-424. Doktryna nie przedstawiła jednak spójnych kryteriów odnośnie do omawianej praktyki self-preferencing, w tym jej klasyfikacji jako formy dyskryminacji pozacenowej. W szczególności, część autorów uważa, że przedmiotowa praktyka jako kategorii prawnej, obejmuje bardzo zróżnicowany zakres praktyk, dla których zastosowanie tego samego testu prawnego nie byłoby właściwe. I. P. Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, "World Competition" 2020, nr 4, s. 417-418.

[1156] Opinia rzecznika generalnego J. Mazáka z 22.04.2010 w sprawie C-52/09, *TeliaSonera*, EU:C:2010:483, pkt 32.

[1157] Analogicznie do możliwości sankcjonowania przypadku wiązania technicznego, pomimo tego, że zachowanie to nie spełnia wprost przesłanek wyrażonych w art. art. 102 lit. d) TFUE. Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 842-843, 852, 859-861, 1151-1152.

szczebla, nakładać na swoich konkurentów działających na rynku niższego szczebla wyższych opłat, aniżeli na swoją jednostkę zależną, tak że powoduje to ograniczenie konkurencji (tzn. nie pozwala to nawet równie efektywnemu konkurentowi prowadzić w sposób trwały opłacalnego handlu na rynku niższego szczebla). Z ekonomicznego punktu widzenia integracja wertykalna przyczynia się do ustalenia, czy przedsiębiorstwo dominujące ma jakąkolwiek zachętę do dyskryminacji konkurentów niższego szczebla. Nie wyklucza to stosowania dyskryminacyjnych ram dotyczących nadużyć[1158].

Podobnie, pojęcie partnera handlowego wykracza poza „zwykłe" warunki umowne. Przykładowo, właściciele różnych serwisów, w tym porównywarek cenowych, nie są formalnie stroną kontraktową przedsiębiorcy Google, ponieważ operator tej platformy monetyzuje swoją działalność przychodami z reklam, a zatem dąży do zainteresowania użytkowników wyświetlanymi reklamami[1159]. Jednakże poszczególne strony internetowe tych serwisów muszą przestrzegać tzw. wskazówek dla webmasterów Google. Istnieje w tym przypadku swogo rodzaju wymiana – Google zapewnia ruch dla stron internetowych, a strony internetowe zwiększają wartość wyników wyszukiwania Google.

W związku z powyższym, charakterystyka prawna praktyk stanowiących nadużycie nie zależy od ich nazwy, lecz od oceny kryteriów materialnych art. 102 TFUE[1160]. Oznacza to, że art. 102 TFUE może obejmować swoim zakresem praktyki dyskryminacyjne, które formalnie nie można ująć – ze względu na zdefiniowane kryteria – w lit. c) tego przepisu. Odpowiednie dostosowania art. 102 TFUE do darmowych usług internetowych oraz cyfrowych modeli biznesowych może wymagać zatem zmodyfikowania istniejących koncepcji praktyk uznawanych za nadużycie pozycji dominującej.

1.1. Wpływ „dyskryminacji" na konkurencję (analiza ekonomiczna)

Najnowsze badania w dziedzinie ekonomii nie są jednomyślne co do wpływu faworyzowania własnych produktów lub usług (*self-preferencing*) na dobrobyt konsumentów[1161]. Pomimo

---

[1158] A. Valdivia, *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business*? "World Competition" 2018, nr 1, s. 61.

[1159] Konkurencyjni przedsiębiorcy świadczący usługi porównywarki cenowej pojawiają się w wynikach naturalnych bezpłatnie, bez gwarancji na określone miejsce w tych wynikach. Google nie oferował płatnej możliwości korzystania ze swojej przestrzeni zakupowej. Przedsiębiorcy ci mogą skorzystać z innych płatnych usług Google, np. Google Ads (dawniej Google AdWords).

[1160] Wyrok Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel przeciwko Komisji*, EU:T:2014:547, pkt 219.

[1161] Zob. np.: A. Hagiu, T-H. Teh, J. Wright, *Should platforms be allowed to sell on their own marketplaces?*, "The RAND Journal of Economics" 2022, nr 2, s. 297-237. Przegląd literatury ekonomicznej w tym zakresie został przedstawiony w artykule: Y. Kittaka, S. Sato, Y. Zennyo, *Self-Preferencing by Platforms: A Literature Review*, „CPRC Discussion Paper Series Competition Policy Research Center" 2023, s. 10-16,

niewątpliwie pozytywnego wpływu integracji wertykalnej i podwójnej roli platform, pojawiają się wątpliwości dotyczące ekonomicznych skutków faworyzowania przez operatora platformy własnych produktów lub usług. Laureat Nagrody Nobla, J. Tirole, w 2020 roku zauważył, że obecnie nie istnieje uniwersalne rozwiązanie dla organów antymonopolowych, które pozwoliłoby łatwo rozróżnić efekty prokonkurencyjne od antykonkurencyjnych praktyk *self-preferencing* stosowanych przez operatorów platform internetowych. Z jednej strony, przedsiębiorstwa zintegrowane wertykalnie (np. pełniące rolę operatora platformy oraz sprzedawcy na tej samej platformie) mogą mieć trudności z obiektywnym traktowaniem konkurencyjnej oferty, jeśli jest ona gorsza od ich własnej. Z drugiej strony, preferowanie przez platformę własnych usług może prowadzić do negatywnych skutków antykonkurencyjnych, co wymaga od ekonomistów opracowania bardziej szczegółowych kryteriów oceny takich zachowań[1162].

Przytaczając argumenty dotyczące prokonkurencyjnego charakteru praktyki *self-preferencing,* niektórzy autorzy odwołują się do powszechności tej praktyki. Przykładem może być sytuacja, w której supermarket promuje produkty własnej marki oferując je po preferencyjnych cenach na półkach umieszczonych na wysokości wzroku klientów. Jednak ten argument zawiera dwa rodzaje błędów. Po pierwsze, nie bierze pod uwagę faktu, że działania powszechnie akceptowane i uznawane za prokonkurencyjne mogą mieć antykonkurencyjne skutki w przypadku przedsiębiorstw z dominującą (lub nawet monopolistyczną) pozycją na rynku. Po drugie, podobne praktyki faworyzowania mogą mieć różne konsekwencje w zależności od tego, czy są stosowane na rynkach offline czy online, ze względu na możliwość wykorzystywania behawioralnych uprzedzeń konsumentów, co zostało wskazane w pkt I.3.5 pracy doktorskiej)[1163].

---

https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/disucussionpapers/r4/index_files/CPDP-89-2-E-R.pdf (data dostępu: 15.12.2023 r.) oraz artykule: J.-U. Franck, M. Peitz, *Digital platforms and the new 19a tool in the German Competition Act*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2021, nr 12, s. 108-112.

[1162] J. Tirole, *Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age*, "Toulouse School of Economics" 2020, s. 26, https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/competition_and_the_industrial_challenge_april_3_2020.pdf (data dostępu: 1.12.2023).

[1163] Załóżmy, że dany supermarket jest liderem na lokalnym rynku detalicznej sprzedaży produktów spożywczych i produkuje również własne produkty spożywcze (na przykład herbatę), które konkurują z towarami innych producentów. Jeśli zdecydowałby on o przydzieleniu bardziej widocznych miejsc w sklepie dla swoich herbat, podczas gdy herbaty innych marek byłyby umieszczone w mniej eksponowanym miejscu, mogłoby to wydawać się nieproblemowe. Klienci poszukujący konkretnych marek herbaty mogą nie czuć się zniechęceni, nawet jeśli inne produkty są bardziej eksponowane. W takiej sytuacji trudno byłoby oskarżyć supermarket o nadużycie dominującej pozycji. Jednakże w przypadku internetowych pośredników, takich jak wyszukiwarki, platformy handlowe czy internetowe biura podróży, które prezentują wyniki w określonej kolejności, sytuacja jest inna. Literatura podkreśla, że konsumenci mają tendencję do zwracania uwagi przede wszystkim na linki umieszczone na górze listy wyników, uznając je za najbardziej trafne (zob.: CMA, *Online search: Consumer and firm behaviour. A review of the existing literature*, Londyn 2017 s. 38-39). W takim przypadku określone wyświetlanie produktów lub usług stanowiłoby istotne kryterium dostępu do klientów.

W literaturze ekonomicznej zidentyfikowano możliwe antykonkurencyjne skutki *self-preferencing*. A. de Corniere i G. Taylor zaproponowali teoretyczny model, w którym wykazali, że preferowanie przez przedsiębiorcę oferującego usługi wyszukiwania, własnych produktów lub usług w rankingach, może obniżać dobrobyt konsumentów, gdy te produkty lub usługi konkurują cenowo. Natomiast wpływ może być niejednoznaczny, jeśli konkurencja dotyczy jakości[1164]. J. Padilla, J. Perkins i S. Piccolo analizowali teoretyczny model, w którym producent urządzenia może ograniczać dostęp dostawców zewnętrznych do swojego sklepu z aplikacjami. Badania wykazały, że nawet w sytuacji, gdy aplikacja producenta urządzenia jest gorsza od konkurencyjnej aplikacji innego przedsiębiorcy, producent (operator sklepu z aplikacjami) może być zmotywowany do wykluczenia konkurencyjnej aplikacji. Taka decyzja może być szkodliwa dla konsumentów i może obniżać wartość urządzenia dla nich, szczególnie gdy wzrost popytu na niego jest niewielki. Jednak ich wyniki wskazują również, że motywacja producenta urządzenia do wykluczania konkurencyjnych aplikacji wzrasta, jeśli jakość jego własnej aplikacji jest wyższa[1165].

Operatorzy platform cyfrowych dysponują zarówno możliwościami (ze względu na ich władzę regulacyjną oraz sprawowaną kontrolę nad ekosystemem, co zostało opisane w pkt I.2.1.3 pracy doktorskiej), jak i niekiedy motywacją do preferowania swoich produktów lub usług. Badania w dziedzinie nauk o zarządzaniu ukazują różne modele, w których platforma może ewoluować od współdziałania z użytkownikami (komplementariuszami) do konkurencji i faworyzowania własnych usług. Właściciele platform mają ogromny wpływ na sukces swoich partnerów biznesowych. Istnieje wiele przypadków, gdzie dostawcy udanych produktów zostali wypchnięci z rynku, gdy właściciele platform zaczęli wchodzić w ich obszary produktowe i konkurować z nimi bezpośrednio[1166]. Ta strategia może być stosowana nie tylko przeciwko użytkownikom biznesowym (komplementariuszom), którzy nie działają efektywnie, ale także w stosunku do komplementariuszy, którzy odmawiają zawarcia umów na dodatkowe usługi lub korzystają z usług konkurentów. Takie działania mogą prowadzić do pośrednich skutków

[1164] Skutki faworyzowania własnych produktów lub usług w rankingach zależą od dwóch głównych czynników: po pierwsze, od tego, jak błędy w rankingu wpływają na wybór produktów lub usług przez konsumentów, którzy mogą nie otrzymać tego, co najlepiej odpowiada ich preferencjom; i po drugie, od tego, jak duże są różnice w jakości między konkurującymi produktami lub usługami. A. de Corniere, G. Taylor, *A model of biased intermediation*, "The RAND Journal of Economics" 2019, nr 4, s. 854-882.

[1165] J. Padilla, J. Perkins, S. Piccolo, *Self-Preferencing in Markets with Vertically Integrated Gatekeeper Platforms*, "The Journal of Industrial Economics" 2022, nr 2, s. 371-395.

[1166] Z. Feng, L. Qihong, *Competing with complementors: An empirical look at Amazon.com*, "Strategic Menagment Journal" 2018, nr 10, s. 2618-2642.

wykluczających oraz eksploatacyjnych[1167]. Na przykład, jeżeli maksymalizacja szans na zdobycie Buy Box[1168] na Amazonie wiąże się z wykorzystaniem usług logistycznych oferowanych przez tego operatora, niezależny sprzedawca może racjonalnie optować za podpisaniem umowy z Amazonem. Może to jednak negatywnie oddziaływać na innych uczestników rynku, jak np. konkurencyjnych przedsiębiorców logistycznych[1169].

W literaturze ekonomicznej podkreśla się, że operatorzy platform cyfrowych powinni skupić się na budowaniu i utrzymywaniu swojej reputacji, która przynosi korzyści zarówno detalistom, jak i klientom poprzez zwiększenie konkurencji i wyboru dla konsumentów. F. Zhu i L. Qihong zauważyli, że jednym z powodów, dla których operator platformy handlowej może zdecydować się na wejście na rynek detaliczny poprzez otwarcie własnego sklepu internetowego na swojej platformie, jest chęć eliminacji ryzyka związanego z ofertą nieautentycznych lub niskiej jakości produktów oraz niedostateczną obsługą klienta przez innych sprzedawców, co mogłoby negatywnie wpłynąć na reputację całej platformy[1170].

Nieuczciwa konkurencja między operatorem platformy a niezależnymi dostawcami może zmniejszać innowacyjność oraz powodować podnoszenie cen, a także ograniczać wybór konsumenta, czy też obniżać jakość platformy[1171]. W przypadku, gdy dominujący operator platformy jest zintegrowany pionowo, stosowanie przez niego dyskryminujących warunków na rynku wyższego szczebla (np. na rynku świadczenia usług pośrednictwa w sprzedaży, rynku „hurtowym") może stanowić dyskryminację pierwszej linii. Może ona prowadzić do osłabienia konkurentów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku niższego szczebla (np. rynku sprzedaży określonych produktów, rynku „detalicznym")[1172].

[1167] P. Bougette, O. Budzinski, F. Marty, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, "GREDEG Working Paper" 2022, nr 2022-01, s. 8. SSRN: https://ssrn.com/abstract=4028770 (data dostępu: 1.12.2023)

[1168] Buy Box Amazon to wyświetlane na stronie produktu na Amazonie okno, w którym klienci mogą dodawać produkt do koszyka i dokonywać zakupu bezpośrednio od jednego z dostawców. Jest to istotna funkcja, szczególnie dla sprzedawców trzecich, ponieważ wygranie Buy Box oznacza, że ich oferta jest preferowana i wyświetlana jako główna opcja zakupu dla klientów, co zwiększa ich szanse na sprzedaż.

[1169] Decyzja AGCM w sprawie *Amazon*.

[1170] F. Zhu, L. Qihong, *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, "Strategic Management Journal" 2018, nr. 10, s. 2618-2642.

[1171] W. Wen, F. Zhu, *Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses: Evidence from the Mobile App Market*, "Harvard Business School Working Paper" 2017, nr 18–036, https:// www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=53422 (data dostępu: 1.12.2023); F. Zhu, L. Qihong, *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, "Strategic Management Journal" 2018, nr. 10, s. 2618-2642; M. Luca, S. Couvidat, W. Seltzer, T. Wu, D. Frank, *Does Google Content Degrade Google Search? Experimental Evidence*. "Harvard Business School Working Paper" 2016, nr 35, http://people. hbs.edu/mluca/SearchDegradation.pdf (data dostępu: 1.12.2023).

[1172] Podział pomiędzy naruszeniem pierwszej a naruszeniem drugiej linii został dokonany ze względu na kryterium podmiotu, wobec którego dana praktyka dyskryminacyjna ma zastosowanie, a ściślej – bazuje na ustaleniu relacji rynkowej między podmiotem dyskryminującym a dyskryminowanym. A. Brzezińska-Rawa, *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo" 2011, nr 1, s. s. 84–85.

Mając na uwadze różnorodne motywy i skutki omawianej praktyki, przedsiębiorcy posiadający pozycję dominującą na mocy art. 102 TFUE nie mają ogólnego, bezwzględnego obowiązku, aby nie dyskryminować swoich konkurentów. Litera c), tego przepisu wskazuje, że stosowanie w podobnych sytuacjach niejednolitych warunków, musi stwarzać niekorzystne warunki konkurencji. Badanie oparte na skutkach ekonomicznych wymaga zatem weryfikacji, czy zróżnicowane traktowanie jest na tyle znaczące, aby wywierać wpływ na konkurencję.

1.2. Faworyzowanie własnych usług w gospodarce cyfrowej (strategie biznesowe)

Relacje między operatorami platform a dostawcami zewnętrznymi (podmiotami trzecimi) określane są w piśmiennictwie jako *frenemy relationship*[1173]. W początkowym etapie działania, operator platformy internetowej jest zależny od zewnętrznych dostawców. Jako pośrednik, potrzebuje dużej liczby ofert dostawców, aby przyciągnąć użytkowników. W późniejszym okresie, gdy platforma zyskuje na popularności i staje się rynkowo silna, dostawcy zewnętrzni zaczynają być bardziej zależni od jej funkcjonowania. W takiej sytuacji platforma może dążyć do zwiększenia swojego wpływu, na przykład poprzez integrację wertykalną, i faworyzować własne produkty lub usługi. Ezrachi i Stucke przedstawili scenariusz, w którym Uber może zostać wykluczony z popularnego sklepu z aplikacjami, jeśli ten sklep zacznie oferować własną konkurencyjną usługę łączenia kierowców z pasażerami [1174]. Wykluczenie to może bezpośrednio nastąpić poprzez wycofanie z platformy niektórych dostawców. Częściej jednak wykluczenie to odbywa się poprzez określony rodzaj *self-preferencing*, np. poprzez subtelne zmniejszenie pozycjonowania konkurencyjnych usług w rankingu wyników wyszukiwania przedstawianych konsumentom. Operator platformy może zatem wykorzystywać kontrolę nad nią (lub ekosystemem) w celu faworyzowania własnych towarów i usług[1175].

Termin *self-preferencing* obejmuje wiele różnych strategii biznesowych spotykanych na rynkach cyfrowych. Przykładowo, odnosi się to do sytuacji, w której: (i) operator platformy faworyzuje swoje własne produkty w stosunku do produktów stron trzecich umieszczając je w najbardziej widocznych miejscach na stronie platformy (np. Amazon promuje produkty Amazon Basics zamiast produktów sprzedawców zewnętrznych, podobnie jak supermarkety promują produkty marki własnej); (ii) operator platformy faworyzuje produkt komplementarny względem swojej platformy, np. Google umożliwia użytkownikom dostosowywanie swojej

[1173] Od połączenia dwóch angielskich słów przyjaciel (*friend*) i wróg (*enemy*). A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual competition*, Londyn 2016, s. 147-158.
[1174] A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual competition*, Londyn 2016, s. 155.
[1175] F. Bostoen, *Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation*, "Internet Policy Review" 2018, nr 7, s. 4.

strony głównej w celu wyświetlania klipów z wiadomościami lub innych treści, mimo że konkuruje z innymi internetowymi witrynami informacyjnymi.

Operatorzy platform internetowych będą angażować się w strategię *self-preferencing*, jeśli zostaną spełnione dwa warunki: (i) operatorzy mają możliwość wdrożenia mechanizmu, który umożliwia faworyzowanie własnych usług względem usług oferowanych przez ich partnerów handlowych; (ii) operatorzy mają bodźce ekonomiczne (motywację) do wdrożenia tej strategii, gdyż jest ona dla nich opłacalna[1176]. Pierwszy warunek, dotyczący zdolności technicznych, jest łatwy do spełnienia w obszarze usług cyfrowych, ponieważ operator platformy ma dostęp do danych generowanych na niej i kontroluje jej ekosystem. W kontekście zdolności ekonomicznych należy uwzględnić, że dostawcy zewnętrzni (użytkownicy biznesowi), świadczący usługi na platformie (tzw. komplementariusze), przyczyniają się do jej rozwoju[1177]. Możliwość wdrożenia mechanizmu *self-preferencing* w tej sytuacji oznacza, że użytkownicy biznesowi nie są drastycznie wykluczani z platformy (jeśli wywołuje to negatywne pośrednie efekty sieciowe) i że użytkownicy końcowi (np. konsumenci) nie są w stanie ocenić jakości usług cyfrowych (np. trafności wyników wyszukiwania) lub spadek jakości jest na tyle nieznaczny, że nie wpływa na ich decyzję o rezygnacji z korzystania z platformy. Przyczyną tego założenia może być np. niedoskonała świadomość na temat „samopreferowania". Konsumenci mogą nie być świadomi stronniczości wyników wyszukiwania, chyba że stanie się ona wyraźna, a użytkownicy biznesowi mogą nie być w pełni świadomi, że są stawiani w nierównej pozycji z powodu braku przejrzystości i asymetrii informacji. Jeśli operator platformy internetowej jest nieuniknionym partnerem handlowym, użytkownicy mogą również zdecydować się nie opuszczać platformy, pomimo faworyzowania usług tego operatora. W sytuacji, gdy platforma jest nasycona usługami lub produktami, efekty sieciowe mogą być nieznaczne, więc opuszczenie platformy przez niektórych użytkowników biznesowych na skutek dyskryminacji nie spowoduje drastycznego odpływu konsumentów (drugiej strony)[1178].

Oprócz zdolności do wdrożenia omawianej strategii biznesowej, operator zintegrowany pionowo (działający na rynku usług pośrednictwa świadczonych na tej platformie oraz oferujący usługi lub produkty na niej) musi mieć motywację do faworyzowania własnych usług,

---

[1176] P. Bougette, O. Budzinski, F. Marty, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, "GREDEG Working Paper" 2022, nr 2022-01, s. 9, SSRN: https://ssrn.com/abstract=4028770 (data dostępu: 1.12.2023).

[1177] Zmniejszona aktywność tych partnerów z powodu efektów sieciowych może obniżać atrakcyjność usług dla drugiej strony platformy (np. kupujących), zmniejszając ruch na platformie i wzmacniając rynki konkurencyjne. W rezultacie może to szkodzić zyskom z działalności pośrednictwa. Hipotetycznie, manipulacja rankingiem wyszukiwania może być odbierana przez klientów jako pogorszenie jakości usług, zniechęcając ich do korzystania z platformy.

[1178] P. Bougette, O. Budzinski, F. Marty, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, "GREDEG Working Paper" 2022, nr 2022-01, s. 10-11, SSRN: https://ssrn.com/abstract=4028770 (data dostępu: 1.12.2023).

a zatem musi czerpać z tego określony zysk. Najbardziej oczywistym powodem może być wyższy zysk z działalności wyższego szczebla (np. sprzedaży produktów na platformie, oferowanie usługi reklamy internetowej w wyszukiwarce) niż zysk generowany na rynku niższego szczebla, np. w postaci opłat lub prowizji pobieranych od sprzedawców (świadczenia usług pośrednictwa na platformie handlowej) lub uzyskiwania danych oraz ruchu na platformie (wyświetlanie wyników organicznych w wynikach wyszukiwania). Gdy niezależny sprzedawca (usługodawca) odnosi szczególny sukces na platformie, biorąc pod uwagę brak możliwości podnoszenia opłat i prowizji od niego, operator platformy może zacząć faworyzować własne substytucyjne usługi lub produkty w stosunku do tego użytkownika biznesowego w celu uzyskania większych zysków od użytkowników[1179].

1.3. Zastosowanie ram prawnych „dyskryminacji" do modeli biznesowych platform internetowych

1.3.1. Kryterium podwójnej roli

Dominujące platformy internetowe różnią się od siebie w wielu ważnych aspektach: mają różne modele biznesowe, różnorodne łańcuchy wartości oraz operują na różnych głównych rynkach. Jednakże wspólną, kluczową cechą, którą wszystkie one dzielą, jest podwójna rola, jaką pełnią na wybranych rynkach: są zarówno operatorem dominującej platformy, która gości podmioty trzecie, takie jak sprzedawcy, twórcy treści czy programiści aplikacji, jak i uczestnikiem rynku, konkurującym z tymi podmiotami trzecimi[1180].

Operatorzy platform internetowych, które są zintegrowane pionowo, świadczą usługi pośrednictwa na swoich platformach, jednocześnie konkurując z użytkownikami biznesowymi, którzy działają na tych samych platformach i oferują podobne usługi lub produkty co dominant. Taka obecność operatora platformy na dwóch (lub więcej) powiązanych rynkach może prowadzić do sytuacji, którą można określić jako „konflikt interesów" [1181]. Przykładowo, Apple zaczął oferować Apple Music, aplikację do strumieniowego przesyłania muzyki, za pośrednictwem własnego sklepu App Store, konkurując m.in. ze Spotify. Wyszukiwarka

[1179] P. Bougette, O. Budzinski, F. Marty, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, "GREDEG Working Paper" 2022, nr 2022-01, s. 11, SSRN: https://ssrn.com/abstract=4028770 (data dostępu: 1.12.2023).
[1180] L. M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 984.
[1181] I. P. Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, "Word Competition" 2020, nr 4, https://ssrn.com/abstract=3654083, s. 11; L. M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 973. Jest to sytuacja, w której przedsiębiorca pełni jednocześnie rolę sędziego i uczestnika gry; zob.: M. Zdzieborska, N. Vischer, *Judge the play, not the players*, „Kluwer Competition Law Blog" 2019, https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/10/18/judge-the-play-not-the-players/#_edn1 (data dostępu: 15.12.2023 r.).

Google, używana do wyszukiwania bardziej konkretnych usług, powiązała z wynikami wyszukiwania własne wyspecjalizowane usługi (np. Google Shopping), rywalizując z innymi dostawcami tych usług. Z kolei Amazon Marketplace łączy nie tylko sprzedawców z kupującymi, ale także działa jako detalista, stając się konkurentem wobec własnych kontrahentów (tj. sprzedawców wystawiających swoje produkty na tej platformie)[1182].

Integracja pionowa może prowadzić do sytuacji, w której dominujący przedsiębiorca ma motywację, aby faworyzować swoje produkty lub usługi, nadając im przewagę konkurencyjną. W rzeczywistości, dla zintegrowanego przedsiębiorcy może być korzystne preferowanie produktów lub usług oferowanych przez jego jednostki zależne. Jak wskazał np. rzecznik generalny w sprawie *MEO*: „*Przy badaniu dyskryminacji do celów stosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE należy przede wszystkim dokonać rozróżnienia pomiędzy przedsiębiorstwami zintegrowanymi pionowo, które mają z tej racji interes w wyeliminowaniu konkurentów na rynku niższego szczebla, i przedsiębiorstwami, które nie mają takiego interesu*"[1183].

1.3.2. Kryterium świadczeń równoważnych (porównywalnej sytuacji)

W sytuacji „podwójnej roli", przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą wykorzystujący model platformy internetowej może potencjalnie konkurować ze swoimi kontrahentami na własnej platformie. Jednakże wymaga to dokładniejszego zbadania, czy działalność prowadzona przez niego jest równoważna działalności prowadzonej przez konkurentów. Zachowanie operatora platformy nie musi być klasyfikowane jako dyskryminacja, jeśli np. różnice jakościowe w ofertach są na tyle duże, że użytkownicy biznesowi nie znajdują się w porównywalnej sytuacji względem przedsiębiorstwa dominującego lub z nim powiązanego podmiotu gospodarczego. Aby można było mówić o zróżnicowanym traktowaniu, klienci lub strony handlowe, których dotyczą odmienne warunki, muszą zatem znajdować się w równoważnych (porównywalnych) sytuacjach.

Zasada równego traktowania, jako ogólna zasada prawa Unii, wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w różny sposób, a odmienne nie były traktowane w ten sam sposób, chyba że takie podejście jest obiektywnie uzasadnione[1184]. Jeżeli zatem różne sytuacje

---

[1182] Jak wskazała Komisja Europejska w raporcie z badania sektora *e-commerce*, spośród 37 zbadanych platform w Europie, 68% funkcjonuje wyłącznie jako *marketplace*, a 32% prowadzi jednocześnie działalność detaliczną. KE, *Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy*, COM/2016/0288 final, Bruksela 2016, s. 36-37. Analiza poszczególnych modeli platform zintegrowanych wertykalnie została przedstawiona w literaturze, zob.: L. M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 985-1006.

[1183] Opinia rzecznika generalnego N. Wahla z 20.12.2017 r. w sprawie C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA przeciwko AdC*, EU:C:2017:1020, pkt 76.

[1184] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 155.

są traktowane inaczej lub też zróżnicowane traktowanie opiera się na obiektywnym uzasadnieniu (zob. pkt IV.1.4 pracy doktorskiej), nie można mówić o dyskryminacji[1185]. W niektórych przypadkach zróżnicowane traktowanie będzie odzwierciedlać odmienne warunki, w jakich znajdują się klienci. Nie będzie zatem zakazaną dyskryminacją zróżnicowane traktowanie podmiotów oparte na kryteriach obiektywnych, takich jak np. ocena jakości. Z tego względu w literaturze odróżnia się pojęcie „dyskryminacja" od pojęcia „zróżnicowane traktowanie"[1186]. W tym zakresie należy zbadać, czy działalność operatora platformy pełni szczególną funkcję dla użytkowników, która uzasadniałaby odmienne traktowanie własnych produktów lub usług względem tych oferowanych przez konkurentów. Aby ocenić, czy ma się do czynienia z równoważną sytuacją należy wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności badanej sprawy, które nie mogą być domniemywane wyłącznie z perspektywy przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą lub użytkowników biznesowych. W tym zakresie należy wziąć zatem pod uwagę odpowiedni kontekst gospodarczy[1187]. W przypadku funkcjonowania platform należy wziąć pod uwagę, cechy użytkowe i funkcjonalne danych usług lub produktów, które są porównywane.

W sprawie *Allegro* Prezes UOKiK stwierdził, że działalność sprzedaży detalicznej Allegro na platformie allegro.pl (za pośrednictwem Oficjalnego Sklepu Allegro – OSA) była porównywalna do działalności niezależnych sprzedawców w zakresie oferowania przez nich produktów na platformie allegro.pl. OSA, według założeń kierownictwa Allegro, był jednym ze sprzedawców na tej platformie. Jednocześnie, zgodnie z publicznymi informacjami przekazywanymi oficjalnie przez kierownictwo Spółki, w tym niezależnym sprzedawcom, oferty Allegro (wystawiane za pośrednictwem OSA) miały podlegać takim samym kryteriom oceny jak konkurencyjne oferty innych sprzedawców. Na stronie platformy allegro.pl, tj. na listingach i poszczególnych powierzchniach reklamowych, wyświetlane były zarówno oferty wystawiane przez niezależnych przedsiębiorców, jak również oferty własne Allegro. Niezależni sprzedawcy postrzegali działalność Allegro (OSA) jako działalność konkurencyjną względem ich działalności sprzedażowej na platformie allegro.pl. Odmienne traktowanie ofert Allegro, w ocenie Prezesa Urzędu, nie było również uzasadnione szczególną (wyjątkową) rolą

[1185] W tym zakresie różne kroki analizy mogą nachodzić na siebie – w przypadku odmiennego traktowania opartego na uzasadnionych przyczynach można argumentować, że nie mamy do czynienia z porównywalną sytuacją lub że doszło do odmiennego traktowania, ale było ono obiektywnie uzasadnione. Podobnie: I. Graef, *Differentiated Treatment in Platform-toBusiness Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, "Yearbook of European Law" 2019, nr 1, s. 457.
[1186] Zob. A. Brzezińska-Rawa, *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo" 2011, nr 1, s. 83-84.
[1187] R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 789-795.

Retail[1188]. W powyższym zakresie można argumentować, że w sytuacji, w której różnica w traktowaniu wynikałaby ze szczególnej roli OSA, np. wyłącznego uzupełnienia ofert na platformie allegro.pl lub generowania dodatkowego ruchu na platformie poprzez oferowanie produktów nieoferowanych przez innych niezależnych sprzedawców, nie miałoby do czynienia z porównywalną sytuacją lub też zróżnicowane zachowanie byłoby uzasadnione[1189].

W przypadku technicznej integracji z platformą własnej usługi, tj. wewnętrznej ekspansji platformy (zob. szerzej: pkt VII.1.2 pracy doktorskiej), mającej na celu jej rozbudowę lub ulepszenie, sytuacja staje się złożona, gdy konkurencyjne usługi są dostępne poprzez inne usługi oferowane na tej samej platformie lub w jej ramach. Można argumentować, że w takim przypadku nie mamy do czynienia z sytuacją porównywalną. Sytuacje dominującego operatora platformy i zewnętrznych dostawców różnią się. Operator platformy dąży do ulepszenia swoich usług, aby przyciągnąć lub zatrzymać użytkowników po obu stronach platformy. Dzięki pośrednim efektom sieciowym, jest to korzystne także dla niezależnych dostawców, gdyż większa liczba użytkowników (np. kupujących) zwiększa wartość korzystania z platformy dla użytkowników biznesowych (np. zewnętrznych dostawców). Zewnętrzni dostawcy, w przeciwieństwie do operatora, wykorzystują platformę głównie do celów sprzedażowych lub reklamowych, nie koncentrując się na zwiększaniu jej wartości dla użytkowników.

Ponadto, istnieje różnica między bezpłatnymi wynikami (pojawiającymi się w wynikach naturalnych wyszukiwarki) oraz wydzielonymi wynikami płatnej reklamy (pojawiającymi się w specjalnej przestrzeni zakupowej, oznaczonych jako wyniki sponsorowane lub wyniki płatne)[1190]. Płatne reklamy służą do finansowania bezpłatnej usługi oferowanej przez operatora platformy internetowej. Usługi reklamowania produktów nie są porównywalne z bezpłatnymi wynikami ogólnymi i przez to nie powinny być pozycjonowane oraz wyświetlane w ten sam sposób. Odmienne traktowanie wyników naturalnych i płatnych jest normalną konsekwencją dwustronnego modelu biznesowego opartego na finansowaniu z reklam[1191].

[1188] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*.

[1189] Hipotetycznie, niezależni sprzedawcy skupialiby się bowiem na maksymalizacji swoich zysków poprzez sprzedaż najbardziej popularnych produktów oferowanych na platformie allegro.pl przez wielu sprzedawców, Allegro oferowałby natomiast jedynie produkty, które nie były oferowane przez niezależnych sprzedawców, a zatem nie konkurowałby on bezpośrednio z niezależnymi sprzedawcami.

[1190] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T 612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 305.

[1191] W związku z powyższym można argumentować, że Google stosując różne mechanizmy do wyników naturalnych (w których wyświetlały się konkurencyjne porównywarki) i jednostek zakupowych wyświetlanych za pomocą własnej porównywarki – Google Shopping nie traktował odmiennych sytuacji w jednakowy sposób. W przestrzeni zakupowej Google (Google Units) mogłyby być wyświetlane jedynie strony sprzedawców, a nie porównywarki. Porównywarki wyświetlane były w wynikach naturalnych (organicznych) a operatorzy tych plastrom mogli korzystać dodatkowo z wyników płatnych (Google Ads). Google brał pod uwagę różnice techniczne w różnych typach wyników, aby osiągnąć ten sam cel: spójnie uszeregowane zestawy trafnych wyników i reklam. Chociaż „mechanizmy bazowe" różnią się, decyzja, czy i w jakiej pozycji wyświetlać

Sąd odrzucił jednak tego typu argument przedstawiony przez Google i stwierdził, że choć Google utrzymuje, iż różnicowanie w prezentacji wyników wyszukiwania opiera się na rodzaju tych wyników – czy są one specjalistyczne czy ogólne – to w rzeczywistości różnicowanie to wynika z ich pochodzenia, czyli z faktu, czy pochodzą one z konkurencyjnych porównywarek cen, czy z porównywarki należącej do Google. Sąd zauważył, że tylko specjalistyczne wyniki wyszukiwania Google, znane jako *Product Universals*, mogą być wyświetlane w specjalnych „ramkach" na stronie głównego wyszukiwania Google z bardziej rozbudowaną prezentacją, i są one zwolnione z obniżania pozycji przez algorytmy rankingowe. [1192]. Sąd doszedł do wniosku, że różnicowanie w traktowaniu wyników wyszukiwania przez Google nie opiera się na żadnej obiektywnej różnicy między dwoma typami wyników w Internecie. Zamiast tego, jest to wynik świadomej decyzji Google, aby traktować wyniki pochodzące z konkurencyjnych porównywarek cen mniej korzystnie niż wyniki z jej własnej porównywarki, poprzez stosowanie mniej widocznych metod prezentacji i pozycjonowania tych wyników[1193].

Twierdzenie Sądu, że dominujący przedsiębiorca – niezależnie od zróżnicowania danej sytuacji – powinien traktować działalność swoich konkurentów w taki sam sposób, w jaki traktuje swoją działalność stanowiącą ulepszenie wyników wyszukiwania (tj. produktów lub usługi, które przypominają te świadczone przez konkurentów) nie zapewnia należytej pewności prawnej dla przedsiębiorców działających na rynkach cyfrowych. W odniesieniu do cyfrowych ekosystemów, łączących wiele produktów i usług, oznaczałoby to obowiązek dzielenia się z konkurentami korzyściami ze wszystkich złożonych relacji tego ekosystemu. Ogranicza to korzyści płynące z wertykalnej integracji oraz możliwość swobodnego ulepszenia swoich produktów z korzyścią dla użytkowników. W tym zakresie należy jednak wziąć pod uwagę dodatkowe okoliczności sprawy *Google Shopping*. Po pierwsze należy uwzględnić zmianę strategii biznesowej dominującego operatora platformy. Po drugie należy ustalić, czy użytkownicy danej platformy rozróżniają wyniki wyszukiwania (tj. wyniki płatne oraz wyniki bezpłatne) oraz rozumieją różne mechanizmy wyświetlanych tam produktów[1194].

---

produkty uniwersalne i jednostki zakupowe, opiera się na tych samych zasadach trafności, które Google stosuje do wszystkich swoich wyników i reklam. W związku z tym Google traktował swoje uniwersalne produkty na równi ze wszystkimi bezpłatnymi wynikami, w tym traktowała usługę Google Shopping jednakowo ze wszystkimi swoimi reklamami.

[1192] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T 612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763pkt 285-286.

[1193] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T 612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 288.

[1194] W sprawie *Google Shopping*, operator najbardziej popularnej wyszukiwarki internetowej – Google początkowo wyświetlał własną porównywarkę cenową (nazywana ówcześnie Froogle) w wynikach naturalnych, podobnie jak konkurencyjne porównywarki – sytuacja Google i konkurentów była zatem porównywalna. Wyniki rynkowe Froogle, w przypadku jednakowego traktowania usług Google i rywali, były jednak stosunkowo słabe. Następnie Google zmienił swoją strategię (sposób prezentacji porównywarki cenowej Froogle) przenosząc własną usługę do specjalnej przestrzeni zakupowej (wyświetlanych nad wynikami naturalnymi w bogatym formie jako Google Shopping), co pozwoliło Google znacznie zwiększyć generowany ruch (tj. klikalność ofert wyświetlanych w ramach własnej porównywarki). Konsumenci znacznie

1.3.3. Kryterium środka dyskryminacji

Kryterium środka dyskryminacji w kontekście omawianej praktyki odnosi się do sposobu (techniki) wykorzystania siły rynkowej platformy, którą można uznać za *self-preferencing*. Zastosowanie określonego środka dyskryminacji skutkuje powstaniem asymetrycznej sytuacji między usługami lub produktami operatora platformy (lub jej jednostki zależnej) a konkurencyjnymi usługami lub produktami. Powyższe może dotyczyć prominentnego wyświetlania lub pozycjonowania własnych produktów, wykorzystania wiedzy dotyczącej algorytmu wyszukiwania produktów czy też preferencyjnego dostępu do określonych danych istotnych z perspektywy uzyskania odpowiedniej pozycji konkurencyjnej na platformie. W dalszej części pracy doktorskiej omówiono przykładowe kryteria (środki) dyskryminacji dotyczące wykorzystania algorytmu wyszukiwania oraz zbieranych danych na platformie[1195].

1.3.3.1. Wykorzystanie algorytmu wyszukiwania

Faworyzowanie własnej działalności dominującej platformy względem jej kontrahentów może być oparte na bezpośrednim manipulowaniu algorytmem wyszukiwania, tak aby wyświetlać (plasować[1196]) własne oferty w wynikach wyszukiwania nad ofertami konkurentów (tzw. stronniczość wyników) lub też polegać na bardziej subtelnej formie wykorzystania algorytmu wyszukiwania celem lepszego dostosowania się do jego kryteriów. Zróżnicowanie jest nieodłącznym elementem funkcjonowania rankingów wyszukiwania oraz niezwykle trudno jest ustalić, jak powinien wyglądać ranking „neutralny", „bezstronny" czy „obiektywny". Interesy operatora platformy, użytkowników biznesowych i konsumentów mogą być odmienne, a rolą operatora platformy jest „modernizacja" interakcji zachodzącej na platformie w celu generowania pozytywnych efektów sieciowych (zob. pkt I.2.1.3 pracy doktorskiej).

---

częściej klikali w wyniki, które są bardziej widoczne, tj. wyniki pojawiające się wyżej w wynikach wyszukiwania Google. Jednocześnie Google, za pomocą specjalnych algorytmów, obniżał miejsce pozycjonowania konkurencyjnych wyszukiwarek (obniżając ruch generowany przez konkurentów). Oznaczenie „sponsorowane" (odnoszące się płatnych wyników wyszukiwania Google) nie było przy tym łatwo zrozumiałe dla większości internautów jako oznaczające, że wyniki porównywarki produktów Google i wyniki konkurencyjnych porównywarek produktów są klasyfikowane według różnych mechanizmów. Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T 612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 313.

[1195] Należy zaznaczyć, że przykłady praktyki faworyzowania własnych produktów lub usług (*self-preferencing*) przedstawione w pracy nie są wyczerpujące. Oprócz wymienionych przypadków, *self-preferencing* może również obejmować sytuacje, w których operator platformy przyznaje swoim produktom lub usługom dostęp do specjalnych funkcjonalności na platformie, które nie są dostępne dla niezależnych dostawców. To może obejmować, na przykład, ekskluzywne możliwości promocyjne, priorytetowe umieszczanie w wynikach wyszukiwania (w specjalnych przestrzeniach niedostępnych dla niezaleznych dostawców), lub dostęp do zaawansowanych narzędzi analitycznych. Takie działania mogą stworzyć nierówny teren konkurencyjny, gdzie produkty lub usługi operatora platformy otrzymują „niezasłużoną" przewagę nad ofertami zewnętrznych dostawców.

[1196] Odnosi się to przyznawania określonej pozycji względem innych towarów lub usług w wynikach wyszukiwania. Ma to istotny wpływ na wybory dokonywane przez konsumentów, a co za tym idzie na sukces komercyjny użytkowników biznesowych oferujących konsumentom te towary i usługi.

W odniesieniu do bezpośredniego manipulowania algorytmem trafności, Komisja wydając decyzję w sprawie *Google Search*[1197] stwierdziła, że Google nadużyło swojej pozycji dominującej jako wyszukiwarka internetowa poprzez bezprawne faworyzowanie innego produktu Google: własnej porównywarki cenowej. Zgodnie z tą decyzją, Google systematycznie umieszczało na czołowym miejscu własną porównywarkę cenową, która nie podlegała ogólnym regułom algorytmu wyszukiwania, jednocześnie znacznie obniżając pozycję wyświetlania konkurencyjnych usług porównywania w wynikach wyszukiwania[1198]. Zdaniem KE, sukces sprzedażowy *Google Shopping* został osiągnięty dzięki zmianie strategii biznesowej[1199]. Wynikał on z uzyskania znacznego źródła ruchu dla własnej porównywarki, kosztem konkurencyjnych usług. Google zmieniło swój pierwotny model biznesowy, opierający się na wyświetlaniu ofert własnego sklepu w ramach niebieskich linków, na promowanie *Google Shopping* w specjalnie przeznaczonej przestrzeni zakupowej (pobierając opłaty od kliknięć) [1200] . Natomiastw związku z jednoczesnym obniżaniem pozycji wyświetlanych usług konkurencyjnych porównywarek w wynikach naturalnych Google, liczba odwiedzin na nich gwałtownie spadła[1201]. Metoda ta w opinii KE odbiegała od konkurencji merytorycznej, a zatem nie była ona wynikiem konkurencji opierającej się np. na jakości usług.

W badanej sprawie KE i Sąd podkreślili trzy szczególne okoliczności towarzyszące praktyce przedsiębiorcy Google dotyczącej faworyzowania własnej porównywarki cen w wynikach wyszukiwania ogólnego: (i) znaczenie ruchu generowanego przez ogólną wyszukiwarkę Google dla usług porównywania cen; (ii) zachowanie użytkowników podczas wyszukiwania w Internecie; oraz (iii) fakt, że ruch przekierowany ze stron wyników ogólnych Google stanowi dużą część ruchu do konkurencyjnych usług porównywania cen i nie może być skutecznie zastąpiony innymi źródłami[1202].

Faworyzowanie własnych usług w odniesieniu do algorytmu wyszukiwania, może mieć również charakter pośredni. Przykładowo, czynniki brane pod uwagę przez algorytm

---

[1197] Decyzja KE z 27.062017 r. w sprawie nr AT.39740, *Google Shopping*.
[1198] Innymi słowy, Google wykorzystało kontrolę nad platformą (wyszukiwarką) w celu faworyzowania własnej usługi. Usługi porównywarki cenowej Google były o wiele bardziej widoczne dla konsumentów w wynikach wyszukiwania, podczas gdy porównywarki cenowe konkurentów były o wiele mniej widoczne.
[1199] Komisja próbowała rozwikłać antykonkurencyjną strategię ze strony Google, opierając się na wewnętrznych dokumentach świadczących o tym, że Google wiedziało, iż wyniki rynkowe Froogle (poprzednika Google Shopping) były stosunkowo słabe. Na przykład jeden z dyrektorów Google napisał w 2007 roku, zanim Google zaczął rzekomo ustalać własne preferencje: „*Froogle po prostu nie działa*".
[1200] Jak wskazała KE (2017), dzięki tej zmianie liczba odwiedzin na porównywarce cenowej Google znacznie wzrosła (np. 45-krotnie w Wielkiej Brytanii, 35-krotnie w Niemczech).
[1201] Komisja ustaliła na przykład konkretne dowody nagłych spadków liczby odwiedzin na niektórych stronach internetowych konkurencji: o 85% w Zjednoczonym Królestwie, do 92% w Niemczech i 80% we Francji.
[1202] Wyrok Sądu z 14.09.2022 r. w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 169.

wyszukiwania, o ile formalnie mogą być tak samo stosowane wobec wszystkich dostawców, to jednak pośrednio mogą być łatwiejsze do spełnienia w przypadku własnych, zintegrowanych usług. Stałoby się tak ze względu na fakt asymetrycznego traktowania użytkowników na platformie. Z jednej strony, istniałby operator danej platformy, zarządzający daną platformą, tworzący dany algorytm wyszukiwania, z drugiej zaś – istnieliby pozostali dostawcy, niemający wpływu na kształt algorytmu, a nawet mogący nie mieć wiedzy na temat jego faktycznego działania. W takiej sytuacji operatorowi platformy internetowej łatwiej byłoby dopasować się do kryteriów algorytmu i lepiej mógłby on plasować własne usługi. Przykładowo, Prezes UOKiK w sprawie *Allegro*, wskazał, że operator platformy handlowej Allegro wykorzystywał informacje na temat funkcjonowania platformy, w tym dotyczące algorytmu trafności, niedostępne dla pozostałych sprzedawców, do lepszego pozycjonowania i wyświetlania własnych ofert w wynikach wyszukiwania ofert na platformie według kryterium trafności[1203].

W sprawie *Amazon* (usług logistycznych) włoski organ antymonopolowy wyjaśnił, że algorytm wykorzystywany przez operatora platformy handlowej Amazon służący do przydzielania „Buy Box"[1204] rozróżnia sprzedawców zewnętrznych na podstawie usługi logistycznej. Decyzja danego sprzedawcy, aby skorzystać z usług logistycznych Amazon dawała mu większe prawdopodobieństwo wygrania „Buy Box" w porównaniu do sprzedawcy, który realizował zamówienia na tej platformie handlowej korzystając z konkurencyjnych usług logistycznych[1205]. Podobnie, KE, w postępowaniu przeciwko Amazon, analizowała, czy kryteria ustalane przez Amazon dla wyłonienia zwycięzcy „Buy Box" oraz umożliwienia sprzedawcom oferowania produktów użytkownikom Prime w ramach programu lojalnościowego Amazon, prowadzą do faworyzowania działalności detalicznej tej platformy lub sprzedawców korzystających z usług logistycznych i dostawczych Amazona[1206].

[1203] Strategia faworyzowania własnej działalności sprzedażowej została podjęta przez Allegro w maju 2015 r., kiedy to pracownicy spółki odpowiedzialni za Oficjalny Sklep Allegro zauważyli, że oferty wystawiane za pośrednictwem Oficjalnego Sklepu Allegro (OSA) na platformie allegro.pl są nisko pozycjonowane według algorytmu trafności („na samym końcu"). Allegro wykorzystywało niedostępne dla pozostałych sprzedawców informacje na temat funkcjonowania swojej platformy sprzedażowej, np. o stosowanym algorytmie trafności, a także o zachowaniach kupujących na platformie allegro.pl, do lepszego pozycjonowania i wyświetlania własnych ofert w wynikach wyszukiwania na tej platformie. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*

[1204] Buy Box to element charakterystyczny dla platformy Amazon. Oferta, która pojawia się w Buy Boxie, to ta, która według Amazon jest najlepszą spośród wszystkich dostępnych dla danego produktu, stąd wyróżnienie jej i umiejscowienie w oknie "kup teraz". Oferty pozostałych sprzedawców pojawiają się poniżej. Pole „Buy Box" jest wyświetlane w widocznym miejscu na stronach internetowych Amazon i umożliwia klientom dodawanie produktów od konkretnego sprzedawcy bezpośrednio do koszyka. Zdobycie „Buy Box" (tj. wybranie oferty, która znajduje się w tym miejscu sprzedażowym) jest kluczowe dla sprzedawców na rynku, ponieważ Buy Box" wyraźnie pokazuje ofertę jednego sprzedawcy na wybrany produkt na platformach Amazon i generuje zdecydowaną większość cała sprzedaż.

[1205] Decyzja AGCM w sprawie *Amazon*.

[1206] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box.*

1.3.3.2. Wykorzystanie danych zbieranych na platformie

Dalszy potencjalny problem antymonopolowy może wynikać z faktu, że operator platformy może monitorować transakcje innych sprzedawców internetowych na swojej własnej platformie. Umożliwia to takim operatorom identyfikację konkurencyjnych produktów, dla których popyt jest szczególnie silny, aby następnie włączyć je do własnej sprzedaży. W sytuacji, gdy operatorzy platform są w stanie uzyskać lepsze warunki dostaw od producentów tych produktów (w porównaniu ze sprzedawcami dotychczas oferującymi te produkty na platformie), umożliwiałoby to im „przejęcie" popytu na platformie, wyparcie innych sprzedawców internetowych i odpowiednie poprawienie własnej pozycji na rynku [1207]. Podwójna rola platform internetowych sprawia zatem, że potencjalnie istnieje dyskryminacyjny dostęp do kluczowych danych, np. informacji dotyczących popytu na określone towary, czy też zachowań konsumentów na platformie (np. ruch na stronie internetowej platformy, konwersja ofert). Jako operator platformy handlowej, przedsiębiorca ten może śledzić wiele kluczowych danych biznesowych, aby w praktyce wykorzystywać je do lepszej optymalizacji własnej sprzedaży uzyskując przewagę konkurencyjną nad innymi sprzedawcami na platformie[1208].

Praktyka dyskryminacyjna w zakresie dostępu do informacji może polegać na tym, że „*przedsiębiorca dominujący w ogóle nie dostarcza informacji niezbędnych innym podmiotom do zaistnienia czy funkcjonowania na rynku*" albo na tym, że „*przedsiębiorca dominujący przekazuje wybranemu (wybranym) przedsiębiorcy (przedsiębiorcom) informacje, zwłaszcza o charakterze poufnym, dzięki którym przedsiębiorca ten może wzmocnić swoją pozycję na rynku*"[1209]. Aby przekazywane informacje mogły być instrumentem dyskryminacji, nie mogą one być powszechnie dostępne (nie mogą być bezpłatnie albo za niewielką opłatą udostępniane przez dominującą platformę) oraz muszą mieć charakter informacji o szczególnym znaczeniu biznesowym (tj. ich posiadanie stanowi istotną przewagę konkurencyjną na platformie i decyduje o możliwości dotarcia do konsumentów).

KE w postępowaniu w sprawie *Amazon Marketplace* zakwestionowała to, że Amazon systematycznie wykorzystuje niepubliczne dane handlowe pochodzące od niezależnych

---

[1207] Monopolkommission, *Competition policy: The challenge of digital markets. Special Report* (2015), http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 91.

[1208] Bundeskartellamt, AdC, *Competition Law and Data* (2016), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (data dostępu: 14.01.2023), s. 19.

[1209] A. Jurkowska, T. Skoczny, *Dyskryminacja pozacenowa w polskim i wspólnotowym prawie ochrony konkurencji. Raport z badań*, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (2008), https:// www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/doradztwo/03/DyskryminacjapozacenowaraportCSAiRAccentureiTP1. pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 26-27.

sprzedawców, którzy prowadzą sprzedaż na jego platformie, w celu rozwoju własnej działalności detalicznej Amazon, konkurencyjnej względem działalności niezależnych sprzedawców. Jako dostawca usług platformy handlowej Amazon ma dostęp do niepublicznych danych biznesowych sprzedawców zewnętrznych, takich jak liczba zamówionych i wysłanych produktów, przychody sprzedawców na rynku, liczba odwiedzin ofert sprzedawców itp. Zdaniem KE, powyższe dane były dostępne dla pracowników odpowiedzialnych za działalność sprzedażową Amazon oraz były one wykorzystywane, przy pomocy specjalnych algorytmów, do optymalizacji działalności sprzedażowej Amazon, np. pozwalały one temu przedsiębiorcy skoncentrować się na najlepiej sprzedających się produktach w różnych kategoriach produktów na platformie.

W sprawie Allegro, Prezes UOKiK ustalił, że wykorzystywanie przez Allegro informacji dotyczących zachowań kupujących na platformie allegro.pl, w tym źródeł ruchu, konwersji i atrybucji ofert Spółki, jak również klikalności poszczególnych powierzchni na platformie allegro.pl, kreowało przewagę konkurencyjną działalności sprzedaży detalicznej Allegro względem działalności niezależnych sprzedawców. Na podstawie tych danych Allegro była m.in. w stanie lepiej ocenić niż niezależni sprzedawcy, jaka jest efektywność sprzedaży podejmowanej na platformie allegro.pl. Na tej podstawie Allegro analizowało, które przestrzenie promocyjne na platformie allegro.pl były najbardziej efektywne oraz podejmowała decyzje biznesowe, gdzie, i jakie oferty Allegro powinno wyświetlić, żeby generowały one jak największy ruch, tj. „przekliki" do ofert tej spółki. W konsekwencji, na podstawie tych informacji Allegro decydowało, w jaki sposób promować i prezentować swoje oferty lub stosować dane funkcje reklamowe i sprzedażowe, aby uzyskać jak najlepszą konwersję.

Operator platformy Apple i pośrednik we wszystkich transakcjach w aplikacji między twórcami aplikacji do strumieniowego przesyłania muzyki a klientami Apple może uzyskiwać dostęp do istotnych informacji, które umożliwiają Apple optymalizację kampanii marketingowych w celu przyciągnięcia i zatrzymania klientów Apple Music. Operator platformy handlowej uzyskując dane na temat ruchu na własnej platformie (najchętniej klikanych miejsc na platformie, konwersji ofert), może je wykorzystać, aby zoptymalizować własną działalność sprzedażową na tej platformie, np. aby pozycjonować własną ofertę w najlepszych miejscach na platformie. Tym samym, narzucenie korzystania z własnej technologii płatności za zakupy w aplikacji twórcom aplikacji może umożliwiać Apple zbieranie znacznych ilości wrażliwych danych o usługach konkurujących z Apple Music, takich jak dane dotyczące sukcesu niektórych

(nowych) opcji subskrypcji, wyników sprzedażowych konkurencji w różnych krajach i regionach, skuteczność ich strategii promocyjnych i inne wskaźniki wydajności.

W sprawie *Google AdTech* Komisja Europejska bada wykorzystywanie przez Google przewagi w zakresie danych lub ograniczeń nałożonych na osoby trzecie w dostępie do danych w usłudze technologii reklamowych (AdTech) ze szkodą dla konkurencyjnych dostawców usług technologii reklamowych, reklamodawców i wydawców internetowych [1210] . Problem antymonopolowy może budzić ogłoszone przez Google wycofanie plików cookie stron trzecich w przeglądarce Chrome, propozycja „Piaskownicy prywatności" („Privacy Sandbox") w usłudze Google Ad Manager [1211] oraz plany zaprzestania udostępniania identyfikatora reklamowego stronom trzecim na inteligentnych urządzeniach mobilnych z systemem Android, gdy użytkownik zrezygnuje z reklam spersonalizowanych. Powyższe zmiany mogą uniemożliwić lub ograniczyć stronom trzecim dalsze oferowanie ukierunkowanych (spersonalizowanych) reklam[1212]. Spersonizowane dane użytkowników (np. wiek, płeć, dane demograficzne) są bowiem niezbędne do oferowania ukierunkowanych reklam (zob. pkt I.2.3.6 pracy doktorskiej)[1213]. Ograniczenie dostępu do danych dla stron trzecich (reklamodawców, wydawców, konkurencyjnych pośredników w wyświetlaniu reklam), które nadal będą dostępne dla usług pośrednictwa reklamowego Google, może kreować przewagę konkurencyjną tego operatora. Konkurencyjni dostawcy technologii reklamowych mający mniejszy dostęp do danych, są mniej zdolni do śledzenia użytkowników i dlatego mogą być mniej atrakcyjni dla reklamodawców niż Google[1214].

CMA w swojej decyzji zobowiązującej podkreślił ryzyko, że propozycja „Piaskownicy prywatności" ogranicza możliwości gromadzenia i kierowania informacji przez konkurencyjnych wydawców i dostawców technologii reklamowych. Tymczasem Google utrzyma korzystny dostęp do własnych danych. CMA zwróciło uwagę, że w ramach propozycji

[1210] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143 (data dostępu: 10.02.2023 r.).
[1211] Google Ad Manager służy do sprzedaży zasobów reklamowych za pośrednictwem łańcucha dostaw technologii reklamowych. Zawiera następujące produkty: platforma SSP (wcześniej nazywana: „DoubleClick Ad Exchange"), giełda reklam (wcześniej nazywana: „DoubleClick Ad Exchange") serwer reklam wydawcy (wcześniej nazywany: „DoubleClick for Publishers").
[1212] Inicjatywa „Piaskownica prywatności" ma na celu tworzenie technologii internetowych, które będą chronić prywatność użytkowników online. Na mocy tej inicjatywy Google wycofa z Piaskownicy prywatności pliki cookie innych firm i ograniczy tajne śledzenie; https://support.google.com/admanager/answer/12270545?hl=pl (data dostępu: 10.02.2023 r.).
[1213] Istnieją różna metody do zbierania tych danych, m.in. przy pomocy plików cookies oraz wykorzystywania identyfikatorów reklamowych. W przypadku wykorzystania w tym celu plików cookies odwiedzana strona umieszcza na używanym urządzeniu (np. komputerze) pliki cookies, co umożliwia rozpoznanie urządzenia przy kolejnej wizycie, a tym samym gromadzenie informacji o internaucie (użytkowniku). Z kolei identyfikatory reklamowe to metoda specyficzna dla środowisk aplikacji. Urządzenia mobilne mają unikalny identyfikator dla każdego urządzenia, zwany Android Advertising Identifier dla urządzeń Google Android, który może być używany przez aplikacje do celów kierowania reklam.
[1214] Raport AAAC nt. platform internetowych, s. 130.

część funkcjonalności realizowanych obecnie przez dostawców technologii reklamowych zostanie przeniesiona do Google Chrome. CMA uznała, że samo ogłoszenie propozycji, jak również wstępne kroki podjęte przez Google w celu ich wdrożenia, prawdopodobnie stanowiły nadużycie w konkretnych okolicznościach sprawy.

Francuski organ antymonopolowy (AdC) uznał, że Google za pośrednictwem własnego serwera reklam [1215] (DoubleClick for Publishers – DFP), faworyzował własne usługi platformy sprzedaży reklam – SSP[1216] (DoubleClick Ad Exchange – ADX), oferując AdX korzystniejsze warunki w dostępie do zbieranych danych w porównaniu do warunków oferowanych konkurencyjnym platformom sprzedaży reklam (SSP)[1217].

Serwer reklam umożliwia wydawcom zarządzanie sprzedażą powierzchni reklamowej w sposób jednolity, w szczególności dając wydawcy możliwość wyboru, dla tej samej powierzchni reklamowej, pomiędzy transakcjami zawieranymi bezpośrednio z reklamodawcami a sprzedażą programatyczna (z wykorzystaniem technologii reklamowej) na wielu platformach organizujących aukcje (tj. według zautomatyzowanego mechanizmu)[1218].

Zakres praktyki Google, badanej przez francuski organ regulacyjny, ewoluował w czasie. Google wprowadził „dynamiczną alokację" dla wydawców używających jego serwera reklamowego (DFP). W tym modelu wydawcy określali minimalną cenę na podstawie przewidywanych ofert od zewnętrznych dostawców SSP. Serwer reklamowy Google (DFP), działając w imieniu wydawców, prosił o oferty w czasie rzeczywistym jedynie od własnej platformy sprzedażowej (AdX), nie nawiązując kontaktu z innymi konkurencyjnymi platformami SSP. Jeśli przez AdX nie znalazł się kupujący, wyświetlenie reklamy displayowej było przekazywane innym platformom SSP. W związku z tym Francuski Urząd Konkurencji

---

[1215] Serwery reklam są odpowiedzialne za podejmowanie natychmiastowych decyzji o tym, jakie reklamy mają być wyświetlane w witrynie, a następnie ich wyświetlanie.

[1216] Wydawcy korzystają z platformy sprzedaży reklam (*supply side platform* – SSP) służącej do programowej sprzedaży reklam. Platformy SSP to „rynki", na których spotykają się nabywcy powierzchni reklamowej i wydawcy pragnący sprzedać powierzchnię reklamową (lub „wyświetlenia"). Zwykle pozyskują oferty od reklamodawców za dane wyświetlenie, następnie przeprowadzają aukcję między różnymi cenami oferowanymi przez reklamodawców, a na końcu przesyłają zwycięską ofertę do serwera reklam. Gdy użytkownik odwiedza witrynę internetową lub aplikację, miejsca na reklamy displayowej w witrynie (tj. stronie internetowej danego wydawcy) są przydzielane reklamodawcom za pośrednictwem serii niemal natychmiastowych aukcji prowadzonych przez pośredników zajmujących się technologią reklamową. Model biznesowy platform SSP zazwyczaj opiera się na naliczaniu prowizji obliczanej jako określony odsetek (np. 5-25%) od kwoty transakcji. Usługi platform SSP mogą być oferowane wydawcom, jako samodzielne produkty lub w pakiecie z serwerami reklamowymi oferowane przez pionowo zintegrowanych przedsiębiorców, takich jak Google.

[1217] Decyzja AdC z 7.06.2023 r. w sprawie 21-D-11, *Google AdTech*, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2021-07/21-d-11_ven.pdf (data dostępu: 16.12.2023 r.)(dalej: „**Decyzja AdC w sprawie *Google AdTech***").

[1218] Aby zoptymalizować swoje przychody i zmaksymalizować szanse na sprzedaż danej powierzchni reklamowej, wydawcy zazwyczaj oferują sprzedaż tej samej powierzchni reklamowej za pośrednictwem wielu platform sprzedaży (SSP) jednocześnie. Wydawcy zazwyczaj używają jednak jedynie jednego serwera reklam do organizowania konkurencji między różnymi platformami sprzedaży.

(AdC) stwierdził, że serwer reklamowy Google (DFP) umożliwiał własnej usłudze sprzedaży reklam – AdX – składanie ofert w czasie rzeczywistym, podczas gdy konkurencyjni operatorzy platform SSP mieli do dyspozycji jedynie szacunkowe stawki[1219].

Aby przeciwdziałać wadom schematu dynamicznej alokacji, opracowano technologię Header Bidding. Jej celem było umożliwienie wszystkim uczestniczącym dostawcom SSP konkurowanie ze sobą na podstawie ich bieżącego zapotrzebowania. Jednakże, AdC ustalił, że Google, dążąc do zminimalizowania konkurencyjnej presji, skonfigurował swój serwer reklamowy DFP w sposób, który tworzył asymetrię informacyjną na korzyść AdX, wykorzystując tzw. przewagę „ostatniego spojrzenia". Po zakończeniu aukcji w systemie Header Bidding, DFP ponownie przesyłał AdX zwycięską stawkę jako minimalną cenę. W rezultacie, nawet po wprowadzeniu Header Bidding, AdX nadal utrzymywał tę samą przewagę informacyjną, co w przypadku dynamicznej alokacji[1220].

Serwer reklamowy Google (DFP) przekazywał platformie sprzedażowej Google (AdX) informacje o cenach oferowanych za dane powierzchnie reklamowe (lub emisje) przez konkurencyjne platformy SSP. AdX wykorzystywał te dane do optymalizacji swojego procesu licytacji, dostosowując prowizje uzyskiwane ze sprzedanych wyświetleń w zależności od poziomu intensywności konkurencji[1221]. Taki preferencyjny dostęp do informacji umożliwiał AdX przebijanie ofert konkurentów[1222]. Dzięki temu Google, za pośrednictwem AdX, mógł wygrywać aukcje, oferując minimalnie wyższą stawkę niż konkurenci (np. Google przez AdX mógł przelicytować o 0,01 EUR najlepszą konkurencyjną ofertę). Ponadto, AdC stwierdził, że Google, poprzez AdX, faworyzował swoją usługę DFP, ograniczając pełną interoperacyjność z konkurencyjnymi platformami SSP. To sprawiło, że wydawcy częściej wybierali korzystanie z usługi Google (DFP) niż z serwerów reklamowych innych dostawców[1223].

1.3.4. Kryterium antykonkurencyjnego skutku (zróżnicowane warunki konkurencji)

Analizowane działania rynkowe, jako formy antykonkurencyjnej dyskryminacji, mogą przybierać charakter: (i) wykluczający, np. poprzez zakłócanie mechanizmów konkurencyjnych na rynku niższego szczebla, na którym prowadzą działalność kontrahenci dominującego podmiotu; (ii) eksploatacyjny, np. poprzez wykorzystywanie (wyzyskiwanie)

[1219] Decyzja AdC w sprawie *Google AdTech*.
[1220] *Ibidem*.
[1221] Zapewniało to Google możliwość dynamicznego dostosowywania swojego udziału w przychodach do presji konkurencyjnej
[1222] Jednocześnie preferencyjny dostęp do danych pozbawiał konkurencyjnych platform znacznej liczby transakcji.
[1223] Decyzja AdC w sprawie *Google AdTech*.

kontrahentów w wyniku narzucania im nierównych warunków świadczenia usług, zmuszając ich do działań niekorzystnych, na które nie zgodziliby się w normalnych warunkach wolnej konkurencji; oraz (iii) mieszany, łączący elementy wykluczające i eksploatacyjne. *Self-preferencing* może skutkować nadużyciami wertykalnymi i poziomymi o charakterze wykluczającym, zachęcać do nadużyć eksploatacyjnych oraz generować nadużycia wynikające z zależności ekonomicznej.

Art. 102 lit. c) TFUE oraz art. 9 ustęp 2 punkt 3 u.o.k.k. wskazują, że dyskryminacyjna praktyka musi tworzyć dla partnerów handlowych (osób trzecich) „niekorzystne warunki konkurencji" („zróżnicowane warunki konkurencji"). W swoim dosłownym znaczeniu, nie jest to wysoki próg. Gdy zintegrowane pionowo przedsiębiorstwo traktuje swoją własną operację na niższym szczeblu korzystniej niż jego konkurenci, ci konkurenci znajdują się w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej. W szeregu decyzji, KE interpretowała próg w sposób liberalny, najwyraźniej wywodząc niekorzystną pozycję konkurencyjną z istnienia dyskryminacji. To skłoniło uczonych do scharakteryzowania warunku niekorzystnej pozycji konkurencyjnej jako „niezbyt wymagającego" a nawet czasami „ignorowanego"[1224]. Podobnie, na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej wskazano, że możliwość stwierdzenia praktyk ograniczających konkurencję w odniesieniu do stanów faktycznych, w których wystąpiły faktyczne skutki w postaci zróżnicowania warunków konkurencji wynika z ustawowego zwolnienia organu antymonopolowego z podwyższonego standardu dowodzenia. Obowiązki dowodowe Prezesa UOKiK ograniczyć się mogą jedynie do stwierdzenia potencjalnych możliwości powstania skutku w postaci zróżnicowania warunków konkurencji [1225]. Innymi słowy, dla uznania różnicowania warunków za praktykę dyskryminującą wystarczy, że antykonkurencyjne skutki nastąpią jedynie potencjalnie[1226]. Na gruncie dyskryminacji cenowej, w wyroku w sprawie *MEO* TS ustanowił jednak wyższy standard naruszenia art. 102 lit. c) TFUE, który wymaga uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących być pomocne w określeniu niekorzystnej

[1224] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 192; D. Geradin, N. Petit, *Price Discrimination Under EC Competition Law*, "Global Competition Law Centre Working Paper Series" 2005, nr 7/5, s. 10.

[1225] C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 303.

[1226] Podobnie, w przypadku postępowania przed francuskim urzędem ochrony konkurencji dotyczącego rzekomego nadużywania pozycji dominującej przez Apple na szkodę operatorów działających na niższych poziomach rynku, skarżący wnioskujący o zastosowanie środków tymczasowych przez francuski organ antymonopolowy w związku z działaniami Apple argumentowali, że orzecznictwo nie wymaga dowodzenia antykonkurencyjnego efektu w sytuacji, gdy pojawiają się niesprawiedliwe (dyskryminacyjne) warunki handlowe. Według nich, jeśli praktyka stosowana przez Apple na rynku dystrybucji aplikacji na iOS ma prawdopodobnie prowadzić do wykluczenia na dwóch powiązanych rynkach, gdzie Apple konkuruje z wydawcami aplikacji, wystarczające jest wykazanie różnic w traktowaniu, aby udowodnić zastosowanie strategii preferowania własnych usług. Operator dominujący, który jest zintegrowany pionowo, musi zapewnić, że jego konkurenci będą mogli rywalizować na równych warunkach pod względem jakości na niższym szczeblu rynku. Zob.: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2021-04/21d07_en.pdf. (data dostępu: 15.12.2023 r.).

sytuacji konkurencyjnej, przy jednoczesnym nawiązaniu do znaczenia testu równie efektywnego konkurenta. Samo istnienie natychmiastowych niekorzystnych skutków dla podmiotów gospodarczych, na które nałożono wyższe ceny w porównaniu z cenami stosowanymi wobec ich konkurentów w odniesieniu do równoważnych świadczeń, nie oznacza jednak, że konkurencja została lub może zostać zakłócona[1227].

W odniesieniu do oceny faworyzowania (dyskryminacji) jako praktyki eksploatacyjnej, Prezes UOKiK w sprawie *Allegro* zauważył, że tego typu zachowania, jak dyskryminacja (nieuzasadnione różnicowanie), nie muszą prowadzić do skutków *stricte* wykluczeniowych w postaci całkowitego zamknięcia dostępu do rynku oraz wyeliminowania znacznej ilości konkurentów przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą z rynku[1228]. Dla stwierdzenia przez organ antymonopolowy tego typu nadużywania pozycji dominującej jest zatem kluczowe wykazanie, że nierówne (dyskryminacyjne) traktowanie prowadzi do stworzenia przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą niekorzystnych (zróżnicowanych) warunków konkurencji. Prezes UOKiK, wbrew twierdzeniom Allegro, nie ocenił zachowania tego przedsiębiorcy jako praktyki *stricte* wykluczającej oraz nie przesądził, że zachowanie Allegro spowodowało ekstremalną eliminację konkurencji na platformie allegro.pl (poprzez odejście z tej platformy znacznej ilości niezależnych sprzedawców)[1229].

W odniesieniu do dyskryminacji, jako praktyki wykluczającej, podkreśla się, że *self-preferencing* nie stanowi sam w sobie nadużycia pozycji dominującej (nie jest zakazana *per se*), ale podlega testowi oceny jej skutków. Przedmiotowe zachowanie może być uznane za nadużycie, gdy nie jest ono uzasadnione względami prokonkurencyjnymi oraz może powodować antykonkurencyjne transferowanie (przeniesienie) siły rynkowej [1230]. Taka ocena *ex post* często wymaga szeroko zakrojonego badania złożonych okoliczności faktycznych w każdym rozpatrywanym przypadku z osobna (tj. analizy *case-by-case*)[1231].

W praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych, analiza antykonkurencyjnych efektów preferowania przez dominującego operatora platformy internetowej własnych produktów lub

---

[1227] Wyrok TS z 19.04.2018 r. w sprawie C-525/16, *Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia,* EU:C:2018:270, pkt 26-27.

[1228] Praktyka ta może mieć charakter zarówno wykluczający (przykładowo, poprzez zniekształcenie mechanizmów konkurencji na rynku niższego szczebla, na którym prowadzą działalność gospodarczą kontrahenci dominanta poprzez ich dyskryminowanie), jak i eksploatacyjny (przykładowo, poprzez wyzyskiwanie kontrahentów w wyniku stworzenia im niejednolitych warunków świadczenia usług).

[1229] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro.*

[1230] Raport Crémera, s. 66.

[1231] KE, *Wniosek z 15 grudnia 2020 r. dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kwestionowanych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych)*, COM/2020/842, pkt 5.

usług zwykle koncentruje się na dwóch aspektach: (i) antykonkurencyjnym wykluczeniu z rynku oraz (ii) szkodzie wyrządzonej użytkownikom lub konsumentom (wykazywanej pośrednio przez naruszenie skutecznej struktury konkurencji). Teoria szkody związana z wykluczeniem bazuje na badaniu sposobu, w jaki zintegrowany pionowo operator wprowadza mechanizm dyskryminacji, który wpływa na możliwości wejścia na rynek lub ekspansji konkurentów. Zależnie od rodzaju i siły działania strategii dyskryminacyjnej, wykluczenie może być efektem skumulowanym ograniczonego (nierównego) dostępu do kluczowych zasobów lub danych, podwyższenia kosztów dla konkurentów, lub obniżenia ich motywacji do innowacji i rozwoju. Możliwe ograniczenie wolności konkurowania stanowiło z kolei wskaźnik (ang. *proxy*) naruszenia procesu konkurowania (niezakłóconej konkurencji) oraz ograniczenia dobrobytu konsumentów poprzez ograniczenie im możliwości wyboru, lepszej jakości produktu oraz możliwości wzrostu innowacyjności (poprzez zmniejszenie bodźców do innowacji)[1232].

W omawianym kontekście antykonkurencyjne zamknięcia dostępu do rynku można zdefiniować jako wykorzystanie siły rynkowej dominującej platformy w celu pozbawienia konkurentów ich zdolności do rywalizowania. Dzieje się tak poprzez niezapewnienie im dostępu – na tych samych warunkach co dostęp dla przedsiębiorcy dominującego lub podmiotu gospodarczego z nim powiązanego – do istotnych czynników produkcji lub klientów[1233]. W tym przypadku efekt wykluczenia niekoniecznie oznacza ścisłe i drastyczne wykluczenie w postaci eliminacji znacznej ilości konkurentów z rynku. To może również oznaczać nakładanie na konkurentów ograniczeń, które zmniejszają ich zdolność do efektywnej konkurencji, np. poprzez zwiększanie kosztów, z jakimi muszą się mierzyć rywale. W tym zakresie uznaje się zatem, że podmiot dotknięty skutkami dyskryminacji ma mniej korzystne warunki konkurencji (jest w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej) niż ten niedotknięty praktyką. Pozwala to na stwierdzenie, że niektórzy kontrahenci są faworyzowani z nieuzasadnionych przyczyn, co pozostałym uczestnikom rynku utrudnia konkurencję, stwarza bariery rozwoju, co w konsekwencji wywiera negatywny wpływ na konkurencję na rynku i jej uczestników[1234]. W wyniku preferowania własnych produktów lub usług, konkurencja może zostać zakłócona

[1232] Colomo I. P., *Restrictions on Innovation in EU competition law*, "LSE Research Online" 2016, nr 4, s. 9-10. Można to rozumieć jako proces, w którym konkurencja wywiera presję na przedsiębiorców, aby odróżniały się poprzez doskonalenie swoich produktów lub usług. OECD, *The Role of Innovation in Competition Enforcement*, Paryż 2023, s. 12.
[1233] Wyrok High Court of England and Wales z 12 lutego 2016 r. w sprawie *Streetmap EU Ltd przeciwko Google Inc* [2016] EWHC 253 (Ch), pkt 63.
[1234] A. Jurkowska-Gomułka, *Komentarz do art. 9*, [w:]: T. Skoczny. (red.), *Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2014, s. 477.

zarówno na rynku wyższego, jak i niższego szczebla, co przynosi korzyści operatorowi platformy zintegrowanej pionowo lub podmiotowi z nim powiązanemu. Taka sytuacja, gdzie operator platformy konkuruje z użytkownikami biznesowymi, może zakłócić konkurencję na obu szczeblach rynku. Może to z kolei prowadzić do pośrednich efektów wykluczających na rynku, na którym platforma posiada dominującą pozycję, dodatkowo umacniając dominację operatora platformy.

W sprawie *Google Shopping* Komisja analizując zachowanie użytkowników przeglądarki[1235] wskazała związek przyczynowo-skutkowy między zachowaniem polegającym na faworyzowaniu *Google Shopping* (tj. własnej porównywarki cenowej Google) oraz znacznym obniżeniem pozycji wyświetlania konkurencyjnych usług w wynikach wyszukiwania naturalnego[1236], a spadkiem ruchu innych porównywarek cenowych. W swojej decyzji Komisja w dużym stopniu opierała się także na dowodach faktycznego wykluczenia, tj. nagłego spadku ruchu kierowanego do konkurencyjnych porównywarek na skutek zaniżania ich pozycji w wynikach wyszukiwania, szczególnie w Wielkiej Brytanii, Niemczech i Francji. Tego typu zachowanie w opinii Komisji mogło zatem doprowadzić do efektu wykluczenia konkurencyjnych usług, a przez co mogło prowadzić do wyższych opłat dla sprzedawców korzystających z usług porównywarek cenowych (a także do wyższych cen dla konsumentów, jeśli sprzedawcy odzwierciedlą wyższe opłaty we własnych cenach). KE stwierdziła ponadto, że zachowanie to prawdopodobnie ograniczyło motywację konkurencyjnych porównywarek do wprowadzania innowacji, pośrednio szkodząc konsumentom poprzez obniżenie jakości.

W decyzji zobowiązującej w sprawie *Amazon*, Komisja wyraziła swoje obawy, że przypadki faworyzowania własnej działalności sprzedażowej przez Amazon (Retail) w postaci użycia danych przez Amazon zazwyczaj generują, z jednej strony, strukturalną przewagę konkurencyjną dla Amazon Retail nad sprzedawcami zewnętrznymi konkurującymi na jego platformach *e-commerce,* a z drugiej strony, zwiększone ryzyka i koszty dla sprzedawców zewnętrznych w celu generowania transakcji na platformach *e-commerce* Amazon, w konkurencji z Amazon Retail. W konsekwencji Komisja stwierdziła, że zachowanie związane z wykorzystaniem danych mogłoby ostatecznie prowadzić do w dużej mierze wykluczenia sprzedawców zewnętrznych ze sprzedaży produktów o najwyższym popycie, gdzie zazwyczaj

[1235] Jak wskazała Komisja, pierwszych dziesięć wyników ogólnego wyszukiwania na pierwszej stronie ekranu komputera otrzymuje zwykle około 95% wszystkich kliknięć w przypadku ogólnych wyników wyszukiwania (a pierwszy wynik otrzymuje około 35% wszystkich kliknięć).

[1236] Dowody wskazały na to, że nawet najwyżej zaszeregowane usługi konkurentów znajdują się średnio dopiero na czwartej stronie wyników wyszukiwania Google, a pozostałe jeszcze dalej.

konkurowałby Amazon Retail. Informowanie i dostosowywanie ofert Amazon Retail na podstawie danych sprzedawców zewnętrznych pozwala Amazonowi w dużym stopniu kontrolować wynik konkurencji na jego platformach *e-commerce* i ograniczać zdolność sprzedawców zewnętrznych do stania się wiarygodnymi konkurentami Amazon Retail[1237].

W sprawie *Amazon (usługi logistyczne)*, włoski organ antymonopolowy (AGCM) stwierdził, że Amazon faworyzował swoje usługi poprzez wiązanie korzystania z usługi Fulfillment by Amazon (FBA) z dostępem do zestawu wyłącznych korzyści, które są kluczowe dla zwiększenia widoczności i sprzedaży na Amazon.it[1238]. W ocenie AGCM, dostęp do tych korzyści jest istotny dla zwiększenia widoczności, pobudzenia sprzedaży i sukcesu ofert sprzedawców na stronie Amazon.it. Poprzez swoje działania Amazon zaszkodził konkurencyjnym operatorom logistyki e-handlu, ograniczając ich możliwości prezentowania się sprzedawcom internetowym jako dostawcy usług o jakości zbliżonej do FBA. W rezultacie ci operatorzy nie mogli zapewnić takiej samej widoczności na Amazon.it, co Amazon. Taka praktyka Amazona pogłębiła różnicę w sile rynkowej między Amazonem a jego konkurentami, także w obszarze dostarczania przesyłek w ramach e-handlu[1239].

W sprawie dotyczącej platformy nieruchomości Funda, holenderski sąd musiał rozstrzygnąć kwestię zróżnicowanego traktowania przez platformę internetową. Funda, będąca własnością federacji agentów nieruchomości NVM, była oskarżona przez agencje z konkurencyjnej federacji VBO o dyskryminowanie ich w porównaniu z agentami NVM, szczególnie pod względem rankingu w wyszukiwarce. Sąd rozpatrywał to zachowanie w kontekście art. 102 ust. c, stwierdzając, że Funda faktycznie stosowała różne warunki dla równoważnych transakcji. Jednakże orzekł, że taka dyskryminacja nie skutkowała niekorzystną sytuacją konkurencyjną. Wyrok ten został podtrzymany przez sąd apelacyjny, który dodatkowo badał, czy na niższym rynku usług nieruchomościowych istnieje sytuacja niekorzystna dla konkurencji. Sąd zauważył, że zakup domu ma inny charakter niż zakup innych dóbr konsumpcyjnych i że konsumenci przeprowadzają bardzo dokładne poszukiwania, w związku z czym niższa pozycja w rankingu nie musi automatycznie prowadzić do niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej[1240] .

[1237] Decyzja KE z 20.12. 2022 r. w sprawach połączonych AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box*, pkt 183.

[1238] Jedną z najważniejszych korzyści jest etykieta Prime, ułatwiająca sprzedaż produktów ponad 7 milionom najbardziej lojalnych i wydających klientów, członków programu lojalnościowego Amazon. Sprzedawcy zewnętrzni nie mogli przypisać etykiety Prime do swoich ofert, jeśli nie korzystali z usługi FBA.

[1239] Decyzja AGCM w sprawie *Amazon*.

[1240] Wyrok Sądu w Amsterdamie z 21.03.2018 w sprawie C/13/528337, *VBO Makelaar przeciwko Funda* , NL:RBAMS:2018:1654.

Praktyki Apple, będące przedmiotem postępowania KE w sprawie *AppStore*, związane z obowiązkowymi płatnościami za pośrednictwem mechanizmu zakupów w aplikacji Apple, mogą powodować, że konkurenci Apple będą mniej konkurencyjni na rynku usług strumieniowego przesyłania muzyki[1241]. Na tym rynku Apple bezpośrednio konkurowało z nimi za pośrednictwem Apple Music. Nie podlegając tym samym ograniczeniom, które nakłada na swoich konkurentów, Apple może oferować swoją usługę Apple Music w niższej cenie. Takie działanie przedsiębiorcy może zakłócać konkurencję na korzyść własnej usługi Apple Music, kosztem rywali. Teoria szkody, wskazująca na antykonkurencyjny charakter tego zachowania, mogłaby mieć miejsce, na przykład, gdy główni dostawcy aplikacji do strumieniowego przesyłania muzyki (np. Spotify), konkurujący z Apple Music, byliby zmuszeni podnieść ceny subskrypcji w swojej aplikacji na iOS powyżej poziomu oferowanego w alternatywnych kanałach subskrypcji poza ekosystemem iOS[1242], w sytuacji gdy nawet Apple Music nie mogłoby działać z zyskiem, gdyby sam Apple musiałby ponosić prowizję za pośrednictwem własnego mechanizmu zakupów w aplikacji[1243].

W swojej decyzji dotyczącej technologii reklamowej Google AdTech, Francuski Urząd Konkurencji (AdC) skoncentrował się na szkodach wyrządzanych rywalom i wydawcom przez Google. AdC stwierdził, że serwer reklamowy Google (DFP) zdołał zwiększyć swój udział w rynku, podczas gdy udziały konkurencyjnych serwerów reklamowych spadały, a niektóre z nich nawet wycofały się z rynku. Platforma sprzedażowa Google (AdX) utrzymywała wyższe ceny niż konkurenci, nie tracąc przy tym tempa wzrostu w stosunku do rywali. Wydawcy, zwłaszcza z branży prasowej, stracili na tym, ponieważ pozbawieni zostali możliwości korzystania z wyższych cen konkurencyjnych oferowanych przez operatorów platform SSP, co skutkowało utratą przychodów z możliwej sprzedaży swoich zasobów reklamowych[1244].

W przypadkach omówionych powyżej, organy ds. konkurencji skupiały się na wskazaniu dowodów na istnieniu (i znaczeniu) wykluczenia, a nie na rzeczywistej bezpośredniej szkodzie dla dobrobytu konsumentów. Analiza antykonkurencyjnych skutków praktyki faworyzowania

---

[1241] W dniu 28.02.2023 r. KE poinformowała, że nie koncentruje się już na legalności obowiązkowych płatności w kontekście dochodzenia antymonopolowego, lecz raczej skupia się na ograniczeniach umownych nałożonych przez Apple na twórców aplikacji. Te ograniczenia uniemożliwiają im informowanie użytkowników iPhone'a i iPada o alternatywnych, tańszych opcjach subskrypcji muzyki dostępnych poza aplikacją oraz na skuteczne ich wykorzystanie. Zob.: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1217 (data dostępu: 16.12.2023 r.).

[1242] Potencjalnie zmniejszałoby to bowiem nie tylko pozyskiwanie (konwersję) nowych abonentów, ale także zmniejszałoby retencję dotychczasowych abonentów. Ponadto, hipotetyczne na skutek omawianej praktyki, główni dostawcy strumieniowego przesyłania muzyki, albo całkowicie mogliby zrezygnowali z subskrypcji w aplikacji na urządzeniach z systemem iOS, albo mogliby nie korzystać z technologii płatności za zakupy Apple w aplikacji w przypadku subskrypcji w aplikacji.

[1243] D. Geradin, D. Katsifis, *The antitrust case against the Apple App Store*, "TILEC Discussion Paper" 2020, nr 35, s. 68-69.

[1244] Decyzja AdC w sprawie *Google AdTech*.

własnych produktów i usług przez dominującego operatora platformy zwykle koncentrowała się na wyjaśnieniu, w jaki sposób takie działania zapewniały mu niezasłużoną przewagę konkurencyjną i stawiały konkurentów w niekorzystnej sytuacji[1245]. Niekorzystna sytuacja konkurencyjna nie jest sama w sobie wystarczająca do stwierdzenia antykonkurencyjnego efektu. Konieczne jest wykazanie, że ta niekorzystna sytuacja konkurencyjna ma, lub prawdopodobnie będzie miała, skutek wykluczenia z rynku równie efektywnych konkurentów[1246].

1.4. *Self-preferencing* jako konkurencja merytoryczna oraz obiektywne uzasadnienie

Trudno jest wytyczyć granice między tym, co stanowi uzasadnione powody angażowania się platformy w zróżnicowane traktowanie, a tym, co stanowi nadużycie.

Faworyzowanie własnych produktów lub usług może być przejawem innowacji związanej z rozwojem usług lub produktów. Nieodłącznym elementem sposobu działania i innowacji przedsiębiorców wykorzystujących model platform internetowych jest to, że mogą one traktować różne sytuacje w odmienny sposób oraz mogą opracowywać nowe i ulepszone funkcje swoich usług lub produktów. Poprawa jakości z korzyścią dla konsumentów to zachowania, które powinny być promowane, a nie karane, przez prawo antymonopolowe. Projektowanie produktów jest ważnym wymiarem konkurencji, a potępianie ich legalnych ulepszeń grozi szkodą dla konsumentów[1247]. Rozwój techniczny lub ulepszenie produktów są korzystne dla konkurencji, a tym samym dla konsumentów. Dlatego też ulepszanie danego produktu można uznać za nadużycie tylko w wyjątkowych okolicznościach – gdy służy antykonkurencyjnemu wykluczeniu konkurentów. W sprawie *Streetmap* dotyczącej wyłącznego pozycjonowania przez Google własnego serwisu mapowego Google Maps w polu graficznym umieszczonym w widocznym miejscu w wynikach wyszukiwania[1248], angielski High Court uznał, że zachowanie Google odpowiadało poprawie technicznej na korzyść

[1245] Przykładowo, Google, poprzez promowanie własnej porównywarki cenowej Google Shopping w swojej wyszukiwarce, efektywnie obniżało widoczność konkurencyjnych porównywarek, co skutkowało ich mniejszym ruchem i ograniczało ich potencjał konkurencyjny względem usług oferowanych przez Google.

[1246] P. I. Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, nr 9, s. 549.

[1247] Oświadczenie FTC z 3.01.2013 r. w sprawie praktyk wyszukiwania Google, s. 3; zob.: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearc hstmt.pdf (data dostępu: 9.09.2019).

[1248] Sprawa ta dotyczyła, analogicznie do sprawy *Google Shopping*, prominentnego wyświetlania usługi Google Maps w wynikach wyszukiwania, np. po w pisaniu hasła „kawiarnie Warszawa", na samej górze wyników wyszukiwania wyświetla się mapa Google z zaznaczonymi kawiarniami w okolicy. Skarżący – Streetmap EU Ltd podnosił, że tego typu praktyka spowodowała jego antykonkurencyjne wykluczenie z rynku map internetowych. Niemniej jednak High Court of England and Wales uznał, że tego typu zachowanie Google stanowi przejaw konkurencji merytorycznej. Wyrok High Court of England and Wales z 12.02.2016 r. w sprawie *Streetmap EU Ltd przeciwko Google* Inc [2016] EWHC 253 (Ch).

konsumentów i było obiektywnie uzasadnione, ponieważ nie było alternatywnego, mniej restrykcyjnego sposobu osiągnięcia podobnego ulepszenia wyników wyszukiwania bez przyjęcia mniej praktycznego projektu lub poniesienia nieproporcjonalnych kosztów. Z kolei Sąd Okręgowy w Hamburgu stwierdził, że wyświetlanie przez Google informacji o pogodzie na górze wyników wyszukiwania dotyczących zapytań o pogodę służyło zwiększeniu ogólnej atrakcyjności wyszukiwarki Google[1249].

Zachowanie prowadzące do ulepszenia produktu lub usługi może jednak samo w sobie stanowić autonomiczną formę nadużycia, jeżeli to ulepszenie prowadzi do tego, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą faworyzuje swój własny produkt lub usługę za pomocą środków, które różnią się od metod konkurencji merytorycznej, i jeżeli to zachowanie może wywołać skutki antykonkurencyjne. W tym względzie – w przypadku uznania, że ulepszenie produktów ma jednocześnie charakter antykonkurencyjnym – tego typu ulepszenia produktu lub usługi o charakterze technicznym lub handlowym można brać pod uwagę jedynie na etapie badania ewentualnych obiektywnych względów uzasadniających i możliwego wzrostu efektywności, który mogłyby one przynieść[1250].

Środki mające na celu przeciwdziałanie praktyce faworyzowania własnych produktów powinny różnicować między prokonkurencyjnymi, a zatem dopuszczalnymi, ulepszeniami produktów, a antykonkurencyjnym faworyzowaniem własnych usług. Ocena ta nieuchronnie zmienia się w zależności od przypadku. Na przykład, myśląc o zmianach w projektowaniu, takich jak wyświetlanie specjalistycznych, grupowanych wyników na górze strony wyników wyszukiwania, ocena mogłaby obejmować następujące pytania: (i) czy nowa integracja projektu produktu nadaje niezasłużoną przewagę; (ii) czy projekt zwiększa trafność wyników wyszukiwania poprzez dostarczanie bardziej odpowiednich informacji; (iii) czy projekt przynosi korzyści stronom trzecim, kierując ruch na ich strony internetowe; (iv) czy projekt poprawia jakość i przynosi korzyści konsumentom (i czy platforma przeprowadziła testy, aby udowodnić, że jest to prawda); (v) czy projekt umożliwia użytkownikom wybieranie konkurencyjnych usług (np. za pośrednictwem karuzeli wyboru); (vi) jakie jest konkurencyjne znaczenie tego projektu[1251].

[1249] Questionnaire for the Public Consultation on a New Competition Tool. Google's submission, https://blog.google/documents/88/Googles_submission_on_a_New_Competition_Tool.pdf/, s. 8.
[1250] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T 612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 188.
[1251] Consultation on the European Commission's Inception Impact Assessment Concerning the possible Ex Ante Regulation of Platforms and the New Competition Tool, Google's Submission, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/ (data dostępu: 16.12.2023 r.), s. 6.

Praktyka *self-preferencing*, czyli faworyzowania własnych produktów i usług, może być również uzasadniona koniecznością uzupełniania luk asortymentowych, szczególnie w kontekście operatorów platform handlu elektronicznego. Tacy operatorzy często konkurują ze sobą, oferując różnorodność i dostępność produktów na swoich platformach. Istotnym elementem tej konkurencji jest zapewnienie, by klienci znaleźli na platformie wszystkie poszukiwane przez siebie produkty. W przypadku, gdy platforma nie oferuje pełnego asortymentu, klienci mogą zdecydować się na zakupy w innych miejscach, takich jak konkurencyjne sklepy internetowe. W takiej sytuacji, operator platformy może zdecydować się na oferowanie produktów, które uzupełniają asortyment niezapewniany przez niezależnych sprzedawców. Działanie to ma na celu zapewnienie ciągłości i kompleksowości oferty, co jest kluczowe dla utrzymania zainteresowania i lojalności klientów. Faworyzowanie własnej oferty sprzedażowej może obejmować na przykład wykorzystanie danych sprzedażowych do identyfikacji brakujących produktów w ofercie i wprowadzanie ich do sprzedaży. Takie podejście, choć może wydawać się faworyzowaniem własnych produktów, może być uzasadnione potrzebą zapełnienia luk asortymentowych i zapewnienia pełnej satysfakcji klientów[1252].

Faworyzowanie własnych usług lub produktów przez operatorów platform handlowych może być czasami uzasadnione potrzebą przetestowania nowych funkcji lub rozwiązań. W takim scenariuszu, operator platformy może wykorzystać swój własny sklep jako rodzaj „laboratorium testowego", w którym nowe funkcje, technologie lub strategie marketingowe są wprowadzane i oceniane, zanim zostaną one udostępnione szerszej społeczności niezależnych sprzedawców. Przykładowo, operator platformy może chcieć wprowadzić nowy algorytm rekomendacji produktów. Testowanie takiego algorytmu bezpośrednio w ramach własnego sklepu pozwala na szybką i efektywną ocenę jego skuteczności, nie narażając przy tym na potencjalne ryzyko niezależnych sprzedawców. Podobnie, eksperymentowanie z nowymi modelami cenowymi, strategiami promocji lub logistyką jest bezpieczniejsze i bardziej kontrolowane, gdy odbywa się w obrębie własnych operacji platformy. Po udanym przetestowaniu i potwierdzeniu efektywności tych nowych podejść, operator platformy może następnie udostępnić te ulepszenia niezależnym sprzedawcom, potencjalnie zwiększając ich sprzedaż i poprawiając ogólne doświadczenia zakupowe klientów. Taki model pozwala na

[1252] Zwrócono na to uwagę podczas publicznych konsultacji nad projektem DMA; zob. Positive Competition, *Feedback on the New Competition Tool and ex-ante regulation of digital undertakings with gatekeeping power*, Belgia 2020, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/ (data dostępu: 16.12.2023 r.), pkt 21.

innowacyjność i rozwój, jednocześnie minimalizując ryzyko dla całego ekosystemu platformy. Jest to podejście, które może przynieść korzyści wszystkim stronom: operator platformy może testować i rozwijać nowe rozwiązania bez bezpośredniego wpływu na niezależnych sprzedawców, a ci ostatni mogą później skorzystać z udoskonalonych narzędzi i strategii, które zostały już przetestowane i zoptymalizowane. Ważne jest jednak, aby taki proces był przejrzysty i sprawiedliwy, a wszelkie nowe funkcje były udostępniane wszystkim sprzedawcom w równym stopniu, zapewniając równą konkurencję na platformie. W sprawie *Allegro*, Prezes UOKiK uznał, że wbrew twierdzeniom Allegro, przedsiębiorca ten – za pośrednictwem własnej działalności sprzedażowej (Retail) na platformie allegro.pl – nie wykorzystywało funkcji sprzedażowych lub promocyjnych, niedostępnych lub ograniczonych dla niezależnych sprzedawców, wyłącznie w celu testowania nowych funkcji wprowadzanych później na platformie dla niezależnych sprzedawców. Korzystanie z przedmiotowych funkcji przez Allegro miało wpływ na zwiększenie sprzedaży Retail, względem działalności sprzedażowej dokonywanej na platformie przez niezależnych sprzedawców. Działania tego przedsiębiorcy nie realizowały wyłącznie wskazanego celu „testowania" nowych rozwiązań na platformie allegro.pl ze względu na długi okres korzystania z tych funkcji przez Allegro z dużym natężeniem ruchu z wyłączeniem niezależnych sprzedawców[1253].

1.5. Konkretyzacja *ex ante* zakazu *self-preferencing* w prawie konkurencji

Możliwe interwencje antymonopolowe w zakresie przyjmowania środków zaradczych w odniesieniu do praktyki *self-preferencing* mogą polegać na zastosowaniu środków behawioralnych, zakazujących praktyk faworyzowania własnych produktów lub usług, oraz środków strukturalnych, zabraniających operatorom platform internetowych pełnienia podwójnej roli (modelu wertykalnej integracji). Efektywność tych środków w dużym stopniu zależy od charakteru (formy) faworyzowania własnych usług i specyficznych warunków danego rynku. Przy rozważaniu surowych ograniczeń w zakresie faworyzowania własnych produktów, konieczna jest dokładna analiza rynku w każdym indywidualnym przypadku[1254]. Nadużycie pozycji dominującej poprzez praktyki faworyzowania własnych usług przez operatorów platform internetowych może stanowić specyficzne wyzwanie z perspektywy przyjęcia odpowiednich środków zaradczych. W przypadkach, gdy faworyzowanie własnych

[1253] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro.*

[1254] Literatura ekonomiczna nie prezentuje w tym zakresie jasnego stanowiska. Zob. podsumowanie przeglądu literatury w tym zakresie: Y. Kittaka, S. Sato, Y. Zennyo, *Self-Preferencing by Platforms: A Literature Review*, „CPRC Discussion Paper Series Competition Policy Research Center" 2023, s. 10-16, https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/disucussionpapers/r4/index_files/CPDP-89-2-E-R.pdf (data dostępu: 15.12.2023 r.)

usług przez operatora platformy znacząco wzmocniło pozycję rynkową jego spółki zależnej w stosunku do konkurencji, środki zaradcze mogą wymagać włączenia elementu o charakterze naprawczym (retroaktywnym)[1255].

W kontekście praktyki *self-preferencing*, która polega na manipulowaniu algorytmem wyszukiwania, przykładem zastosowanego środka behawioralnego jest ten nałożony przez KE na Google w sprawie *Google Shopping*. W sprawie tej Komisja nakazała Google działać w sposób zgodny zasadą równego traktowania konkurencyjnych porównywarek cenowych i własnego produktu, tj. organ antymonopolowy wskazał, że: „*Google ma stosować te same procedury i metody zamieszczania i wyświetlania do konkurencyjnych porównywarek na stronach wyników wyszukiwania Google jak do własnej porównywarki cenowej*”[1256]. W związku z tym Komisja nałożyła swego rodzaju środek w postaci „neutralności wyszukiwania”, pozostawiając jego wdrożenie Google. Podobnie, włoski organ antymonopolowy (AGCM) w sprawie *Amazon (usługi logistyczne)* nałożył na dominującego operatora platformy *e-commerce*, Amazon, obowiązek zapewnienia korzyści sprzedażowych i widoczności na stronie Amazon.it wszystkim sprzedawcom zewnętrznym. Wymagane jest, aby sprzedawcy ci mogli spełniać ustalone obowiązki, stosując uczciwe i niedyskryminujące standardy realizacji zamówień, zgodne z poziomem usług, jaki Amazon zamierza zagwarantować konsumentom Prime (tj. korzystającym z usług logistycznych Amazon)[1257]. KE i AGCM wybrali podejście oparte na zasadach, dotyczących „neutralności wyszukiwania”, które nie określało konkretnej metody przestrzegania decyzji.

Neutralność wyszukiwania, jako pochodna zasady „neutralności sieci”, można zdefiniować jako obowiązek nakładany na platformy oferujące funkcje wyszukiwania (np. stron internetowych, usług czy produktów) niefaworyzowania jednych podmiotów względem innych z powodów odmiennych od tych związanych z zapewnieniem jakości danych wyników wyszukiwania (np. nakierowanych na preferencje konsumentów). Wymusza ona także prawidłowe stosowanie algorytmów, tzn. w sposób przejrzysty (transparentny), obiektywny oraz niedyskryminujący użytkowników na podstawie oceny określonych wartości (kryteriów) istotnych dla wyników wyszukiwania[1258]. W doktrynie prawa konkurencji często podnoszono,

---

[1255] Raport Crémera, s. 12; Raport Furmana, s. 7.
[1256] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping.*
[1257] Decyzja AGCM w sprawie A528, *Amazon*.
[1258] A. Valdivia, *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business*? "World Competition" 2018, nr 1, s. 63; I. Lianos, E. Motchenkova, *Market Dominance and Search Quality inthe Search Engine Market*, "Journal of Competition Law & Economics" 2013, nr 2, 436.

że nie ma czegoś takiego jak „naturalność" czy też „bardziej relewantne" wyniki wyszukiwania[1259]. Dominujący operator ma swobodę wyboru kryteriów, za pomocą których określa „istotność" danych wyników z punktu widzenia interesów konsumenta. W szczególności nie można wymagać, aby w imię „neutralności" chronić nieskutecznych konkurentów, nieoferujących wartościowych usług lub produktów z punktu widzenia konsumentów.

Intelektualną stronniczość, związaną z wyborem określonych kryteriów algorytmu z punktu widzenia interesów konsumenta, należy jednak odróżnić od materialnej stronniczości, polegającej na ekonomicznym interesem dominującej platformy, aby faworyzować własne produkty na powiązanych rynkach właściwych[1260]. Jej celem może być zakłócenie konkurencji oraz utrzymanie lub rozszerzenie władzy rynkowej lub pozycji dominującej w wyszukiwarce. Przykładowo, w tym zakresie KE słusznie podkreśliła w swojej decyzji w sprawie *Google Shopping*, że nie sprzeciwia się projektowi ogólnych algorytmów wyszukiwania przedsiębiorcy Google jako takich, ani sposobowi, w jaki Google wyświetla lub organizuje swoje strony wyników wyszukiwania. To, czego zakazuje praktyka dyskryminacyjna, nie odnosi się do samego faktu faworyzowania własnych usług, lecz raczej do materialnej stronniczości, która powoduje, że rywale znajdują się w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej (odbiegającej od konkurencji merytorycznej).

Sprawa *Google Shopping*, w której Komisja zarzuciła Google praktykę *self-preferencing*, czyli faworyzowania własnych usług w wynikach wyszukiwania, stanowi wyraźny przykład, jak pozornie proste środki zaradcze mogą wiązać się z kompleksowymi wyzwaniami w praktyce. Jak wskazano, KE nakazała Google równego traktowania własnej usługi porównywania zakupów i konkurencyjnych serwisów, co wydawałoby się prostym wymogiem. Google, w odpowiedzi na tę decyzję, utworzyło autonomiczną jednostkę dla Google Shopping i zastosowało system aukcyjny dla miejsc w wynikach wyszukiwania. Oznacza to, że tam, gdzie wcześniej najlepsze miejsca były zarezerwowane wyłącznie dla Google Shopping, teraz Google musi licytować te miejsca z innymi usługami porównywania zakupów, teoretycznie umożliwiając im konkurowanie na równych warunkach. Jednakże, wprowadzone zmiany spotkały się z krytyką. Argumentowano, że mimo teoretycznego równego dostępu do

---

[1259] M. Ammori, *Failed Analogies: Net Neutrality vs. 'Search' and 'Platform' Neutrality'* (2016), https://ssrn.com/abstract=2756093 (data dostępu: 16.12.2023 r.); M. Lao, *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, "Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property" 2013, nr 11, s. 310.

[1260] A. Valdivia, *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business*? "World Competition" 2018, nr 1, s. 66.

widoczności w wynikach wyszukiwania, w praktyce Google nadal utrzymuje przewagę. Google nie musi płacić za swoje miejsce w specjalnej przestrzeni zakupowej (shopping box), podczas gdy konkurenci muszą uczestniczyć w aukcji i płacić za swoją widoczność. To wskazuje, że choć z pozoru środki zaradcze mogą wydawać się prostymi i skutecznymi rozwiązaniami, w rzeczywistości ich skuteczność może być ograniczona przez wewnętrzne mechanizmy i dynamikę rynkową. Ta sytuacja podkreśla problem związany z wdrażaniem środków zaradczych w sektorze technologii cyfrowych, gdzie innowacyjne modele biznesowe i skomplikowane interakcje rynkowe mogą utrudniać osiągnięcie zamierzonego celu. Ponadto, środki te nie są retrospektywne, co oznacza, że nie zmienia to faktu, iż Google już osiągnęło korzyści z wcześniejszego faworyzowania własnej usługi. Dlatego też kontynuowana debata na temat efektywności i zgodności zmian wprowadzonych przez Google z wymogami KE świadczy o trudnościach w zapewnieniu rzeczywistej, skutecznej konkurencji na rynku wyszukiwarek internetowych[1261].

Środki behawioralne nakładane w celu przeciwdziałania praktykom faworyzowania własnych produktów lub usług przez operatorów platform internetowych w zakresie wykorzystywania danych mogą polegać na: (i) zakazie wykorzystania niepublicznych danych (np. pochodzących od zewnętrznych sprzedawców lub od kupujących) na cele własnej działalności sprzedażowej [1262] ; (ii) zwiększeniu transparentności w użyciu danych (np. poprzez wprowadzenie zasad przejrzystości dotyczących tego, jak dane są gromadzone, przetwarzane i wykorzystywane); (iii) zapewnieniu równego dostępu do danych dla operatora platformy (lub powiązanej z nim jednostki), jak również dla niezależnych dostawców; (iv) podaniu informacji na temat kryteriów wyszukiwania poprzez wskazanie głównych czynników determinujących plasowanie ofert w wynikach wyszukiwania; (v) oddzieleniu jednostek operacyjnych (wprowadzenie „muru chińskiego" między działalnością „platformową" a „detaliczną", a zatem wprowadzenie formy „separacji behawioralnej"[1263]).

[1261] Zob. szerzej: F. Marsden, *Google Shopping for the Empress's New Clothes – When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it)*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2020, nr 10, s. 553-560; M. K. Kolasiński, *Interpretation of the Remedy in the Google Shopping Decision and Its Consequences*, "European Competition and Regulatory Law Review" 2020, nr 4, s. 4-11; B. Vesterdorf, K. Fountoukakos, *An Appraisal of the Remedy in the Commission's Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2018, nr 1, s. 3-18.

[1262] Amazon zobowiązał się do niekorzystania z niepublicznych danych sprzedawców zewnętrznych dla celów własnej działalności detalicznej. To zobowiązanie bezpośrednio dotyka problemu wykorzystywania poufnych informacji o sprzedaży, preferencjach klientów i strategiach cenowych, co mogłoby prowadzić do nieuczciwej konkurencji. Jest to przykład środka behawioralnego, który wymaga od operatora platformy internetowej zmiany w swoich praktykach wewnętrznych i operacyjnych, aby zapewnić uczciwe warunki dla wszystkich uczestników rynku. Decyzja KE z 20.12.2022 r. w sprawach połączonych AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box.*

[1263] Separacja behawioralna w tym kontekście skupia się na zmianie sposobu działania przedsiębiorstwa, bez zmiany jej struktury korporacyjnej. W kontekście platform internetowych, praktycznie może to oznaczać rozdzielenie działalności

Środki zaradcze o charakterze strukturalnym w odniesieniu do przeciwdziałania praktykom *self-preferencing* stanowią bardziej radykalne podejście niż środki behawioralne i mogą być stosowane w sytuacjach, gdy inne metody okazują się nieskuteczne[1264]. Środki te mogą obejmować, na przykład, zobowiązanie przedsiębiorcy dominującego do zbycia części swojej działalności lub infrastruktury w celu eliminacji konfliktów interesów i przywrócenia uczciwej konkurencji na rynku. Przykładem, gdzie Komisja Europejska rozważa przyjęcie środków strukturalnych, jest sprawa *AdTech* dotycząca Google. Komisja wstępnie stwierdziła, że w tym konkretnym przypadku środek behawioralny może okazać się niewystarczający w zapobieganiu ryzyku, że Google będzie kontynuować działania oparte na własnych preferencjach lub podejmie nowe. Google działa na obu stronach rynku, zarówno jako dostawca serwera reklam dla wydawców, jak i narzędzi do zakupu reklam, i na obu tych płaszczyznach zajmuje pozycję dominującą. Ponadto obsługuje największą giełdę reklam, co prowadzi do sytuacji nieodłącznego konfliktu interesów[1265].

Zastosowanie środków strukturalnych, takich jak obowiązkowe zbycie przez Google części jego usług, może być konieczne w celu rozwiązania problemów związanych z konkurencją. Takie działanie wymagałoby od Google wydzielenia pewnych segmentów swojej działalności, na przykład oddzielenia serwera reklam dla wydawców od narzędzi do zakupu reklam, aby zapobiec konfliktom interesów i zapewnić bardziej równy teren konkurencyjny dla innych graczy na rynku. Takie środki strukturalne, choć bardziej inwazyjne, mogą być kluczowe w przywróceniu niezakłóconej konkurencji na rynku, zwłaszcza w przypadkach, gdy operator platformy ma kontrolę nad kluczowymi zasobami lub infrastrukturą, która jest niezbędna dla działalności konkurentów. Poprzez zbycie części swoich operacji, Google miałby ograniczoną

związanej ze świadczeniem usług pośrednictwa dla niezależnych dostawców od działalności detalicznej, realizowanej za pośrednictwem tej samej platformy. Takie podejście implikuje, że pracownicy odpowiedzialni za działalność detaliczną nie będą mieli dostępu do danych pochodzących z platformy, które mogą być wykorzystywane do celów sprzedażowych lub usługowych. To oznacza, że informacje dotyczące działań niezależnych sprzedawców, ich strategii cenowych, danych o sprzedaży czy preferencjach klientów nie będą dostępne dla działów zajmujących się sprzedażą produktów lub usług firmy. Celem jest zapobieganie sytuacjom, w których przedsiębiorca (operator platformy) mógłby wykorzystać te dane do własnej korzyści, na szkodę niezależnych dostawców korzystających z tej platformy. Ponadto, separacja behawioralna może obejmować brak możliwości współpracy między pracownikami odpowiedzialnymi za zarządzanie platformą a tymi zajmującymi się działalnością detaliczną w realizacji celów sprzedażowych lub usługowych. Ograniczenie takiej współpracy ma na celu zapewnienie, że platforma funkcjonuje w sposób neutralny i sprawiedliwy, nie faworyzując własnych produktów lub usług własnej jednostki gospodarczej kosztem innych użytkowników platformy. Implementacja separacji behawioralnej wymaga skutecznych mechanizmów kontroli wewnętrznej i zewnętrznej, aby upewnić się, że zasady są przestrzegane. Jest to podejście mniej inwazyjne niż środki strukturalne, lecz nadal może skutecznie przeciwdziałać potencjalnym konfliktom interesów i promować uczciwą konkurencję na rynku cyfrowym.

[1264] Zob. szerzej: L. M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 973-1098; T. Knapstad, *Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're out?*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2013, nr 3, s. 394-409.

[1265] Komunikat prasowy KE z 14.06.2023 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (data dostępu: 16.12.2023 r.).

możliwość wpływania na rynek w sposób, który faworyzuje jego własne produkty lub usługi, co w rezultacie miałoby na celu stworzenie bardziej sprawiedliwego środowiska dla wszystkich uczestników rynku[1266].

1.6. Konkretyzacja *ex ante* w przepisach sektorowych

Wszystkie regulacje rynków cyfrowych omówione w niniejszej pracy doktorskiej zakazują różnych form *self-preferencing* wdrożonych przez operatorów platform zintegrowanych wertykalnie, np. związanych z dostępem do danych lub rankingiem wyszukiwania.

Szczegółowe wymogi w tym zakresie zawarto w DMA (art. 6 ust. 2, 6 ust. 5, 6 ust. 12). Strażnicy dostępu nie mogą zapewniać zróżnicowanego lub preferencyjnego traktowania swoich produktów i usług w ramach usług platformy podstawowej (CPS) w stosunku do konkurencyjnych produktów lub usług stron trzecich za pomocą środków prawnych, handlowych lub technicznych (motyw 52 DMA).

Artykuł 6 ust. 2 DMA, zabrania strażnikom dostępu, pełniącym podwójną rolę [1267], wykorzystywania niepublicznych danych użytkowników biznesowych w celu konkurowania z nimi [1268]. Strażnik dostępu musi zapewnić „wewnętrzną izolację" tych danych od własnej działalności biznesowej zintegrowanej pionowo z działalnością podstawowej usługi platformowej (CPS). Zakaz obejmuje wszelkie dane, które mogłyby być pozyskane przez strażnika dostępu i pochodziłyby z działalności komercyjnej użytkowników biznesowych lub ich klientów korzystających z jego CPS[1269]. Celem tej regulacji jest zapobieganie sytuacjom, w

---

[1266] Zob. szerzej: D. van Wamel *Following Suit: The European Commission's (Possible) Antitrust Efforts to Break Up Google*, "Kluwer Competition Law Blog" 2023, https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/06/22/following-suit-the-european-commissions-possible-antitrust-efforts-to-break-up-google/ (data dostępu: 16.12.2023 r.).

[1267] Na mocy tego przepisu zakazano określonej formy *self-preferencing* w sytuacji podwójnej roli strażnika dostępu, który, dostarczając podstawowe usługi platformowe (CPS), jednocześnie konkuruje z użytkownikami biznesowymi korzystającymi z tej samej CPS.

[1268] Zgodnie z art. 6 ust. 2 DMA strażnik dostępu „*nie może wykorzystywać – konkurując z użytkownikami biznesowymi – niedostępnych publicznie danych wygenerowanych lub dostarczonych przez tych użytkowników biznesowych w ramach korzystania przez nich z odpowiednich podstawowych usług platformowych lub usług świadczonych wraz z odpowiednimi podstawowymi usługami platformowymi lub wspierających takie usługi, w tym danych wygenerowanych lub dostarczonych przez klientów tych użytkowników biznesowych.*"

[1269] Przykładowo, dane o sprzedaży (informacje dotyczące ilości sprzedanych produktów, cen transakcyjnych, częstotliwości zakupów, a także dane dotyczące najlepiej sprzedających się produktów); dane o zachowaniach klientów (informacje o preferencjach zakupowych klientów, ich historii przeglądania, czasie spędzonym na stronach produktów, a także dane o porzuceniu koszyka zakupowego); dane o strategiach cenowych (informacje na temat stosowanych przez sprzedawców zniżek, promocji, czy strategii cenowych, w tym informacje o zmianach cen w czasie); dane o zwrotach i reklamacjach (informacje dotyczące częstotliwości zwrotów, typów reklamacji, a także danych na temat satysfakcji klientów z poszczególnych produktów); dane o logistyce i dostawach (informacje na temat preferowanych metod wysyłki, czas dostaw, a także efektywności logistycznej poszczególnych sprzedawców); dane o ocenach i recenzjach (informacje o ocenach produktów i recenzjach pozostawianych przez klientów, co może dostarczać wskazówek na temat popularności i jakości produktów); dane o kampaniach marketingowych (informacje na temat skuteczności różnych kampanii marketingowych prowadzonych przez sprzedawców na platformie, w tym dane o klikalności, konwersji i ROI – ang. *return on investment*, zwrot z inwestycji w reklamę); dane o zapasach (informacje na temat poziomów zapasów poszczególnych produktów, co może wskazywać na trendy rynkowe i zapotrzebowanie).

których operatorzy platform pełniący rolę strażników dostępu mogliby używać poufnych informacji, aby uzyskać przewagę konkurencyjną na swoich platformach. Przepis obejmuje, na przykład, sytuacje, w których operator platformy handlu elektronicznego wykorzystuje poufne dane handlowe, takie jak wielkości sprzedaży zebranych od poszczególnych sprzedawców, w celu konkurowania z nimi na własnej internetowej platformie handlowej[1270].

W art. 6 ust. 5 DMA wprowadzano zakazu *self-preferencing* w odniesieniu do rankingów wyszukiwania[1271]. Ten przepis zakazuje konkretnej formy faworyzowania własnych usług w przypadku pionowej integracji platformy. Mianowicie, strażnik dostępu nie może nadawać swojej ofercie lepszej pozycji w rankingu wyszukiwania niż produktom podmiotów trzecich działających na tej samej platformie (CPS). Celem tej regulacji jest zapewnienie, że podwójna rola strażnika dostępu jako pośrednika dla zewnętrznych dostawców i jako bezpośredniego dostawcy produktów lub usług nie wpłynie negatywnie na kontestowalność rynków w zakresie oferowania lub świadczenia tych produktów lub usług na platformie. Przykładowo, przepis ten dotyczy sytuacji, w których operator wyszukiwarki internetowej preferowałby swoje pionowo zintegrowane usługi w swoich wynikach wyszukiwania (np. usługi handlowe lub turystyczne pojawiają się na czele wyników wyszukiwania) lub operator sieci społecznościowej promowałby swój własny serwis randkowy bardziej widocznie na osi czasu użytkowników niż serwisy randkowe osób trzecich. Dotyczy to również aplikacji dystrybuowanych przez sklepy z aplikacjami czy treści wideo dostępnych na platformach udostępniania wideo. Zakaz ten nie ogranicza się wyłącznie do nakazu równego traktowania związanego z rankingiem. DMA obejmuje również proces poprzedzający, który prowadzi do rankingu, a mianowicie w toku badania (*crawlingu*) i indeksowania. *Crawling* odnosi się do procesu wykrywania, w ramach którego znajdowane są nowe i zaktualizowane treści, podczas gdy indeksowanie wiąże się z przechowywaniem i porządkowaniem treści znalezionych podczas *crawlingu* (motyw 51 DMA).

W art. 6 ust 12 DMA uregulowano z kolei kwestię zakazu nieuczciwych warunków dostępu dla sklepów z aplikacjami, wyszukiwarek internetowych i internetowych serwisów społecznościowych[1272] poprzez wymóg stosowania przez strażnika dostępu „*sprawiedliwych i*

[1270] I. Małobęcka-Szwast, *Komentarz do art. 6 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 779.

[1271] Na mocy tego przepisu, strażnik dostępu: „*nie może traktować – w ramach plasowania oraz związanego z nim indeksowania i badania (crawlingu) – usług i produktów oferowanych przez samego strażnika dostępu na korzystniejszych zasadach niż podobne usługi lub produkty oferowane przez osobę trzecią. Strażnik dostępu dokonuje takiego plasowania na przejrzystych, sprawiedliwych i niedyskryminujących warunkach.*".

[1272] W art. 6 ust 1 lit. k) projektu DMA uregulowano z kolei kwestie zakazu nieuczciwych warunków dostępu wyłącznie dla sklepów z aplikacjami.

niedyskryminujących ogólnych warunków dostępu użytkowników biznesowych" do tych CPS. Powyższy przepis nie ustanawia warunku dostępu, ale odnosi się do zasad już świadczonych usług. Sprawiedliwe i niedyskryminacyjne warunki odnoszą się do użytkowników biznesowych, będących stronami trzecimi, a nie do warunków między samym strażnikiem dostępu (pełniącym podwójną role) a jego użytkownikami biznesowym. Przepis ten nie odnosi się ściśle do omawianej praktyki *self-preferencing*, ale jego ogólne zasady i wymogi (np. sprawiedliwość, brak dyskryminacji) mogą w praktyce zapobiegać działaniom, które mogłyby prowadzić do takiego faworyzowania, choćby przez wymóg zapewnienia równego traktowania wszystkich użytkowników biznesowych.

Bezwzględny zakaz niektórych form *self-preferencing* na mocy DMA jest dużo dalej idącym środkiem niż regulacja tego zachowania na gruncie reguł konkurencji. Na gruncie art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k., praktyka *self-preferencing* nie jest samo w sobie nadużyciem (zakazana *per se*), a w przypadku wykazania, że jego zachowanie może ograniczać konkurencję, przedsiębiorca nadal może wykazać, że było ono obiektywnie uzasadnione. DMA nie zawiera natomiast zasadniczo mechanizmu, za pomocą którego strażnik dostępu mógłby uzasadnić swoje zachowanie obiektywnym uzasadnieniem lub względami wydajności. Istnieje ryzyko, że całkowity zakaz szeroko definiowanych kategorii *self-preferencing* może mieć negatywny wpływ na innowacyjność i uniemożliwić przedsiębiorcom ulepszenia produktów leżących w interesie konsumentów[1273].

Niezależnie od regulacji strażników dostępu zawartych w DMA, w Rozporządzeniu P2B zawarto obowiązki dotyczące wymogów przejrzystości, które pośrednio mogą zwalczać antykonkurencyjne praktyki *self-preferencing* poprzez zwiększenie transparentności tego typu zachowań dla użytkowników oraz organów antymonopolowych, przyczyniając się dzięki temu m.in. do skuteczniejszego egzekwowania przepisów antymonopolowych lub większej świadomości w podejmowaniu decyzji przez użytkowników danej platformy. Rozporządzenie P2B nie określa precyzyjnych zakazów praktyk *self-preferencing* stosowanych operatorów platform zintegrowanych pionowo oraz dotyczy przede wszystkim krajowego prawa umów.

Szczegółowe wymagania Rozporządzenia P2B – mające znaczenie dla praktyki *self-preferencing* – odnoszą się m.in. do pozycjonowania (plasowania) ofert w wynikach wyszukiwania (art. 5 Rozporządzenia P2B). Plasowanie ofert, podobnie jak na gruncie DMA,

[1273] Zob. szerzej: J.-U. Franck, M. Peitz, *Digital platforms and the new 19a tool in the German Competition Act*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2021, nr 12, s. 98, 113.

zostało zdefiniowane jako przyznawanie określonej widoczności towarom lub usługom oferowanym w ramach danej platformy, niezależnie od formy czy sposobu technicznego. W tym zakresie operatorzy platform muszą podawać główne parametry determinujące pozycjonowanie ofert oraz powody, dla których większe znaczenie nadano tym, a nie innym, parametrom. W przypadku gdy główne parametry obejmują możliwość wywierania wpływu na pozycjonowanie ofert w zamian za wynagrodzenie, operatorzy platform muszą również wyjaśnić tę możliwość oraz związane z nią skutki[1274]. Zgodnie z art. 7 Rozporządzenia P2B operatorzy platform muszą ujawnić wszelkie nierówne traktowanie ofert na platformie. Dotyczy to zarówno faworyzowania ofert pochodzących od danego operatora platformy lub kontrolowanych przez nich użytkowników jak również uprzywilejowanego traktowania ofert wystawianych przez niezależnych użytkowników. Jeżeli operatorzy platform traktują użytkowników w różny sposób, muszą to wyjaśnić w warunkach korzystania z usług. Wyjaśnienie musi opierać się na najważniejszych względach ekonomicznych, biznesowych lub prawnych. Artykuł 9 Rozporządzenia P2B reguluje z kolei obowiązek udzielania informacji dotyczących dostępu do danych. Operator platformy musi wskazać, czy (i ewentualnie w jakim zakresie) posiada on dostęp do danych, a także jaki dostęp do nich mają użytkownicy biznesowi.

Niemiecka ustawa o konkurencji (GWB) uprawnia Bundeskartellamt do zakazania przedsiębiorstwom o doniosłym znaczeniu międzyrynkowym (*undertakings of cross-market paramount significance*) faworyzowania własnych ofert w stosunku do ofert konkurentów przy pośredniczeniu w dostępie do rynków zaopatrzenia i zbytu, w szczególności poprzez przedstawianie własnych ofert w bardziej korzystny sposób (art. 9 ust. 2 lit. a GWB)[1275]. Według propozycji włoskiej ustawy, gdyby weszła w życie, uprawniałaby organ ochrony konkurencji do zakazania niektórym przedsiębiorstwom preferencyjnego traktowania ich własnych produktów przy świadczeniu usług pośrednictwa (np. faworyzowanie poprzez lepsze eksponowanie produktów)[1276].

[1274] Operatorzy platform nie muszą jednak ujawniać konkretnych algorytmów, w tym wag poszczególnych kryteriów. Zob.: A. Jabłonowska, *Komentarz do art. 5 Rozporządzenia platform-to-business*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 1207.
[1275] Zob. szerzej: J.-U. Franck, M. Peitz, *Digital platforms and the new 19a tool in the German Competition Act*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2021, nr 12, s. 513-528.
[1276] https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGGE%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf.

1.7. Konkluzje

Praktykę w postaci faworyzowania własnych zintegrowanych pionowo usług przez dominującą platformę internetową można oceniać jako samoistny przykład dyskryminacji zakazaną na mocy ogólnej klauzuli generalnej nadużywania pozycji dominującej. Nie oznacza to jednak, że przedsiębiorstwo dominujące ma bezwzględny obowiązek równego traktowania produktów lub usług swoich partnerów handlowych. Tego typu praktyki powinny być uznawane za nadużycie, jeżeli stwarzają niekorzystne warunki konkurencji i mają istotne antykonkurencyjne skutki. To, czego zakazuje praktyka dyskryminacyjna nie odnosi się do samego faktu faworyzowania własnych usług, lecz do sytuacji, w której rywale stawiani są w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej, a przez co osłabieniu ulegają istotne parametry konkurencji, np. innowacyjność i możliwość wyboru konsumentów. Organy antymonopolowe muszą przyjąć jasne kryteria prawne, aby odróżnić prokonkurencyjne skutki faworyzowania swoich usług jako uzasadnionego narzędzia autopromocji od antykonkurencyjnych skutków *self-preferencing* jako nieuzasadnionego narzędzia wykluczającego.

Preferencyjne traktowanie własnych produktów lub usług, jako forma dyskryminacji pozytywnej, w wyniku wykorzystania siły rynkowej może stanowić nadużycie, jeżeli powoduje ona wzmocnienie pozycji operatora platformy na rynku powiązanym i nie jest to w żaden inny sposób obiektywnie uzasadnione. Ze względu na różnorodność skutków omawianej praktyki musi być ona oceniana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy (analiza *case-by-case*). Dyskryminacja nie jest bezwzględnie zakazana, ponieważ ta sama praktyka może mieć różne skutki w zależności od okoliczności faktycznych oraz ekonomicznych. W celu spełnienia przesłanek zastosowania art. 102 akapit drugi lit. c) TFUE należy zatem ustalić, że zachowanie przedsiębiorcy zajmującego pozycję dominującą na rynku nie tylko jest dyskryminujące, lecz także ma na celu zakłócenie stosunku konkurencji, tzn. naruszenie pozycji konkurencyjnej pewnej części partnerów handlowych tego przedsiębiorstwa względem pozostałych.

Regulacje rynków cyfrowych, określające zakazy *ex ante* praktyki *self-preferencing*, co do zasady, mają na celu zapewnienie uczciwości i konkurencyjności poprzez uniemożliwienie przedsiębiorcom (operatorom platform internetowych) wykorzystywania swojej siły rynkowej na rynku „platformowym" w celu rozszerzenia jej na inne powiązane rynki. Opierają się one na założeniu, że poprzez *self-preferencing* strażnicy dostępu zintegrowani pionowo mogliby rozszerzyć swoją siłę rynkową, zagrozić kontestowalności i uczciwej konkurencji. Zakazy tych praktyk mogą zapobiec nieodwracalnym szkodom dla konkurencji i wykorzystania tych zachowań jako sposobu do utrzymania lub rozszerzenia pozycji dominującej

(monopolistycznej), przy zapewnienie wystarczającego poziomu pewności prawa dla przedsiębiorców, adresatów tych regulacji.

ROZDZIAŁ VII.
SPRZEDAŻ WIĄZANA I PAKIETOWA

1. Ramy prawne sprzedaży wiązanej i pakietowej

W prawie pierwotnym UE sprzedaż wiązana i pakietowa jest zabroniona na mocy art. 102 lit. d) TFUE, który stanowi, że uzależnianie „*zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów*" stanowi jeden z wymienionych (stypizowanych) przejawów nadużywania pozycji dominującej. Podobnie art. 9 ust. 2 w pkt 4 u.o.k.k. wskazuje na uzależnianie „*zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia*" jako jeden z przejawów nadużycia w rozumieniu tego przepisu. Przesłankami uznania transakcji wiązanej (wiązania umownego) za naruszenie prawa konkurencji w świetle wskazanych przepisów są zatem: (i) zajmowanie pozycji dominującej; (ii) uzależnienie zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań; (iii) brak związku pomiędzy dodatkowymi zobowiązaniami a głównym przedmiotem kontraktu[1277]. Zgodnie z wykształconą praktyką orzeczniczą antykonkurencyjne wiązanie produktów występuje wówczas, gdy zbycie jednego towaru (tzw. produkt wiążący; produkt podstawowy) uzależnione jest od nabycia innego produktu (produkt związany; produkt dodatkowy), który funkcjonuje ponadto w obrocie jako odrębny towar[1278].

Omawiana praktyka biznesowa doprowadziła do rozwoju złożonego orzecznictwa sądów unijnych. Wczesne sprawy dotyczące praktyk wiązania, rozpatrywane przez sądy unijne (tj. sprawa *Hilti*[1279] i *Tetra Pak*[1280]), koncentrowały się na badaniu dominacji, identyfikacji istnienia dwóch odrębnych produktów oraz określonej formy przymusu (sposobu oferowania klientom odrębnych produktów). Jednocześnie założono, że potencjalny efekt wykluczenia

[1277] Ze względu na „otwarty" charakter art. 102 TFUE, wykładnia pojęcia sprzedaży wiązanej zostało rozszerzona poza literalne brzmienie art. 102 lit. d) TFUE. Według innego stanowiska, popartego orzeczeniem Sądu w sprawie *Microsoft*, wiązanie, niezależnie od tego, jaką przybiera postać, może być oceniane przez pryzmat art. 102 lit. d) TFUE, bez względu na to, czy mieści się w literalnie rozumianej hipotezie wynikającej z tego przepisu normy (D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii* Warszawa 2008, s. 104). W mojej ocenie jest to jednak błędne, a praktyki nieodpowiadające przesłankom wyrażonym w tym przepisie powinny być oceniane na podstawie ogólnej klauzuli generalnej nadużycia pozycji dominującej.

[1278] I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 9; Wytyczne Komisji, pkt 48; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2017, s. 473.

[1279] Wyrok Sądu z 12.12.1991 r. w sprawie T-30/89, *Hilti AG przeciwko Komisji*, EU:T:1991:70.

[1280] Wyrok Sądu z 06.10.1994 r. w sprawie T-83/91, Tetra *Pak International SA przeciwko Komisji*, EU:T:1994:246.

praktyk sprzedaży wiązanej i pakietowej istnieje po udowodnieniu tych kryteriów[1281]. Komisja i sądy unijne zostały skrytykowane za przyjęcie formalistycznego podejścia do tego rodzaju nadużyć, które ignorowało prokonkurencyjny potencjał wiązania i sprzedaży wiązanej. Ostatecznie jednak, ramy prawne oceny tego typu zachowań w orzecznictwie UE wykształciły czteroelementowy test, uwzgledniający również istnienie efektu wykluczenia jako jednego z kumulatywnych kryteriów stwierdzenia nadużycia[1282].

Zgodnie z wykształconą praktyką unijną, sprzedaż wiązana jest uznawana za nadużycie w przypadku spełnienia następujących warunków: (i) produkt wiążący i produkt związany są dwoma odrębnymi produktami (przesłanka odrębności produktów); (ii) przedsiębiorca, którego sprawa dotyczy, zajmuje pozycję dominującą na rynku produktu wiążącego (przesłanka pozycji dominującej); (iii) wspomniany przedsiębiorca nie pozostawia konsumentom swobody wyboru zakupu produktu wiążącego bez produktu związanego (przesłanka przymusu); (iv) rozpatrywana praktyka prowadzi do wykluczenia konkurencji na rynku (przesłanka wykluczenia)[1283].

W literaturze zazwyczaj dokonuje się podziału praktyki wiązania w zależności od sposobu oferowania i ustalania cen produktów przez konkretnego przedsiębiorcę[1284]. W tym zakresie wyróżnia się klasyczną oraz mieszaną sprzedaż pakietową. Pierwsze z tych zachowań odnosi się do sytuacji, w której żaden z towarów będących częścią pakietu nie jest dostępny na rynku samodzielnie [1285] . Druga ze wskazanych praktyk, nazywana również rabatem wieloproduktowym, polega na tym, że dwa produkty są sprzedawane zarówno łącznie, jak i oddzielnie, lecz zakup pakietu jest dla potencjalnego nabywcy korzystniejszy aniżeli zakup

[1281] Takie podejście zostało również zauważone przez sądy UE i wyraźnie wskazane przez Sąd w sprawie *Microsoft*, zob. wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289, pkt 1009, 1035.
[1282] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 859-868, 1031-1035; Wytyczne Komisji, pkt 52-58; D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 14.
[1283] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289, pkt 842; decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 1011; Wytyczne Komisji, pkt 50.
[1284] W literaturze podkreśla się, że sprzedaż wiązana i pakietowa to blisko związane zachowania (mogące wywoływać podobne efekty), które są zwykle omawiane razem. Ich wspólną cechą jest łączna sprzedaż więcej niż jednego towaru. Zob.: D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii* Warszawa 2008, s. 90.
[1285] Można wskazać w tym zakresie następujące przykłady: sprzedaż samochodu, który stanowi pakiet składający się z takich elementów, jak np. koła, kierownica, silnik, hamulce w przypadku gdy poszczególnych części nie można nabyć samodzielnie; wydziały prawa oferujące na studiach prawniczych pakiety różnych zajęć, np. prawo karne, cywilne, konstytucyjne – w sytuacji gdy nie można uczęszczać jedynie na wybrane zajęcia. Zachowanie to nie spełnia kryterium „odrębności produktów" i nie może zostać uznane jako nielegalne wiązanie.

produktów osobno[1286]. Praktyka ta może wywoływać podobne antykonkurencyjne efekt, co rabaty lojalnościowe[1287].

Jak wyjaśniono, literalna wykładnia art. 102 lit. d) TFUE wskazuje, że przepis ten znajduje wyłącznie zastosowanie do wiązania umownego (tj. zawarcia kontraktów oraz zobowiązań dodatkowych). Zgodnie jednak z wykształconą praktyką interpretacji art. 102 TFUE, zakazane prawem konkurencji wiązanie może mieć również charakter techniczny, np. w postaci integracji dwóch usług lub produktów z systemem operacyjnym[1288]. Sprzedaż wiązana opierająca się na aspektach technicznych ma miejsce wówczas, gdy produkt podstawowy został zaprojektowany w taki sposób, że funkcjonuje właściwie jedynie wraz z produktem powiązanym i nie funkcjonuje w połączeniu z jego substytutami oferowanymi przez konkurentów[1289]. Nawet jeśli konsument nabywa tylko jeden produkt, to w rzeczywistości może otrzymać dwa różne produkty, co jest równoznaczne z sytuacją, w której został zmuszony do zawarcia wielu umów[1290]. Ponadto, nawet jeśli sprzedaż wiązana dwóch produktów jest zgodna ze zwyczajami handlowymi lub istnieje „naturalny" związek między dwoma przedmiotowymi produktami, wiązanie produktów nadal może stanowić nadużycie zakazane na mocy art. 102 TFUE[1291].

1.1. Wpływ wiązania na konkurencję (analiza ekonomiczna)

Omawiana praktyka stanowi bardzo powszechne zjawisko w gospodarce[1292]. Jako przykład tego typu praktyki wskazuje się m.in. sprzedaż określonych przez restauratora zestawów

---

[1286] Można wskazać w tym zakresie następujące przykłady: zestaw w McDonald's złożony z hamburgera, frytek i napoju; sprzedaż programów telewizyjnych w pakiecie – w sytuacji gdy poszczególne produkty można nabyć również oddzielnie.

[1287] Ponadto, gdy produkty oferowane jako pakiet mieszany są komplementarne, a oszczędności w cenie pakietu są znaczne, skutki omawianej praktyki mogą być podobne do wiązania. Zob.: A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, s. 84.

[1288] W literaturze wskazuje się, że w sytuacji wiązania technicznego ewentualne rozdzielenie związanych produktów „staje się niemożliwe lub też niepraktyczne, ze względu na charakter i użyteczność produktu, jaki wspólnie tworzą". Zob.: I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 12. Niektórzy autorzy tego typu zachowanie (integrację produktów) postrzegają z kolei jako pakietyzację. Zob.: D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii* Warszawa 2008, s. 92.

[1289] Wytyczne Komisji, pkt 48. R. Whish, B. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2021, s. 723.

[1290] S. Holzweber, *Tying and bundling in the digital era*, "European Competition Journal" 2018, nr 2-3, s. 345.

[1291] Wyrok Sądu z 06.10.1994 r. w sprawie T-83/91, Tetra *Pak International SA przeciwko Komisji*, EU:T:1994:246, pkt 37. W doktrynie wskazano również, że w niektórych sytuacjach wiązanie może również stanowić oddzielne nadużycie na mocy ogólnej klauzuli nadużycia z art. 102 TFUE, nawet gdy dodatkowe zobowiązania mają związek, z natury lub według praktyki handlowej, z główną umową. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn 2021, s. 823.

[1292] Jak wskazał Sąd w sprawie *Google Android*: „*Jest to powszechna praktyka w obrocie handlowym, która generalnie ma na celu zaoferowanie klientom lepszych produktów lub ofert w sposób bardziej ekonomiczny*". Wyrok Sądu z 14.09.2022 r. w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 283.

obiadowych (zamiast wyboru *à la carte*), czy też oferowanie noclegu z wyżywieniem[1293]. Większość, jeśli nie wszystkie smartfony, jest obecnie sprzedawana w zestawie z ładowarką i słuchawkami, które są wliczone w cenę całego pakietu. Zakup samego smartfonu bez tych akcesoriów często nie jest możliwy, mimo że akcesoria te dostępne są do nabycia osobno.

W przypadkach, gdy przedsiębiorca przyjmujący takie strategie zajmuje pozycję dominującą na jednym z rynków produktów wiązanych, mogą pojawić się obawy dotyczące konkurencji. Obejmują one ryzyko wykluczenia konkurentów, którzy nie są w stanie równać się z ofertami obejmującymi wiele produktów, oraz możliwość uzyskiwania dodatkowych zysków od klientów, którzy mogą być zainteresowani jedynie nabyciem jednego z produktów lub usług oferowanych przez dominującego przedsiębiorcę. Antykonkurencyjny potencjał praktyk sprzedaży wiązanej może prowadzić do: (i) wykluczenia z rynku produktów wiązanych lub wiążących; (ii) zniechęcania do wejścia na rynek produktów wiązanych lub wiążących; (iii) uzyskiwania cen wyższych niż konkurencyjne zarówno na rynku produktów wiązanych, jak i wiążących. Mechanizm tego rodzaju nadużyć opiera się na wykorzystaniu siły rynkowej w dostawie jednego produktu do tworzenia ofert pakietowych, zdolnych do wykluczenia konkurencji z lepszych rozwiązań konkurencyjnych [1294] . Jednakże, wystąpienie takich potencjalnych szkód w praktyce zależy od konkretnych okoliczności każdego przypadku oraz od warunków rynkowych panujących w czasie dokonywania analizy[1295].

Przyczyną uznawania wiązania produktów za naruszającą konkurencję jest zatem obawa wykorzystaniu wiązania jako strategii „lewarowania ofensywnego". Teoria szkody tego rodzaju polega na wykluczeniu konkurencji w postaci przenoszenia przez dominanta siły rynkowej z jednego rynku (rynku produktu wiążącego; rynku pozycji dominującej) na drugi rynek (rynek produktu wiązanego; rynek skutku, na którym dochodzi do ograniczenia konkurencji)[1296], co zostało wyjaśnione w pkt VII.1.3 pracy doktorskiej. Konkurenci, działający na rynku produktowym będącym przedmiotem wiązania, mogą stracić swoją pozycję „*nie dlatego, że oferują towary gorsze lub niespełniające oczekiwań konsumentów, ale dlatego, że*

[1293] D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii* Warszawa 2008, s. 89.

[1294] W rezultacie mogą zostać ustanowione bariery wejścia na rynek, a motywacja konkurentów do rozwijania swoich produktów w danym segmencie rynku znacznie spada. Th. Graf, D. R. Little, *Tying and Bundling*, [w:] F. E. Gonzalez-Diaz, R. Snelders (red.), *EU Competition Law Volume V – Abuse of Dominance: Under Article 102 TFEU*, Deventer-Leuven 2013, s. 515.

[1295] Analiza antykonkurencyjnych skutków wiązania została szczegółowo przedstawiona w literaturze. Zob.: R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 602-606; S. Holzweber, *Tying and bundling in the digital era*, "European Competition Journal" 2018, nr 2-3, s. 348-353.

[1296] Zgodnie z teorią dźwigni, monopolista na rynku produktu wiązanego A ma możliwość i motywację do uzyskania monopolu na rynku produktu wiązanego B, jeśli uzależnia zakup produktu A od zakupu produktu B.

popyt na ich produkty zostaje zaspokojony przez przedsiębiorcę oferującego wiązanie"[1297]. Problemem związanym ze stosowaniem sprzedaży wiązanej jest również to, że takie praktyki mają na celu ograniczenie swobody nabywców w dokonywaniu własnych wyborów i w konsekwencji ingerowanie w konkurencję merytoryczną[1298]. Niepożądane skutki w takim scenariuszu są zatem dwojakie, a mianowicie nabywcy są zmuszeni kupować produkt, którego nie chcą, za cenę monopolistyczną, a monopolista zyskuje niezasłużoną przewagę nad konkurentami na rynku produktów wiązanych.

Powyższe założenia zostały jednak zakwestionowane przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej. Zgodnie z ich twierdzeniem „pojedynczego zysku monopolu", próbując uzyskać ceny monopolistyczne na produkt B (produkt związany), monopolista straci sprzedaż produktu B konkurentom, którzy z kolei doprowadzi również do utraty sprzedaży produktu A (produkt wiążący). Zamiast monopolizować rynek na produkt B, monopolista w rzeczywistości zyskałby więcej, utrzymując konkurencyjność rynku. Konkurencyjny rynek umożliwiłby bowiem zwiększenie zakupów produktu B, co z kolei doprowadziłoby również do wzrostu sprzedaży już zmonopolizowanego produktu[1299]. W literaturze ekonomicznej, np. w pracy Michaela D. Whinstona, wskazano jednak różne okoliczności ekonomiczne, które mogą wpływać na możliwość zaistnienia ryzyka transferowania siły rynkowej[1300]. W literaturze wskazano ponadto różne uwarunkowania rynkowe, które sprzyjają zastosowanie „wiązania" w celu wykluczenia konkurentów[1301].

W doktrynie podkreślono również inną przyczynę i strategię wiązania, jaką jest „lewarowanie defensywne", tj. użycie wiązania w celu ochrony siły rynkowej na rynku pozycji dominującej (zob. pkt V.1.3 pracy doktorskiej)[1302]. Wiążąc razem produkty komplementarne: A (produkt wiążący) i B (produkt związany), monopolista może poświęcać zyski, aby uniemożliwić konkurentom uzyskanie dostatecznej skali na rynku B. Zmniejszenie skali konkurenta na rynku

---

[1297] I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 37.

[1298] Konkurencja merytoryczna odnosi się raczej do konkurencji na podstawie parametrów, takich jak cena, wybór, jakość lub innowacyjność, a nie środków pośrednich, które są możliwe tylko dzięki znacznej sile rynkowej.

[1299] R. A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago 1976, s. 170-173. Głównym problemem tego twierdzenia było to, że miało ono zastosowanie tylko w dość prostych i ograniczonych okolicznościach, mogących nie przystawać do cech rynków dwustronnych.

[1300] Z biegiem czasu zwolennicy i przeciwnicy szkoły chicagowskiej prowadzili różne badania w celu ustalenia warunków, w których mogą wystąpić niepożądane skutki . Zob.: M. D. Whinston, *Tying, Foreclosure and Exclusion*, "The American Economic Review" 1990, nr 4, s. 837.

[1301] Przykładowo, efekty sieciowe mogą stanowić zachętę dla przedsiębiorców do wykluczenia konkurencji poprzez sprzedaż wiązaną i pakietową. Ze względu na wiązanie, konkurenci na rynku wiązanym mogliby nie mieć wystarczającej bazy klientów, aby osiągnąć wystarczająco silne efekty sieciowe, i w konsekwencji skutecznie konkurować. Zob.: OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 44-45.

[1302] R. Feldman, *Defensive Leveraging in Antitrust*, "Georgetown Law Journal" 1999, s. 2079-2115; G. Monti, EC Competition Law, Cambridge 2007, nr 87, s. 190-191.

związanym lub ograniczenie produktów dostępnych na tym rynku powoduje, że nieefektywna produkcja lub ograniczony wybór na rynku związanym utrudniają wejście na rynek A. Podobnie monopolista może wykorzystać tę strategię do obniżenia rentowności, a tym samym do pojawienia się produktu C, który stanowiłby tańszą alternatywę dla kombinacji produktów komplementarnych AB[1303].

Powyżej wskazane badania oraz teorie szkody nie zostały pierwotnie opracowane z myślą o rynkach dwustronnych. Jednakże nowsze badania ekonomiczne wskazują, że dwustronny charakter platform i ich powszechne stosowanie cen zerowych nie wyklucza możliwości wystąpienia skutków antykonkurencyjnych, a tym samym nie może zwalniać z odpowiedzialności wynikającej z prawa konkurencji. Jedną z cech rynków cyfrowych jest istnienie powiązań między jednym rynkiem („platformą") a innymi rynkami niższego szczebla lub rynkami sąsiednimi. Taka konstelacja mogłaby potencjalnie pozwolić operatorowi zasiedziałemu na jednym rynku na „rozszerzenie" swojej siły rynkowej i próbę wykorzystania jej na innym rynku, tj. wykorzystanie strategii „lewarowania ofensywnego"[1304]. Fakt, że produkty lub usługi wiążące lub wiązane są dostarczane bezpłatnie (po cenie zerowej), nie umniejsza potencjalnych obaw antykonkurencyjnych. Wręcz przeciwnie, to właśnie te okoliczności zerowej ceny zwiększają prawdopodobieństwo praktyk wiązanych. Jeżeli operatorzy platform posiadających pozycję dominującą nie są w stanie konkurować cenami swoich towarów lub usług, muszą znaleźć sposób, w jaki mogą ulepszyć swoją „darmową" ofertę dla konsumentów, jednocześnie walcząc z konkurentami[1305]. Omawiana praktyka „wiązania" mogłaby mieć na celu ochronę pozycji operatora platformy na rynku produktu podstawowego, tj. na rynku zdominowanym. Przykładem podawanym w literaturze jest tzw. strategia „platform envelopment" („obudowywanie platformy"), polegająca na rozszerzeniu funkcjonalności danej platformy (utworzenie „wieloplatformowego pakietu"). Może zostać ona wykorzystana przez przedsiębiorcę w celu ochrony jego siły rynkowej (w postaci „lewarowania defensywnego"). Jako przykład ilustrujący powyższą teorię szkody podaje się sprawę wiązania przez Microsoft systemu operacyjnego Windows z przeglądarkę internetową Internet Explorer[1306].

[1303] S. Holzweber, *Tying and bundling in the digital era*, "European Competition Journal" 2018, nr 2-3, s. 604-605.
[1304] M. Kadar, *European Union* competition *law in the digital era*, „Zeitschrift für Wettbewerbsrecht" 2015, nr 4, s. 9.
[1305] Szczegółowa analiza w tym zakresie została przedstawiona w literaturze. Zob.: D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 12-13.
[1306] Microsoft, poprzez wiązanie przeglądarki Internet Explorer z systemem operacyjnym Windows, został oskarżony o ograniczenie ekspansji Netscape (konkurencyjnej przeglądarki internetowej), Netscape wykorzystywał język programowania (Java), który umożliwiało uruchamianie aplikacji w wielu systemach operacyjnych. Ewentualny sukces Netscape stanowiłby

Pomimo przedstawionego ryzyka antymonopolowego, omawiana praktyka wywiera niejednoznaczne skutki ekonomiczne na konkurencję[1307]. W niektórych przypadkach wiązanie produktów może mieć charakter prokonkurencyjny lub też nie wywierać żadnych negatywnych efektów na konkurencję, np. przyczynia się do rozwoju innowacji, redukuje koszty działalności gospodarczej, jak również gwarantuje odpowiednią jakość i bezpieczeństwo oferowanych dóbr[1308]. Literatura ekonomiczna nie daje jednocześnie podstaw do przyjęcia domniemania *per se* legalności lub nielegalności praktyki „wiązania" stosowanej przez operatora platformy internetowej.

1.2. Wiązanie produktów w gospodarce cyfrowej (strategie biznesowe)

Ze względu na cechy rynków cyfrowych (m.in. korzyści skali i zakresy, efekty sieciowe, niskie koszty krańcowe, co zostało opisane w pkt I.1.1.1 pracy doktorskiej) wiązanie produktów może być szczególnie popularne na tych rynkach, a nawet być nieodzowną częścią konkurencji merytorycznej, tj. przejawem innowacji oraz sposobu ulepszania produktów, aby sprostać rosnącym oczekiwaniom konsumentów. Niekiedy, jeśli operator platformy nie rozwija swoich usług, które mogłyby być uznane przez urząd antymonopolowy za „wiążące", może to prowadzić do obniżenia jego zysków lub niepełnej monetyzacji jego działalności. Ponadto, produkty cyfrowe często cechują się modułowością lub powiązaniami z innymi produktami[1309]. Przykładowo, w przypadku oprogramowania, dość łatwo można łączyć poszczególne jego programy lub funkcje za pomocą zmiany kodu tego oprogramowania. Charakter produktów cyfrowych może zatem sprawić, że wiązanie techniczne jest stosunkowo łatwe do wdrożenia[1310].

Przedsiębiorcy na poszczególnych etapach rozwoju swoich modeli biznesowych mogą przyjmować różnorodne strategie oraz podejmować działania, które mogą być oceniane jako przejaw wiązania, czyli oferowania danych usług w pakiecie. W tym kontekście można wyróżnić: (i) zmiany na danej platformie, na przykład rozszerzenie usług oferowanych na platformie – co określane jest jako ekspansja w ramach platformy, oraz (ii) rozwój ekosystemu

---

zachętę dla programistów (i użytkowników) do korzystania z Javy, z ryzykiem stworzenia podstaw dla rozwoju nowych systemów operacyjnych. Innymi słowy, produkt oprogramowania pośredniczącego napisany dla systemu Windows mógł przejąć niektóre lub wszystkie cenne funkcje platformy Windows – to znaczy, programiści mogli zacząć polegać na interfejsach API udostępnianych przez oprogramowanie pośredniczące w przypadku podstawowych procedur, zamiast polegać na zestawie API zawartym w systemie Windows. OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 43.

[1307] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 44.

[1308] D. W. Hull, *Tying: A Transatlantic Perspective*, [w:] P. Marsden (red.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, s. 287-318, Cheltenham-Northampton 2006, s. 289-290; I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 44.

[1309] Moduły to element pełniący ustaloną funkcję, łatwy do wykorzystania jako część różnych większych całości.

[1310] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 41-42.

cyfrowego, polegający na wchodzeniu na nowe, często niepowiązane ze sobą rynki oraz tworzeniu interakcji między różnymi usługami cyfrowymi – co określane jest jako ekspansja międzyplatformowa[1311] (zob. szerzej: pkt VII.3.2 pracy doktorskiej).

Odnośnie do strategii „ekspansji w ramach platformy", polega ona na wprowadzeniu przez operatora nowych funkcji platformy (np. rozpoczęcie świadczenia komplementarnych usług) oraz tworzeniu nowych interakcji w ramach istniejącej już platformy. Innymi słowy, sprzedaż wiązana na platformie polega na sytuacjach, w których różne usługi oferowane przez platformę wielostronną są ze sobą powiązane. W praktyce oznacza to, że korzystanie lub uczestnictwo w jednej usłudze (i) jest uzależnione od skorzystania z innej usługi lub uczestnictwa w niej; lub (ii) korzystanie z jednej usługi automatycznie wiąże się z korzystaniem z innej usługi platformy lub uczestnictwem w niej [1312]. Zdobycie określonej bazy klientów, która może być wykorzystywana do oferowania innych usług lub do inicjowania interakcji za pośrednictwem danej platformy (na przykład wyszukiwanie i rezerwacja hoteli, usługi społecznościowe, ogłoszenia drobne), umożliwia ekspansję na nowe rynki lub zwiększenie zysków generowanych przez działalność platformy. Powyższe można zobrazować przykładami strategii Booking.com, Facebook oraz Google.

Operator Booking.com początkowo umożliwiał swoim klientom jedynie rezerwację pokoi hotelowych, a następnie rozszerzył swoje usługi na możliwość rezerwacji lotów czy też wynajmu samochodów. Było to możliwe dzięki temu, że zgromadził on już jedną stronę platformy (stronę „konsumencką"), a zatem musiał on pozyskać jedynie drugą stronę – użytkowników biznesowych (np. przedsiębiorców zajmujących się wypożyczaniem samochodów)[1313]. W październiku 2016 r., operator Facebook (Meta), właściciel prywatnej sieci społecznościowej, uruchomił usługę Facebook Marketplace, usługę technicznie zintegrowaną z siecią społecznościową Facebook, która umożliwia użytkownikom Facebooka wyszukiwanie oraz oferowanie sprzedaży różnego rodzaju towarów (tj. usługi ogłoszeń drobnych)[1314]. Pod koniec 2020 r. rozszerzono z kolei funkcjonalność Facebooka poprzez uruchomienie na tej samej platformie usługi Facebook Dating (usługi platformy randkowej).

[1311] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 8.
[1312] *Ibidem*.
[1313] W ten sposób operator platformy może w znaczący sposób rozwiązać tzw. dylemat jako czy kura, a zatem skoordynować jednoczesne zainteresowanie obu stron platformy, aby przekroczyć krytyczny moment, decydujący o powodzeniu danego przedsięwzięcia.
[1314] Zakładając, że Facebook może mieć pozycję dominującą na rynku prywatnych serwisów społecznościowych (rynek wiążący), a prywatne serwisy społecznościowe i drobne ogłoszenia online (rynek wiązany) mogą mieć odrębny charakter, można przeprowadzić analizę, czy użytkownicy nie mogą uzyskać sieci społecznościowej Facebook (produktu wiążącego) bez Facebook Marketplace (produktu związanego) oraz czy w tym zakresie nie dochodzi do wykluczenia konkurentów.

Podobnie, Google początkowo wyświetlał użytkownikom jedynie wyniki horyzontalne, a następnie rozszerzył swoje usługi do równoległego prezentowania wyników wertykalnych – prezentowanych w specjalnej przestrzeni zakupowej (potencjalnie – usługi porównywarki produktów).

Druga ze wskazanych możliwości wiązania produktów odnosi się do „ekspansji między platformowej". Zamiast modyfikować funkcjonalność istniejącej usługi poprzez dodanie nowych interakcji dopasowywania użytkowników, operator może zdecydować się na stworzenie oddzielnej platformy. W tym scenariuszu, operator platformy może wykorzystać bazę klientów istniejącej platformy w celu rozszerzenia swojego ekosystemu cyfrowego o nowe usługi [1315]. Przykłady takiej strategii biznesowej można zaobserwować w działalności przedsiębiorstw takich jak Uber, Google i Microsoft, które umożliwiają dostęp do wielu usług za pomocą jednego konta logowania. Przykładowo, logując się za pomocą konta Google, użytkownik ma dostęp do wyszukiwarki internetowej – Google, poczty elektronicznej – Gmail, platformy udostępniania wideo – YouTube, sklepu z aplikacjami – Google Play itp. Podobnie charakterystyczną cechą Uber Eats jest możliwość opłacania rachunków za jedzenie z tego samego konta, przy użyciu którego opłaca się przejazdy. Aby przedsiębiorcy mogli zamieścić okno Google Maps na własnej stronie internetowej (np. w celu prezentacji lokalizacji siedziby przedsiębiorstwa dla klientów) muszą uzyskać klucz API[1316]. W celu jego uzyskania wymagane jest utworzenie konta w Google Cloud Platform (usługi w chmurze Google)[1317].

W kontekście platform zarówno wiązanie na platformie („ekspansja w ramach platformy"), jak i między platformami („ekspansja między platformami") umożliwia danemu podmiotowi przeniesienie części swojej bazy klientów na nową platformę lub usługę platformy bez konieczności rozwiązywania problemu „jajko i kura" (zob. pkt I.1.1.2 pracy doktorskiej). Ten aspekt sprawia, że takie strategie są również przydatne do przeprowadzania tak zwanych ataków „otaczających" („platform envelopment"), które pozwalają danemu podmiotowi rozszerzyć działalność na inne rynki lub w inny sposób zabezpieczyć się przed takim atakiem ze strony potencjalnych konkurentów (zob. pkt V.1.1 pracy doktorskiej).

W literaturze zwraca się uwagę, że potencjał strategii ekspansji platform w zakresie przenoszenia siły rynkowej na sąsiednie rynki będzie zależał od stopnia pokrywania się dwóch

[1315] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 8.
[1316] Wygenerowany unikatowy fragment kodu oprogramowania, który najczęściej ma postać ciągu znaków.
[1317] Podkomisja ds. Antymonopolowych Izby Reprezentantów USA, *Raport: Badanie Konkurencji na Rynkach Cyfrowych*, s. 242.

platform lub usług platformy (produktu związanego i wiążącego) w kontekście konsumentów końcowych. Im większy stopień nakładania się baz klientów końcowych (zainteresowanych korzystaniem z produktu związanego), tym większy potencjał lewarowania. Stopień pokrywania się będzie w dużej mierze zależał od relacji funkcjonalnej (i handlowej) między powiązanymi platformami lub usługami platformy. Taka relacja może obejmować komplementarność (np. Android OS i PlayStore), słabe substytuty (np. Facebook i Instagram) lub niepowiązane usługi (np. Windows OS i LinkedIn)[1318].

1.3. Zastosowanie ram prawnych „wiązania" do modeli biznesowych platform internetowych

Rozwój gospodarki cyfrowej wymusza adaptację obecnych ram prawnych do nowych strategii i modeli biznesowych operatorów platform internetowych. Charakterystyczny dla tych modeli techniczny i ekonomiczny profil utrudnia stosowanie tradycyjnych ram prawnych, w tym czteroelementowego testu „wiązania". W cyfrowym środowisku, gdzie produkty i usługi często są dostarczane klientom bezpłatnie, trudno jest określić element przymusu w sprzedaży wiązanej oraz ocenić jej pro- i antykonkurencyjne efekty na złożonych, wzajemnie powiązanych rynkach. Specyfika internetowych platform, z ich różnorodnymi funkcjami i technicznymi powiązaniami, sprawia, że identyfikacja i ocena wiązania produktów lub usług staje się bardziej skomplikowana. W związku z tym, ocena praktyk sprzedaży wiązanej na podstawie art. 102 TFUE w kontekście rynków cyfrowych wymaga dokładnego dostosowania dotychczasowej praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych do nowych realiów gospodarczych.

1.3.1. Przesłanka odrębności produktów

Wymóg wykazania, że oddzielne produkty zostały powiązane lub połączone w pakiet, służy rozróżnieniu sytuacji, gdzie wspólne oferowanie produktów korzystnie wpływa na dobrobyt konsumentów, od tych sytuacji, które mogą negatywnie wpływać na konkurencję[1319]. Badanie wymogu osobnych produktów na wstępnym etapie postępowania dotyczącego wiązania stanowi efektywną metodę unikania kosztownych dochodzeń czy procedur – mówiąc inaczej, pozwala to na ograniczenie kosztów decyzyjnych. W związku z tym, warunek ten może pełnić

[1318] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 12-14.
[1319] D. Bailey, L. E. John (red.), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, Oksford 2018, s. 948-949.

funkcję skutecznego pierwszego filtra podczas oceny legalności wiązania produktów[1320]. Jednak w kontekście rynków cyfrowych kwestia odrębności produktów staje się bardziej złożona. Istnieją wątpliwości, czy zmiana cyfrowej usługi przez jej rozbudowę lub usprawnienie[1321] powinna być traktowana jako dodanie nowego produktu, odrębnego od podstawowej usługi, czy też jako jednolity, „ulepszony" produkt bez wyraźnie zdefiniowanego, dodatkowego elementu.

Zgodnie z orzecznictwem, odrębność produktów w rozumieniu art. 102 TFEU należy oceniać w odniesieniu do zapotrzebowania klientów, tj. niezależnego popytu[1322]. Wykazanie, że dane produkty są odrębne, można przeprowadzić w oparciu o bezpośrednie i pośrednie dowody występowania niezależnego popytu na oferty niewiązane lub rozdzielone. W świetle tej oceny, dwa produkty są odrębne, jeżeli przy braku sprzedaży wiązanej znaczna liczba odbiorców nabywa produkt podstawowy (wiążący), nie kupując produktu związanego od tego samego dostawcy[1323]. Jako dowód bezpośredni można przedstawić analizy świadczące o tym, że mając wybór, klienci chcą nabyć dwa produkty od różnych dostawców. Ponadto, KE uznawała, że występowanie wyspecjalizowanych przedsiębiorców oferujących produkt związany bez produktu wiążącego może stanowić pośredni dowód na istnienie odrębnych produktów[1324]. Z tego powodu, w praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych odrębność produktów analizowana jest zwykle z perspektywy analizy odmienności rynków właściwych. Możliwość transferu siły rynkowej staje się realna, gdy produkty funkcjonują na oddzielnych rynkach, czyli siła rynkowa jest przenoszona z rynku zdominowanego na rynek niezdominowany.

Usytuowanie produktów na dwóch oddzielnych rynkach właściwych nie zawsze oznacza, że dane produkty mogą zostać uznane jako odrębne. Przykładowo może istnieć popyt na zintegrowany produkt, który jest niezależny od popytu na produkt wiążący lub związany. Przykładowo, może istnieć oddzielny popyt na telefony komórkowe mające wbudowany aparat fotograficzny, niezależnie od tego że może istnieć popyt na telefony bez aparatu oraz aparaty fotograficzne. Zintegrowanie może być w tym przypadku konieczne, aby zaspokoić popyt na telefony komórkowe z aparatem cyfrowym, pomimo że oba produkty (aparat i telefon) mogą występować oddzielnie. Problematyczne jest również to, czy test odrębnego produktu zostanie

[1320] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 128

[1321] Przykładowo, poprzez umożliwienie użytkownikom sieci społecznościowej oferowania sprzedaży różnego rodzaju produktów; rozszerzenie wyników wyszukiwania horyzontalnego o wyniki wertykalne.

[1322] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 917.

[1323] Wytyczne Komisji, pkt 51; I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 64.

[1324] Wytyczne Komisji, pkt 51; Decyzja KE z 24.03.2004 r. w sprawie nr COMP37.792, *Microsoft*, pkt 84.

spełniony w przypadku, gdy nie ma znacznego popytu na sam produkt podstawowy (tj. bez produktu dodatkowego). Przykładowo, jeżeli istnieje niezależny popyt na sznurowadła i buty ze sznurowadłami, ale nie na buty bez sznurowadeł, wiązanie sznurowadeł do butów nigdy nie może stanowić nadużycia dominacji rynkowej[1325].

Aby zrozumieć, kiedy ulepszenie lub modyfikacja platformy internetowej mogą być traktowane jako jeden lub dwa odrębne produkty, należy skupić się na analizie różnych interakcji ułatwianych przez platformę. Gdy platforma rozpoczyna działalność oferując jeden rodzaj interakcji, a następnie wprowadza kolejny, który jest również dostępny na innych, niezależnych platformach, można rozważać te interakcje jako odrębne produkty. Na przykład Booking.com został uruchomiony z funkcją rezerwacji pokojów, a następnie dodał funkcję wyszukiwania lotów, która jest również oferowana na zasadzie samodzielnego serwisu przez Skyscanner.com. Kluczowe jest tutaj, że każda interakcja służy różnym, choć powiązanym celom, co jest zgodne z tradycyjną analizą odrębności produktów. Ponadto, w niektórych przypadkach, mimo że platforma oferuje różne interakcje między użytkownikami, integracja techniczna między nimi może nie być konieczna, co sugeruje możliwość ich funkcjonowania niezależnie jako odrębne produkty. Decydujące znaczenie ma także rola praktyk handlowych. Jeśli wspólne świadczenie takich interakcji nie jest powszechną praktyką u wszystkich lub przynajmniej znacznej liczby niedominujących konkurentów, to interakcje te mogą być rozpatrywane jako oddzielne produkty. Na przykład, dowodem pośrednim świadczącym o oczekiwaniach sprzedawców wobec platform handlu elektronicznego może być standardowy pakiet usług oferowany przez te platformy. Zwykle obejmują one: (i) możliwość wystawienia produktów na sprzedaż, co umożliwia dotarcie do szerokiej bazy konsumentów (wystawienie i dopasowanie), oraz (ii) prowadzenie transakcji bezpośrednio na platformie, bez konieczności przekierowywania konsumenta na stronę internetową sprzedawcy (czyli sprzedaż na platformie). Istotnym może być fakt, że takie usługi są standardowo oferowane przez większość platform handlowych[1326]. Konkurencja w tym zakresie może obejmować zatem rywalizację między „pakietami" danych usług cyfrowych. W ten sposób, rozróżnienie między jednym a dwoma produktami w

[1325] Przy założeniu że dany przedsiębiorca miałby pozycję dominującą na rynku butów. W przeciwnym razie przedmiotowa analiza byłaby nierelewantna.

[1326] Operatorzy platform internetowych (np. platform handlowych), oprócz usług „podstawowych" (tj. możliwości sprzedaży swoich produktów na danej platformie, w tym wystawienia danej oferty), mogą również oferować swoim klientom inne dodatkowe usługi, jak np. usługi płatności internetowej; obsługa reklamacji i zwrotów towaru; wsparcie w rozwiązywaniu sporów między przedsiębiorcami (sprzedawcami) i konsumentami (kupującymi); usługi reklamy internetowej; usługi logistyczne. Usługi te mogę być komplementarne do usług podstawowych, wynikać ze zwyczaju handlowego, a także mogą stanowić ulepszenie usług świadczonych przez operatora platformy.

przypadku ulepszeń platformy zależy od sposobu, w jaki różne interakcje są oferowane, integrowane technicznie i postrzegane w kontekście ogólnych praktyk branżowych[1327].

Podobnie, nasuwa się pytanie, czy dla analizy antymonopolowej istotne jest to, że rzekomo powiązany produkt (produkt dodatkowy) nie jest oferowany jako niezależna, samodzielna usługa, odrębna od głównego produktu wiążącego. Na przykład, warto rozważyć, czy modyfikacja ogólnych wyników wyszukiwania poprzez dodanie specjalnych elementów (np. dedykowanej przestrzeni prezentującej konkretny produkt) stanowi odrębną funkcję wyszukiwania produktów, czy też jest jedynie rozszerzeniem wyników wyszukiwania głównego produktu. Można argumentować, że wyniki wyszukiwania wertykalne i horyzontalne nie są usługami odrębnymi, lecz zamiennymi, znajdującymi się na tym samym rynku. Gdy użytkownicy postrzegają rozszerzone wyniki wyszukiwania, zawierające dodatkowy element (np. przestrzeń zakupową w omawianej sprawie), jako jedynie ulepszenie (poprawę) standardowych wyników wyszukiwania i spełniające tę samą funkcję, mogą oni uznać ofertę porównywarki cenowej i wyszukiwarki dla zapytań o produkty za zamienną lub za jedną, zintegrowaną usługę wyszukiwania.

KE w decyzji *Google Shopping* uznała jednak, że spółka Google oferowała dwa produkty (funkcje): odrębną funkcję wyszukiwania uniwersalnego (usługę wyszukiwania ogólnego) i niezależną funkcję porównywania produktów (usługę wyszukiwania wertykalnego) [1328]. Zgodnie z praktyką decyzyjną KE, kluczowe kryteria oceny, czy usługi oferowane przez operatora platformy stanowią odrębne produkty, obejmują: (i) różnice w funkcjach i cechach technicznych tych usług; (ii) historię rozwoju tych produktów, w tym obecność wyspecjalizowanych przedsiębiorców oferujących te usługi; (iii) wewnętrzne dokumenty, wskazujące na to, jak dominujący podmiot postrzega te usługi; oraz (iv) potencjalny komplementarny (a nie subsydiarny) charakter tych usług, oferowanych w ramach jednej platformy[1329]. Podobnie, w sprawie *Google Android* Komisja przedstawiła szereg argumentów uzasadniających odrębność aplikacji Google Play (sklepu z aplikacjami) i Google Search (wyszukiwarki internetowej), takich jak: (i) pełnienie przez te aplikacje różnych funkcji dla użytkowników; (ii) obecność wyspecjalizowanych przedsiębiorców oferujących niezależne

[1327] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 16.
[1328] Odrębną kwestią jest jednak to, że KE w tym przypadku nie dokonała klasyfikacji zachowania przedsiębiorcy Google jako „wiązania", tylko zidentyfikowała naruszenie na podstawie klauzuli generalnej, określane w literaturze jako praktykę „self-preferencing" (faworywanie własnych produktów). W tym zakresie, praktyka ta miała pewne cechy wspólne dla „wiązania" oraz „dyskryminacji".
[1329] Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*, pkt 166-183.

usługi wyszukiwania; (iii) dostępność wyszukiwarki Google jako niezależnej usługi na innych systemach operacyjnych niż Android [1330].

Powyższe argumenty przedstawione przez Komisję Europejską mogą nie być wystarczające w kontekście kryteriów „wiązania" przy analizowaniu zmian (ulepszeń) usług oferowanych przez niektóre platformy internetowe, takie jak wyszukiwarki. Organ antymonopolowy, na którym spoczywa obowiązek dowodzenia odrębności produktów, powinien dostarczyć przekonujące dowody, że użytkownicy wolą produkt główny bez produktu dodatkowego (na przykład usługi wyszukiwania bez przestrzeni zakupowej). W tym celu mógłby przeprowadzić badania dotyczące zachowań i oczekiwań konsumentów korzystających z określonych usług cyfrowych. Na przykład, wyniki badań mogłyby wykazać, że użytkownicy zainteresowani zakupem oczekują od wyszukiwarki wyników, które ułatwią im dokonanie zakupu[1331]. Organ ochrony konkurencji, badający daną praktykę jako potencjalne nadużycie, powinien w takich sytuacjach dostarczyć dowody świadczące o istnieniu niezależnego popytu na produkt główny [1332]. Dominant nie powinien być bowiem zmuszany do sprzedaży produktu podstawowego (bez dodatkowych funkcji), na który nie ma popytu. Zgodnie z wyrokiem w sprawie *Microsoft* tego rodzaju dowody nie są jednak konieczne[1333].

Stosowanie wspomnianych kryteriów może być mniej skomplikowane w przypadku oddzielnych, ale wzajemnie powiązanych platform, takich jak Uber i Uber Eats. Na urządzeniach mobilnych obie te platformy działają przez oddzielne aplikacje. Praktyki handlowe samych platform sugerują, że te usługi są traktowane jako odrębne produkty. Większość platform ma kilku bezpośrednich konkurentów oferujących podobne usługi niezależnie (na przykład konkurentem dla Ubera jest Bolt, a dla Uber Eats – Pyszne.pl). Sam fakt, że niektórzy przedsiębiorcy mogą oferować szerokie ekosystemy składające się z różnych usług cyfrowych dostępnych poprzez oddzielne platformy, połączonych jednym kontem użytkownika, nie jest wystarczający, by uznać te ekosystemy za pojedynczy produkt [1334].

[1330] Co istotne, odrębność tych produktów była na tyle oczywista, iż nie była kwestionowana przez przedsiębiorcę Google. Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 754-762.

[1331] P. Akman, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, "Journal of Law, Technology and Policy" 2017, nr 2, s. 346.

[1332] Przeciwne zdanie wyraził D. Miąsik. Zob.: D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 111.

[1333] W badanym przypadku: czy konsumenci „chcą nabyć Windows bez funkcji multimedialnej". Zdaniem Sądu, w przypadku produktów komplementarnych, takich jak systemy operacyjne dla stacji roboczych i oprogramowanie aplikacji, możliwe jest, że konsumenci chcą mieć oba produkty łącznie, ale nabywając je w różnych źródłach. Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 919-923.

[1334] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 16.

Podobnie nieproblematyczne było uznanie różnych aplikacji Google za odrębne, co było wymogiem w porozumieniu Google z producentami sprzętu OEM w ramach Mobile Application Distribution Agreements (MADA)[1335].

1.3.2. Przesłanka przymusu

Dla stwierdzenia naruszenia, konieczne jest, aby działanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, polegające na oferowaniu oddzielnych produktów, wiązało się z elementem przymusu ograniczającym wybór klienta i umożliwiającym przenoszenie siły rynkowej z jednego rynku produktowego na inny. W przypadku braku przymusu nic nie stoi na przeszkodzie, by konkurenci skłonili klientów przedsiębiorstwa dominującego do zmiany. W związku z tym, sprzedaż wiązana stanowi praktykę ograniczającą konkurencję tylko w takim zakresie, w jakim pozbawia nabywców możliwości nabycia produktu wiążącego bez produktu związanego, co stanowi tzw. przesłankę przymusu („zmuszania")[1336].

W praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji, „przymus" jako kryterium wiązania jest interpretowany bardzo szeroko i może przyjmować różne formy[1337]. Nie ogranicza się tylko do wymogu zakupu dwóch produktów razem (np. odmowy sprzedaży produktu głównego, chyba że nabywca kupi również produkt dodatkowy), czyli do jasnego obowiązku nabycia oddzielnych produktów łącznie od jednego przedsiębiorstwa lub stałego połączenia dwóch produktów. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy klienci mogą korzystać z jednej platformy lub określonej funkcji na platformie tylko wówczas, gdy używają innej platformy lub funkcji oferowanej przez to samo przedsiębiorstwo (na przykład, hipotetycznie, aby korzystać z usług Facebooka, konieczne byłoby posiadanie konta na Instagramie). Podobnie, jeśli założenie konta użytkownika na jednej platformie automatycznie tworzyłoby równoległe profile na innych platformach, których ten sam klient nie chce używać, takie działanie mogłoby być uznane za przymusowe[1338].

[1335] Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 155-156, 180-181.

[1336] Innymi słowy, zmuszenie to można scharakteryzować jako pozbawienie możliwości wyboru między kupnem samego produktu wiążącego a nabyciem pakietu. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 112.

[1337] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 16. R. Molski, *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 431-432.

[1338] Uznanie takich praktyk za przymusowe w rozumieniu art. 102 TFUE byłaby zgodna z ustaleniami w sprawie *Microsoft*, w której Sąd stwierdził, że dowód przymusu nie wymaga wskazania obowiązku korzystania z produktów oferowanych przez dane przedsiębiorstwo. Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 970-971.

Przymuszenie może również przyjąć formę ekonomicznych korzyści z nabycia produktów w pakiecie, wywierania presji lub innych rodzajów zachęt[1339]. Na przykład, korzyścią tego rodzaju byłaby sytuacja, gdy operator platformy uzależniałby dostęp do programu ochrony kupujących, oferującego lepsze warunki reklamacji produktów na platformie eBay, od korzystania przez kupujących z jego własnego serwisu płatniczego. Zachęty do zakupu produktu w pakiecie mogą mieć charakter finansowy, jak w przypadku sprzedaży mieszanej, np. gdy wspólna rezerwacja lotów i pokoi hotelowych na Expedia byłaby zwolniona z jakichkolwiek opłat za rezerwację lub anulowanie[1340]. Sam fakt, że klienci nie mogą nabyć oddzielnych produktów oferowanych przez dane przedsiębiorstwo osobno, jest wystarczający, nawet jeśli te produkty są dostarczane bezpłatnie i klienci mają możliwość korzystania z produktów konkurencji[1341].

W przykładach takich jak Google czy Uber, gdzie jedno konto umożliwia dostęp do wielu usług, kluczowe jest rozróżnienie między zapewnieniem wygody a narzuceniem korzystania z dodatkowych usług. Analiza kryterium „przymusu" w kontekście wykorzystywania wspólnej bazy danych klientów przez różnych operatorów platform koncentruje się na stopniu, w jakim klient jest nakłaniany do korzystania z różnorodnych usług oferowanych przez jednego przedsiębiorcę. Jeśli wspólne konto służy tylko jako punkt dostępu, bez wymuszania na użytkownikach aktywacji i korzystania z innych dostępnych usług, nie występuje bezpośredni przymus. Jednak linia między dobrowolnym korzystaniem z usług a przymusem staje się rozmyta, gdy przedsiębiorca stosuje techniki przekonywania, takie jak reklamy czy bonusy za pierwsze użycie, które mogą skłaniać klientów do szerszego zaangażowania w ekosystem usług przedsiębiorcy. Strategia ta może nieść ryzyko przekształcenia się w przymus, jeżeli użytkownicy poczują się zobowiązani do korzystania z całego wachlarza usług, aby uzyskać maksymalne korzyści z głównego konta[1342].

Pozbawienie nabywców możliwości wyboru może opierać się również na ograniczonej racjonalności konsumentów. Jeżeli przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na rynku właściwym skłania konsumentów do wyboru produktu, wykorzystując brak racjonalnego

---

[1339] Z tego względu jak wskazał Sąd w sprawie *Microsoft,* ani z art. 102 akapit drugi lit. d) TFUE ani z orzecznictwa w zakresie sprzedaży wiązanej nie wynikało, że aby przesłankę dotyczącą uzależnienia zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań można było uważać za spełnioną, konsumenci muszą być zmuszeni do używania produktu związanego lub niemożliwe musi być używanie przez nich takiego samego produktu dostarczanego przez konkurenta przedsiębiorstwa dominującego (pkt 970).

[1340] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 17.

[1341] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft,* EU:T:2007:289, pkt 969.

[1342] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 17.

wyboru (tj. uprzedzenia behawioralne; zob. pkt I.3.5 pracy doktorskiej), może istnieć ryzyko, że rozszerzy swoją władzę rynkową na inny, wciąż niezdominowany rynek[1343]. Preinstalacje oraz ustawienia domyślne są ważne zarówno z pozytywnych, jak i negatywnych powodów. Po stronie pozytywnej, umożliwiają one użytkownikom końcowym jak najłatwiejsze rozpoczęcie korzystania z usług, bez konieczności podejmowania zbyt wielu decyzji na wstępie. Natomiast w aspekcie negatywnym, użytkownicy końcowi mają silną tendencję do akceptowania oferowanych im opcji domyślnych i trzymania się ich w czasie. Oznacza to, że uczynienie usług własnościowych „domyślnymi" opcjami może działać jako faktyczne wiązanie, co z kolei umożliwia firmom wykorzystywanie swojej siły rynkowej z jednej usługi na rzecz innej[1344].

Przykładowo, dzięki zintegrowaniu przeglądarki Internet Explorer i Windows Media Player z systemem operacyjnym Windows konsumenci mieli wyraźną zachętę do korzystania z przeglądarki internetowej Microsoft i niewybierania innej aplikacji [1345]. W środowisku cyfrowym obawa ta pojawiła się również podczas koncentracji *Microsoft* i *LinkedIn,* ponieważ Microsoft nie tylko planował preinstalację aplikacji LinkedIn, ale także chciał zintegrować LinkedIn w widocznym miejscu jako kafelek w menu Start systemu Windows 10 oraz jako ikona na pulpicie[1346].

Kolejnym przykładem potencjalnego ograniczenia racjonalności kupujących mogłaby być praktyka przedsiębiorcy Microsoft polegająca na domyślnym ustawieniu własnej przeglądarki Microsoft Edge na urządzeniach z systemem Windows, gdzie Bing jest domyślną wyszukiwarką. Podobnie byłoby tak w przypadku automatycznego zainstalowania przeglądarki internetowej Microsoft Edge podczas obowiązkowej aktualizacji systemu Windows przez użytkowników. Przykładowo mogłoby to przybierać postać ustawienia jej jako przeglądarki domyślnej oraz eksponowanie jej w menu Start oraz skrótu na pasku zadań lub też automatycznym włączaniu przeglądarki Windows podczas korzystania przez użytkowników z niektórych funkcji Windowsa (np. Windows Widget[1347]), nawet pomimo wcześniejszej zmiany domyślnej przeglądarki na konkurencyjną (np. Firefox).

[1343] S. Holzweber, *Tying and bundling in the digital era*, "European Competition Journal" 2018, nr 2-3, s. 358.
[1344] A. Fletcher, *DMA switching tools and choice screens* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 71.
[1345] Dowiodły tego badania empiryczne przeprowadzone przez Komisję Europejską w decyzji Microsoft, które wykazały, że w badanym przez KE okresie ponad 50% użytkowników Windows nie pobierało przeglądarek internetowych z Internetu lub było niechętnych temu; z tej grupy 31% nie wiedziało, jak zainstalować lub pobrać oprogramowanie.
[1346] Decyzja KE z 6.11.2016 r. w sprawie M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, pkt 315 i nast.
[1347] Są to okna prezentujące określone informacje na pulpicie, np. kalendarz, godzinę, wiadomości.

W powyższym kontekście należy jednak ocenić kontekst techniczny oraz ekonomiczny potencjalnych ograniczeń w pobieraniu alternatywnych aplikacji (programów). W sprawie *Microsoft (Windows Media Player)* Sąd uwzględniając ten kontekst zauważył m.in., że (i) pobranie, w odróżnieniu od używania produktu preinstalowanego, jest postrzegane przez znaczną liczbę użytkowników jako skomplikowana operacja; (ii) duża liczba prób pobierania kończy się niepowodzeniem; (iii) w 2002 r. tylko jedna szósta gospodarstw domowych w Europie miała szerokopasmowy dostęp do Internetu[1348]. Powyższe czynniki stanowiły istotne ograniczenia świadczące o spełnieniu przesłanki przymusu. Instalacja określonych aplikacji może nie być jednak trudna.

Preinstalacja określonych aplikacji na systemach operacyjnych lub mobilnych może zatem stwarzać stronnicze *status quo*. Przykładowo, użytkownicy, którzy znajdują aplikacje wyszukiwarki i przeglądarki internetowej już preinstalowane na swoich urządzeniach, zwykle pozostają im wierni[1349]. Oznacza to, że w przypadku preinstalacji lub lepszej widoczności określonych usług cyfrowych większość konsumentów może nie podejmować działań zmierzających do zmiany tych usług nawet jeżeli są one oferowane za darmo, a sam proces zmiany usług jest łatwy i szybki[1350]. Należy zatem wziąć pod uwagę nie tylko teoretyczną możliwość wyboru użytkowników, ale zbadać, co w praktyce użytkownicy ci robią. Jak zauważył Sąd w sprawie *Google Android*, mimo że użytkownicy mieli teoretyczną możliwość swobodnego pobierania konkurencyjnych aplikacji względem Google Search i Chrome, a także zmiany ustawień domyślnych, a dostawcy mobilnych przeglądarek internetowych mogli oferować swoje aplikacje producentom oryginalnego sprzętu, to przez większość czasu trwania naruszenia, z powodu warunków preinstalowania, takie działania rzadko miały miejsce[1351]. Sąd podkreślił również znaczenie ekonomii behawioralnej, zwracając uwagę na różnicę między teoretycznymi założeniami w dziedzinie konkurencji a rzeczywistością praktyczną. W tej rzeczywistości, alternatywy konkurencyjne przywoływane przez Google wydawały się być

[1348] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 1050.
[1349] Komisja znalazła dowody na to, że aplikacja wyszukiwarki Google była systematycznie częściej stosowana w urządzeniach z systemem Android, na których jest preinstalowana, niż w urządzeniach z systemem Windows, których użytkownicy muszą ją sobie sami pobrać. Przywołane w sprawie Google Android dane empiryczne wykazały z kolei, że w 2016 r.: użytkownicy urządzeń z systemem Android (na których wyszukiwarka Google i przeglądarka Chrome były preinstalowane) do ponad 95 proc. wszystkich wyszukiwań użyli wyszukiwarki Google; oraz użytkownicy urządzeń Windows Mobile (na których wyszukiwarka Google i przeglądarka Chrome nie są preinstalowane) użyli wyszukiwarki Google w przypadku mniej niż 25 proc. wszystkich wyszukiwań. Ponad 75 proc. wyszukiwań odbyło się za pomocą wyszukiwarki internetowej Bing firmy Microsoft, która jest preinstalowana na urządzeniach z systemem Windows Mobile.
[1350] Wystarczy zainstalować inne oprogramowanie lub aplikację np. przeglądarkę, oraz spróbować, czy dana aplikacja jest lepsza z perspektywy danego klienta końcowego.
[1351] Wyrok Sądu z 14.09.2022 w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 567.

mało przekonujące lub miały ograniczony rzeczywisty wpływ, co było wynikiem „efektu status quo" spowodowanego warunkami preinstalowania[1352].

Gdy nie ma wyraźnego obowiązku wspólnego nabycia odrębnych produktów, określenie przymusu *de facto* może wiązać się z bardziej złożonymi ocenami faktycznymi opartymi na okolicznościach każdego przypadku. Na gruncie sprzedaży wiązanej przymus jest zatem pojęciem trudnym do jednolitego zastosowania, ponieważ może przejawiać się w wielu formach i stopniach. Ustalenie, czy „skłanianie" do korzystania z dodatkowych usług dominanta można by w takich przypadkach uznać za przymus, zależy zatem od tego, czy zmusza to klientów do udziału w określonej dodatkowej usługi, z której nie korzystaliby dobrowolnie (w przypadku braku „przymusu").

1.3.3. Przesłanka antykonkurencyjnych skutków (wykluczenia)

Udowodnienie, że strategia sprzedaży wiązanej i pakietowej wdrożona przez dominującego operatora platformy internetowej może wywołać efekt wykluczenia, jest kluczowym elementem całej analizy. W analizie antykonkurencyjnych skutków praktyk wiązania na rynkach cyfrowych, aspekt cenowy często ustępuje miejsca innym czynnikom, biorąc pod uwagę, że dołączony produkt jest często dostarczany bez dodatkowych opłat. W związku z tym, negatywne konsekwencje antykonkurencyjne, wynikające z ograniczenia swobody wyboru konsumentów, przede wszystkim dotykają obszarów jakości i innowacyjności. Te dwie kwestie są znacznie trudniejsze do zmierzenia i kwantyfikacji niż zmiany cen, co komplikuje ocenę wpływu wiązania na konkurencyjność rynku. Bardziej szczegółowe kryteria dotyczące sprzedaży wiązanej i pakietowej, zdefiniowane przez Komisję, w porównaniu do kryteriów ustalonych dla oceny takiego skutku w odniesieniu do wszystkich innych nadużyć wykluczających, odnoszą się do: (i) charakteru technicznego lub umownego praktyki; (ii) czasu trwania sprzedaży wiązanej lub pakietowej oraz (iii) siły rynkowej, jaką posiada dane przedsiębiorstwo w odniesieniu do całego swojego portfela produktów (tj. w odniesieniu do więcej niż jednego produktu objętego pakietem)[1353].

Początkowo w praktyce unijnej decyzyjnej i orzeczniczej nie przeprowadzano szczegółowej analizy skutków praktyk wiązania. Podejście to opierało się na domniemaniu antykonkurencyjnego charakteru badanej praktyki wiązania, która nie wymagała wykazania

[1352] *Ibidem*, pkt 428.
[1353] Wytyczne Komisji, pkt 53 i nast.

możliwych skutków wykluczenia[1354]. Organ antymonopolowy przyjmował domniemanie istnienia nadużycia pozycji dominującej w przypadku stwierdzenia, że przedsiębiorca zajmujący pozycję dominującą na jednym rynku zdobywał w wyniku zastosowania transakcji wiązanych znaczącą przewagę konkurencyjną na innym rynku[1355].

W postępowaniach dotyczących usług cyfrowych, KE poddawała z kolei analizie antykonkurencyjne skutki omawianej praktyki[1356]. W szczególności Komisja brała pod uwagę, czy transakcja wiązania dawała istotną przewagę konkurencyjną dla operatora platformy, która konkurenci nie mogli przezwyciężyć, a zatem, czy badana praktyka wiązania (np. preinstalacja wyszukiwarki internetowej na urządzeniu mobilnym) pozbawiała konkurencyjnych twórców usług cyfrowych możliwości rywalizowania w oparciu o określone parametry konkurencji merytorycznej, takie jak cena, jakość usług, innowacja[1357]. Sposoby dotarcia do użytkowników, jakimi dysponowali konkurenci, mogły być nieopłacalne, zwłaszcza gdy produkt wiązany (np. preinstalowana aplikacja wyszukiwarki) mógł być postrzegany przez kupujących jako zadawalający. Możliwe ograniczenie wolności konkurowania stanowiło zatem dla KE wskaźnik (ang. *proxy*) naruszenia procesu konkurowania (niezakłóconej konkurencji) oraz ograniczenia dobrobytu konsumentów poprzez ograniczenie im możliwości wyboru[1358].

Samo wykazanie przewagi konkurencyjnej nie jest jednak wystarczające (w tym fakt, że konkurenci nie mogą jej zrównoważyć), ponieważ w celu wykazania nadużycia pozycji dominującej należy wskazać, że przewaga ta doprowadziła do antykonkurencyjnych skutków (wykluczenia[1359]). W pierwszym kroku organ antymonopolowy musi zbadać zakres wiązania i ustalić, czy przewaga konkurencyjna faktycznie istnieje, biorąc pod uwagę wzrost technicznej

---

[1354] Jak wskazano w doktrynie: „*Analiza większości spraw rozstrzyganych przez Komisję oraz sądy europejskie pozwala zaobserwować, że transakcje wiązane są postrzegane w orzecznictwie jako praktyki zakazane per se*". I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 61.

[1355] Zob. szerzej: I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 65; R. Whish, B. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2021, s. 729-736; R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 610.

[1356] Przykładowo, w przypadku *Microsoft I* analiza efektów została opracowana na 44 stronach (decyzja z 24.03.2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792, *Microsoft I*, pkt 835–954), w przypadku *wyszukiwarki Google* liczyła ponad 70 stron (decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 444–643).

[1357] W sprawie *Google Andoid* Komisji uznała, że wiązanie aplikacji Google ograniczyło to zdolność konkurencyjnych producentów aplikacji i dostawców usług do skutecznego konkurowania z Google oraz ograniczyło swobodę producentów w wyborze najodpowiedniejszych aplikacji do preinstalacji.

[1358] Przykładowo, ze względu na sprzedaż wiązaną konkurenci Microsoftu byli w mniej korzystnej sytuacji, mimo że ich produkty mogły mieć więcej zalet niż Windows Media Player. Microsoft zakłócał normalny proces konkurencji, który bez zakłóceń mógł przynieść korzyści konsumentom poprzez przyspieszenie innowacji. Dominant chronił się przed skuteczną konkurencją ze strony potencjalnie bardziej wydajnych odtwarzaczy multimedialnych, co z kolei ograniczało inwestycje w innowacyjność w dziedzinie odtwarzaczy multimedialnych. Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 1088.

[1359] Innymi słowy, skutek w postaci wykluczenia utrudnia czy wręcz uniemożliwia konkurentom przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą dostęp do rynku.

wiedzy użytkowników, którzy mogą teraz łatwiej omijać wiązanie (np. ściągając konkurencyjne aplikacje). W drugim kroku organ antymonopolowy musi wyjaśnić, jak odpowiednia przewaga prowadzi do efektów antykonkurencyjnych, co stanowi trudniejszą część analizy. Dominujący przedsiębiorcy mogą bowiem argumentować, że popularność wśród użytkowników ich wiązanego produktu wynika po prostu z jego lepszej jakości. Logika tego argumentu jest nieprzekonująca: jeśli wiązany produkt jest lepszy, nie ma potrzeby, aby zmuszać do niego klientów, którzy i tak powinni rozpoznać tę jakość[1360].

Można argumentować, że praktyka wiązania technicznego (np. w postaci preinstalacji aplikacji) nie może skutkować antykonkurencyjnym zamknięciem dostępu do rynku, ponieważ użytkownicy mają łatwy i nieograniczony dostęp do konkurencyjnych usług, dzięki możliwości ich łatwego pobrania. W przeciwieństwie do przypadku sprawy *Microsoft Media Player* z 2000 r., obecna szybkość Internetu sprawia, że użytkownicy nie napotykają żadnych przeszkód w pobieraniu konkurencyjnych aplikacji. Przykładowo, fakt, że konkurencyjne aplikacje wyszukiwania miały niskie współczynniki pobierania, może świadczyć o tym, że użytkownicy preferują wyszukiwarkę Google ze względu na jej najwyższą jakość, a nie ze względu na ich wiązanie z systemem Android. Sąd w sprawie *Google Android* uwzględnił jednak fakt, że pomimo możliwości swobodnego pobierania przez użytkowników konkurencyjnych aplikacji w stosunku do Google Search i Chrome, a także mimo możliwości oferowania przez dostawców mobilnych przeglądarek internetowych swoich aplikacji producentom urządzeń, w praktyce przez większość czasu trwania naruszenia takie działania nie były podejmowane z powodu warunków, które faworyzowały preinstalowane aplikacje Google[1361].

Kolejnym istotnym kryterium oceny antykonkurencyjnego charakteru praktyk wiązania jest ocena, czy działania te prowadzą do uniemożliwienia konkurentom dostępu do krytycznych zasobów, takich jak dane użytkowników, oraz czy umożliwiają dominującemu operatorowi platformy gromadzenie jeszcze większej ilości istotnych danych użytkowników dla jego działalności. Na przykład, preinstalacja określonej aplikacji (np. wyszukiwarki internetowej) mogłaby pozwolić dominującemu operatorowi platformy internetowej na dalsze wzmacnianie swojej pozycji poprzez gromadzenie znacznej ilości danych o użytkownikach w porównaniu z konkurentami, którzy nie mają takiego samego dostępu do danych użytkowników[1362]. Dane

[1360] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 141.
[1361] Wyrok Sądu z 14.09.2022 w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 567.
[1362] W decyzji w sprawie *Google Android*, KE wskazała, że działania Google odnoszące się do wiązania miały negatywny wpływ na innowacje i dobrobyt konsumentów w zakresie mobilnych przeglądarek internetowych. Te działania przyczyniały

użytkowników stanowią przy tym kluczowy element optymalizacji wyszukiwarki i innych usług internetowych[1363].

Podczas analizy skutków wykluczenia związanych z praktykami wiązania stosowanymi przez operatorów platform internetowych, istotne jest także uwzględnienie dwustronnego (lub wielostronnego) charakteru tych platform. W tym kontekście w literaturze ekonomicznej podkreślono, że potencjalny efekt wykluczenia związany ze stosowanymi strategiami może zależeć od funkcjonalnego powiązania między produktem wiążącym a produktem wiązanym. Efekt wykluczenia może różnić się w zależności od tego, czy mamy do czynienia z produktami komplementarnymi, substytutami (bliskimi lub dalekimi) czy niezwiązanymi[1364]. Co więcej, im wyższy stopień nakładania się klientów między produktami, tym większa szansa na sukces przedsiębiorstwa, co może skutkować silniejszym efektem wykluczenia. Łączenie produktów, które są odległymi substytutami, prawdopodobnie będzie skutkowało sytuacjami, w których pokrywanie się grup klientów jest mniej zaznaczone niż w przypadku produktów komplementarnych, co oznacza, że efekt wykluczenia konkurentów lub zwiększenia barier wejścia na rynek może wymagać istotnych korzyści zakresu[1365].

W odniesieniu do praktyki decyzyjnej KE, organ ten – co do zasady – nie brał pod uwagę dwustronności (wielostronności) rynku przy ocenie antykonkurencyjnego charakteru wiązania. W przypadku Google Android wielostronny charakter systemu operacyjnego Android i występujące pośrednie skutki sieciowe zostały zidentyfikowane jedynie w ramach oceny pozycji dominującej Google. Oceniając skutek wykluczenia praktyk wiązanych stosowanych przez Google, Komisja wyraźnie odmówiła zajęcia się kwestią efektów sieciowych[1366], a w ten

---

się do ograniczenia innowacji, co bezpośrednio lub pośrednio szkodziło konsumentom korzystającym z mobilnych przeglądarek internetowych. Dodatkowo, takie praktyki pomagały Google utrzymać i wzmacniać swoją dominującą pozycję na każdym narodowym rynku usług wyszukiwania w internecie. Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 970-972.

[1363] I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 254-260. Taka teoria szkody została zaprezentowana w sprawie *Google Android*. Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 688,

[1364] D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 19; T. Eisenmann, G. Parker, M.van Alstyne, *Platform Envelopment*, "Strategic management Journals" 2011, nr 12, s. 1279-1282.

[1365] Korzyści zakresu (ang. *economies of scope*) odnoszą się do sytuacji, w której łączny koszt produkcji dwóch różnych produktów jest niższy od sumy kosztów ich wytworzenia oddzielnie. T. Eisenmann, G. Parker, M.van Alstyne, *Platform Envelopment*, "Strategic management Journals" 2011, nr 12, s. 1279-1282. W tym kontekście warto zauważyć, że takie ograniczenie zakłada, iż powiązane lub wiązane produkty są oferowane za dodatnią cenę. Jednakże, w przypadku platform internetowych sytuacja ta może się nie potwierdzać, ponieważ sprzedaż pakietowa lub wiązana często dotyczy grupy niepłacących klientów platformy, czyli konsumentów końcowych. W związku z tym, w praktyce przedsiębiorstwa mogą nie być regulowane z tego powodu, a praktyki sprzedaży wiązanej lub pakietowej, które obejmują produkty słabo zastępujące inne, mogą wykazywać większy niż przypuszczano potencjał antykonkurencyjnego wykluczenia. D. Mandrescu, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4, s. 19

[1366] Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt. 776, 899.

sposób mogła ograniczyć kompletność analizy, nie uwzględnić kontekstu gospodarczego zachowania Google i w ten sposób zaryzykowała wyciągnięcie fałszywych wniosków.

Istnieje również ryzyko, że efekt wykluczenia praktyk sprzedaży wiązanej i pakietowej będzie obserwowany w zbyt późnym okresie, w przypadku wystąpienia nieodwracalnych skutków dla konkurencji, zwłaszcza jeśli rynek przechylił się już na korzyść danej platformy (zob. pkt II.1.5 pracy doktorskiej).

1.4. Wiązanie jako konkurencja merytoryczna oraz obiektywne uzasadnienie

Analizując, czy oferowanie przez platformę wielu usług lub produktów w formie „pakietu" stanowi przejaw konkurencji merytorycznej oraz legalnych praktyk handlowych, należy dokładnie ocenić charakter takiego zachowania.. Taka sytuacja może mieć miejsce w praktyce, gdy konkurencja na rynkach wiązanych (rynkach skutku) przekształciła się z pojedynczych produktów lub usług do ofert wiązanych, jak w przypadku ofert pakietowych dotyczących telewizji, Internetu i telefonu.

KE w swoich wytycznych przedstawiła przykłady uzasadnienia, w tym względy efektywnościowe, wyłączające nielegalność praktyki wiązania. Komisja może rozpatrywać argumenty, że takie praktyki przyczyniają się do oszczędności w produkcji i dystrybucji, co może przynieść korzyści konsumentom. Może być rozważane, czy te praktyki zmniejszają koszty transakcyjne dla odbiorców, którzy inaczej musieliby kupować poszczególne komponenty osobno, oraz czy umożliwiają one znaczące oszczędności na pakowaniu i dystrybucji. Dodatkowo, KE może badać, czy łączenie dwóch niezależnych produktów w jeden nowy produkt zwiększa możliwości jego wprowadzenia na rynek na korzyść konsumentów. Może również być analizowane, czy praktyka sprzedaży wiązanej i pakietowej pozwala na przeniesienie korzyści wynikających ze wzrostu efektywności, które pochodzą z produkcji lub zakupu dużych ilości produktu powiązanego[1367].

W kontekście funkcjonowania rynków cyfrowych w literaturze wskazano, potencjalne argumenty efektywnościowe, które mogą być wykorzystywane przez operatorów platform internetowych, chcących uzasadnić legalność strategii wiązania. Po pierwsze, wiązanie może wytworzyć ekonomię zakresu i związane z nią oszczędności kosztów. Po drugie, wiązanie może być niezbędne, aby zagwarantować korzyści z inwestycji, i tym samym zabezpieczyć bodźce do inwestowania dla operatora platformy. Po trzecie, wiązanie może obniżyć koszty transakcji

[1367] Wytyczne Komisji, pkt 62.

i wyszukiwania dla konsumentów. Po czwarte, związane produkty mogą uczynić ekosystem platformy bardziej atrakcyjnym ze względu na lepszą kompatybilność oferowaną przez rozwijanie komplementów wewnątrz danej platformy[1368].

Po pierwsze, wiązanie może generować ekonomię zakresu (zob. pkt I.1.1.1. pracy doktorskiej, w którym wyjaśniono to zjawisko). Ekonomia zakresu pochodzić ze wspólnej dystrybucji, a nie produkcji, ponieważ efektywność wynikająca z produkcji wspólnej jest możliwa nawet bez łączenia produktów w dystrybucji[1369]. W kontekście oprogramowania, może być bardziej efektywne zaoferowanie systemu operacyjnego wraz z aplikacjami, zamiast tworzenia osobnych kanałów dystrybucji dla każdego z nich. Szczególnie dotyczy to sytuacji, gdy koszty dystrybucji są istotne, np. w świecie sprzedaży oprogramowania w formie dystrybucji fizycznej, a nie w formie elektronicznej („pobieranej"). Gdy przedsiębiorca sprzedaje swoje produkty lub usługi bezpośrednio konsumentom, wiązanie może być korzystne. Natomiast, gdy sprzedaż odbywa się przez pośredników rynkowych, takich jak producenci sprzętu oryginalnego, wiązanie zazwyczaj nie jest konieczne do osiągnięcia efektywności. Zazwyczaj można osiągnąć efektywność związaną z dystrybucją produktów poprzez mniej restrykcyjne metody niż wiązanie. Jednym z takich sposobów jest oferowanie pakietu wieloproduktowego po niższej cenie wraz z możliwością zakupu pojedynczych produktów po standardowych cenach, co pozwala na zachowanie swobody wyboru przez konsumentów. Problem pojawia się, gdy produkt oferowany w ramach wiązania jest dostępny za darmo. Przypadek rozpatrywany w sprawie *Microsoft I* ukazuje, że sprzedaż oddzielnych produktów wiążących w pakiecie po tej samej cenie nie ma racjonalnego uzasadnienia[1370].

[1368] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 142.

[1369] Nawet jeśli produkty są produkowane wspólnie (czyli korzystając z tych samych zasobów i procesów produkcyjnych), to korzyści z efektywności mogą być osiągane nawet wtedy, gdy nie ma połączenia tych produktów w procesie dystrybucji. Innymi słowy, produkcja wspólna sama w sobie może przynosić korzyści, bez konieczności dystrybuowania tych produktów razem.

[1370] Decyzją z 24.03.2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792, *Microsoft I*, KE uznała, że uzależniając udostępnienie systemu operacyjnego Windows dla klientów indywidualnych (Windows) od równoczesnego nabycia programu Windows Media Player (WMP), Microsoft naruszył art. 102 TFUE. Obok nałożenia kary grzywny z tytułu stwierdzonego naruszenia art. 102 TFUE, Komisja zastosowała środek zaradczy, który polegał na nakazaniu Microsoft sprzedaży prawidłowo funkcjonującej wersji systemu operacyjnego Windows bez WMP. Sąd uznał, że orzeczony środek jest „*właściwym środkiem do zakończenia nadużycia, o które chodzi i rozwiązania zidentyfikowanych problemów konkurencyjnych, jednocześnie w najmniejszym stopniu czyniącym trudności Microsoft i jego modelowi biznesowemu*" (wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 1209). Sąd nie uwzględnił dowodu Microsoft wskazującego na brak popytu na Windows bez Windows Media Player (WMP). Dane dostarczone przez Microsoft wskazały, że orzeczony środek naprawczy nie nadaje się do osiągnięcia zakładanego celu. Nie przeprowadzono analizy kosztów związanych z zastosowaniem się do środka naprawczego w sytuacji braku popytu na wersję Windows bez WMP. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 123-124.

W odniesieniu do drugiego argumenty, wiązanie może okazać się niezbędne ze względu na możliwość przypisania innowatorowi społecznych korzyści z jego innowacji. Jeżeli zyski z platformy są w stanie zabezpieczyć zachęty dla przedsiębiorstwa do inwestowania w związane produkty, np. w specyficzne aplikacje, takie działanie może być uzasadnione jako wspierające innowacje. Przypisywalność odegrała istotną rolę w argumentacji Google, które utrzymywało, że wiązanie jest legalnym sposobem na monetyzację inwestycji w system Android oraz aplikacje, które nie generują bezpośrednio przychodów [1371]. Jednakże, KE odrzuciła tę argumentację. W opinii Komisji, Google nie zdołało wykazać, że stosowane pakiety były konieczne do osiągnięcia zysku z inwestycji w Androida i jego aplikacje [1372]. Komisja podkreśliła, że Google nie musiało odzyskiwać całkowitych kosztów poniesionych na opracowanie i utrzymanie platformy Android wyłącznie z przychodów generowanych przez tę platformę[1373]. Przeciwnicy interwencji antymonopolowej w tej sprawie wskazali, że decyzja KE przeciwko Google zakłada alternatywną rzeczywistość, w której Google kontynuowałoby rozwój Androida, umożliwiając producentom urządzeń korzystanie z platformy i usług Google bez opłat, nawet gdyby potencjał odzyskania inwestycji był zredukowany [1374]. W ocenie Google, decyzja KE oznacza, że musi on zacząć pobierać opłaty licencyjne za pakiet Google Mobile Services (GMS) w celu finansowania Androida[1375].

Po trzecie, praktyka wiązania ma potencjał do redukcji kosztów transakcyjnych oraz wyszukiwania, co przyczynia się do oferowania konsumentom produktów gotowych do użytku natychmiast po ich zakupie w ramach jednej platformy (aplikacji, urządzenia). Producenci oprogramowania, zwłaszcza, przedstawili argumentację na rzecz konieczności zapewnienia użytkownikom urządzeń bez potrzeby samodzielnego poszukiwania i instalowania aplikacji, co umożliwia im bezpośrednie rozpoczęcie korzystania z zakupionego sprzętu. Microsoft

---

[1371] Innymi słowy, zamiast generować przychody bezpośrednio od producentów urządzeń oraz, pośrednio, od konsumentów poprzez opłaty za usługi, Google uzyskiwało przychody z opłat pobieranych od reklamodawców za celowany dostęp do użytkowników poprzez swoją wyszukiwarkę. Eliminacja wyszukiwarki z urządzeń mobilnych mogłaby usunąć mechanizm, który stanowi dla Google źródło przychodów. Większość producentów urządzeń w Europie wybiera pakiet usług Google dla swoich użytkowników, którzy zazwyczaj pozostawiają Google jako domyślną wyszukiwarkę – jest to zjawisko przewidywane i niezbędne dla zapewnienia, że Google osiąga zwrot z inwestycji w Androida. Wyrok Sądu z 14.09.2022 w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 605.

[1372] Komisja Europejska nie została przekonana, biorąc pod uwagę znaczące przychody Google z Play Store, pochodzące z opłat transakcyjnych i reklamy. Wiązanie wyszukiwarki Google i przeglądarki Chrome z Play Store nie zostało uznane za niezbędne do zachowania motywacji do inwestycji. Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 995-998.

[1373] Wyrok Sądu z 14.09.2022 w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541, pkt 612.

[1374] G. Manne, *The EU's Google Android antitrust decision falls prey to the nirvana fallacy*, https://truthonthemarket.com/2018/07/18/the-eus-google-android-antitrust-decision-falls-prey-to-the-nirvana-fallacy/ (data dostępu: 17.12.2023 r.).

[1375] Oficjalnego stanowisko Google: https://blog.google/around-the-globe/google-europe/android-has-created-more-choice-not-less/ (data dostępu: 17.12.2023 r.).

przywołał ten argument w obronie swojej strategii wiązania systemu operacyjnego Windows z Windows Media Player, podobnie jak Google w przypadku uzasadniania swojego pakietu *Google Mobile Services*. Niewątpliwie konsumentom zależy na możliwości natychmiastowego korzystania z funkcji wideo oraz przeglądania Internetu po nabyciu urządzenia. Ten argument komplikuje się jednak, gdy w grę wchodzi rynek pośredni. Jeśli dostawcy oprogramowania sprzedają swoje produkty producentom sprzętu oryginalnego (OEM), którzy następnie oferują je konsumentom (jak to ma miejsce w przypadku Microsoft i Android od Google), ci ostatni są w stanie zapewnić „doświadczenie użytkowania prosto z pudełka”[1376]. Co więcej, mogą to uczynić efektywniej niż sam dostawca systemu operacyjnego, mając na uwadze, że są motywowani do włączania najlepszych dostępnych aplikacji zamiast ograniczania się do oferty własnych. Wiązanie ogranicza możliwości producentów w zakresie dostosowywania oferty do potrzeb konsumentów. Aby przekonywująco argumentować na rzecz „doświadczenia użytkowania prosto z pudełka”, producent oprogramowania musi udowodnić, że jest w stanie dostarczyć oprogramowanie w pakiecie o wyższej jakości bądź w niższej cenie[1377].

Czwartym aspektem może być występowanie „technologicznej współzależności” między produktem podstawowym a produktem wiążącym, tak że produkt wiążący może nie działać właściwie lub przynajmniej nie tak efektywnie jak w przypadku zastosowania komplementarnych produktów od konkurencyjnych dostawców. Brak interoperacyjności może prowadzić nie tylko do gorszych wyników jakościowych, ale w najgorszym przypadku nawet do zagrożeń dla bezpieczeństwa lub zdrowia. W takich przypadkach użytkownicy mogą obwiniać producenta głównego produktu zamiast gorszych komplementów, co szkodzi reputacji producenta. Wiązanie może wtedy chronić dobrą markę[1378].

Powyższe argumenty (efektywności) muszą stwarzać wystarczające korzyści dla konsumentów i powinny minimalizować potencjalne szkody dla konkurentów, a więc ogólnie powinny przeważać nad wykluczeniem, nie tworząc ryzyka absolutnej eliminacji rywali[1379]. Przy prezentowaniu argumentacji dotyczącej istnienia uzasadnionych efektywności, przedsiębiorca

---

[1376] Ang. *out-of-box experience*; doświadczenie, które użytkownik końcowy ma podczas pierwszego uruchomienia produktu po jego rozpakowaniu lub, w przypadku dystrybucji cyfrowej, po uruchomieniu instalatora i przygotowaniu do pierwszego użycia.

[1377] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 144.

[1378] *Ibidem*, s. 144; D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 121.

[1379] Innymi słowy, aby uzasadnić legalność praktyki wiązania, dominujące przedsiębiorstwo musi przede wszystkim wyraźnie wykazać, że takie działanie rzeczywiście przynosi korzyści konsumentom, co jest określane jako „efektywność”. Oznacza to, że praktyka wiązania powinna bezpośrednio lub pośrednio przyczyniać się do poprawy dobrostanu konsumentów, na przykład poprzez obniżenie cen, zwiększenie wyboru, czy poprawę jakości oferowanych produktów i usług.

posiadający pozycję dominującą musi udowodnić, że nie istniały inne mniej antykonkurencyjne metody możliwe do osiągnięcia wyznaczonego celu (co zostało wskazane w pkt IV.2.5 pracy doktorskiej). W ramach tzw. testu proporcjonalności, przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą musi wykazać, że bilans interesów przemawia na korzyść praktyki wiązania[1380].

Wartość dodana platformy dla różnych grup klientów zwykle obejmuje obniżenie kosztów wyszukiwania i transakcji. Jednak test równoważenia korzyści z potencjalnymi skutkami antykonkurencyjnymi jest ograniczony do właściwego rynku, na którym praktyka antykonkurencyjna ma miejsce (gdzie może dochodzić do potencjalnego antykonkurencyjnego skutku zamknięcia dostępu do rynku). W kontekście platform internetowych, taki ograniczony zakres analizy może być błędny, ponieważ ich dwustronny lub wielostronny charakter może wymagać zdefiniowania wielu właściwych rynków. Nieuwzględnienie tego aspektu zmniejsza prawdopodobieństwo, że dominujący przedsiębiorca będzie mógł skutecznie wykorzystać zwolnienie od zakazu nadużywania pozycji dominującej dzięki korzyściom (efektywności) generowanym przez jego działanie. Taki wynik jest niepożądany nie tylko dla przedsiębiorców wykorzystujących model platform internetowych, ale może również negatywnie wpływać na dobrobyt konsumentów, pozbawiając ich możliwości uzyskania lepszych produktów lub usług, co z kolei może stymulować wzmożoną konkurencję.

Zarówno w sprawie *Microsoftu,* jak i *Google Androida* argumenty dotyczące efektywności podniesione w odniesieniu do korzyści, jakie konsumenci odnoszą w wyniku praktyk wiązania i sprzedaży wiązanej, zostały odrzucone. Ocena korzyści i antykonkurencyjnych skutków na różnych rynkach w obu przypadkach nie wydaje się jednak uwzględniać sposobu, w jaki takie powiązane rynki są ze sobą powiązane. Ocena deklarowanych wydajności przez Microsoft wydaje się iść w pożądanym kierunku dla platform wielostronnych, ponieważ konsekwencje praktyk sprzedaży wiązanej były rozważane w odniesieniu do wielu rynków. Niemniej jednak pośrednie efekty sieciowe między tymi rynkami, wynikające z faktu, że produkty wiązane były produktami uzupełniającymi, nie zostały dokładnie rozważone. W przypadku *Google Android* ocena efektywności była bardziej ograniczona i skupiała się głównie na konsumentach i

[1380] W literaturze wskazuje się, że występuje domniemanie, że interes publiczny w postaci niezakłóconej konkurencji jest ważniejszy niż interes przedsiębiorcy dominującego, co jest określane mianem „bilansu interesów". To oznacza, że przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą musi udowodnić, iż korzyści płynące z wiązania są większe niż potencjalne negatywne skutki dla konkurencji, a zatem wiązanie jest proporcjonalne do osiąganych przez nie korzyści. Th. Graf, D. R. Little, *Tying and Bundling*, [w:] F. E. Gonzalez-Diaz, R. Snelders (red.), *EU Competition Law Volume V – Abuse of Dominance: Under Article 102 TFEU*, Deventer-Leuven 2013, pkt 8.83.

producentach oryginalnego sprzętu (OEM), a nie na wszystkich podmiotach powiązanych ekosystemem Androida, na który takie działania miały wpływ.

1.5. Konkretyzacja *ex ante* zakazu wiązania w prawie konkurencji

Projektowanie skutecznych środków zaradczych w odpowiedzi na praktyki wiązania produktów w sektorze technologii cyfrowych jest zadaniem wymagającym i złożonym. Takie środki mogą przyjmować różne formy, od prostych rozwiązań, takich jak nakaz zaprzestania sprzedaży pakietowej (oferowanie powiązanych produktów indywidualnie)[1381], po bardziej skomplikowane, jak wymóg zapewnienia interoperacyjności między produktem a produktami konkurentów[1382].

Trudności w tym obszarze ilustruje sprawa Komisji Europejskiej przeciwko Microsoftowi, dotycząca Windows Media Player (WMP)[1383]. W tej sprawie, KE wymagała od Microsoftu, aby przedsiębiorca dominujący oferowała system operacyjny Windows bez zintegrowanego WMP. W wyniku tego powstała wersja „Windows N", która jednak nie zyskała popularności, ponieważ konsumenci w większości wybierali standardową wersję systemu. Ta sytuacja pokazuje, jak ważne jest zrozumienie potrzeb i preferencji konsumentów oraz uwzględnienie zmieniającej się dynamiki rynkowej. Efektywność środków zaradczych zależy od tych czynników, a także od dokładnej oceny ich potencjalnej skuteczności, uwzględniającej przewidywane zmiany technologiczne i zachowania konsumentów[1384].

Ponadto, projektowanie środka zaradczego może być szczególnie trudne, gdy wiąże się ze zmianą modelu biznesowego rynku wielostronnego, który opiera się na subsydiowaniu krzyżowym („cross-subsydiowaniu") i generowaniu efektów sieciowych. Środki zaradcze mogą obejmować zarówno negatywne obowiązki, jak zaprzestanie sprzedaży produktów razem, jak i pozytywne obowiązki, jak inwestycje umożliwiające interoperacyjność[1385]. W przypadku Microsoftu, początkowy negatywny obowiązek (oferta wersji Windows bez WMP)

[1381] Przykładowo, w sprawie Google Android, KE zakazała Google uzależniania licencji na Play Store od preinstalacji Google Search. Google i Alphabet nie mogą wymagać od producentów sprzętu instalacji aplikacji Google Search jako warunku uzyskania licencji na sklep Play Store. Google i Alphabet nie mogą podejmować działań o celach lub efektach równoważnych tym zakazanym, w tym nie mogą uzależniać uzyskania aplikacji Google Search z Play Store od płatności lub zniżek ograniczających wolność producentów i użytkowników w preinstalacji Play Store bez Google Search. Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*, pkt 1396.

[1382] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 48.

[1383] Decyzja z 24.03.2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792, *Microsoft I.*

[1384] Zob. szerzej: D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 123-125.

[1385] P. I. Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, nr 9, s. 547-548.

nie przyniósł zmiany na rynku, co doprowadziło do rozważenia innych środków zaradczych, w tym pozytywnego obowiązku umożliwienia dostępu do systemu Windows przez konkurencyjne odtwarzacze multimedialne[1386]. Z tych powodów, projektowanie środków zaradczych wymaga elastyczności, zdolności do adaptacji i dogłębnego zrozumienia specyfiki rynku.

W sprawie *Microsoft II*[1387], dotyczącej wiązania przeglądarki Internet Explorer z systemem operacyjnym Windows, Komisja Europejska zastosowała podejście oparte na doświadczeniach wyniesionych ze sprawy *Microsoft I*. Zamiast decydować się na rozwiązanie polegające na odłączeniu produktów, KE wybrała bardziej zrównoważone podejście, nakładając na Microsoft zobowiązanie w postaci ekranu wyboru przeglądarki. To zobowiązanie było innowacyjne, ponieważ wymagało od użytkowników aktywnego wyboru swojej preferowanej przeglądarki internetowej, zamiast domyślnie narzucać Internet Explorer. Ta zmiana w podejściu do środka zaradczego okazała się być bardziej skuteczna. W przeciwieństwie do pierwszej sprawy, gdzie środek zaradczy polegał na prostym odłączeniu produktów, w *Microsoft II* KE skupiła się na zapewnieniu rzeczywistego wyboru dla konsumentów, co miało pozytywny wpływ na konkurencję na rynku przeglądarek. W rezultacie tego podejścia, Google Chrome szybko zyskał na popularności, zastępując Internet Explorer jako wiodącą przeglądarkę w Unii Europejskiej[1388]. Jednocześnie, sprawa ta zobrazowała trudności związane ze skutecznym monitorowaniem nałożonych środków zaradczych (zobowiązań). Komisji zajęło ponad 14 miesięcy, aby zauważyć, że Microsoft nieumyślnie usunął ekran wyboru przeglądarki, który został nałożony jako środek zaradczy w dochodzeniu dotyczącym przeglądarek Microsoft – nikt nie zwrócił uwagi na to, że „środek zaradczy" zniknął[1389].

Sprawa *Google Android* przedstawia natomiast wyraźnie, jak pozornie proste środki zaradcze, takie jak zaprzestanie wiązania określonych produktów, mogą w rzeczywistości wiązać się ze skomplikowanymi zmianami w innowacyjnych modelach biznesowych, które nie zawsze okazują się efektywne. W tej sprawie, KE starała się skorygować praktyki antykonkurencyjne Google, wymuszając na przedsiębiorcy zaprzestanie wiązania swojej aplikacji wyszukiwarki i przeglądarki Chrome z Play Store. Choć to rozwiązanie może wydawać się bezpośrednie i proste, jego wprowadzenie w życie wymagało od Google głębokich zmian w sposób, w jaki

[1386] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 48
[1387] Komunikat prasowy KE z 17.01.2009 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_15 (data dostępu: 19.12.2023 r.).
[1388] Zob. szerzej: O. V. Duque, *Forced Choice vs. Inertia? An Exploratory Analysis of Choice Screens Applied in the European Microsoft Antitrust Case*, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3766468 (data dostępu: 19.12.2023 r.).
[1389] Komunikat prasowy KE z 6.03.2013 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_196 (data dostępu: 19.12.2023 r.).

przedsiębiorca prowadzi swoją działalność i zarządza relacjami z partnerami oraz użytkownikami. Te zmiany biznesowe okazały się złożone i wymagające, szczególnie w kontekście dynamicznego i szybko zmieniającego się rynku technologii cyfrowych. W celu wdrożenia decyzji Google wprowadził ekran wyboru, który miał być prezentowany konsumentom podczas uruchamiania smartfonu, a konsument miał wybrać preferowaną przez siebie wyszukiwarkę. W tym aspekcie środek ten przypominał ekran wyboru przeglądarki zastosowany w sprawie *Microsoft II*. Jednakże Google przekształciło ten środek w proces licytacji generujący zysk, gdzie konkurencyjne wyszukiwarki licytowały o możliwość znalezienia się na ekranie wyboru. Implementacja środka zaradczego przez Google, polegająca na wprowadzeniu Ekranu Wyboru, spotkała się z krytyką ze strony konkurentów i obserwatorów rynku. Argumentowano, że mechanizm ten nie przynosił oczekiwanych efektów na rynku usług wyszukiwania w Europie, ponieważ nie tylko był on zbyt ograniczony w swojej formie, ale także utrzymywał istniejącą dominację Google poprzez wymóg uczestnictwa w aukcji. Środek ten był zaprojektowany przeciwko wyszukiwarkom chroniącym prywatność, takim jak DuckDuckGo. System aukcyjny z natury faworyzuje rywali, którzy mogą zaoferować więcej, promując tym samym modele biznesowe maksymalizujące zyski i eksploatujące dane. We wrześniu 2021 r. Google odpowiedziało na te krytykę, czyniąc uczestnictwo w ekranie wyboru bezpłatnym i zwiększając liczbę dostępnych miejsc do dwunastu. Mimo to, znajomość Google Search, brak znajomości alternatyw, siła efektu przechylenia rynku i rozwój algorytmiczny poprzez większe i lepszej jakości zbiory danych sprawiały, że Google nadal pozostawało najbardziej atrakcyjną opcją dla konsumentów[1390].

Co istotne, środki zaradcze takie jak te nałożone na Google nie mają charakteru retrospektywnego. Oznacza to, że choć mogą one zmieniać przyszłe działania i strategie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, nie zmieniają one faktu, że dominujący podmiot, jakim jest Google, już osiągnął korzyści ze swojego nielegalnego działania. Korzyści te, uzyskane dzięki praktykom, które później uznano za antykonkurencyjne, mogą mieć długotrwały wpływ na rynku, utrwalając pozycję przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą i utrudniając nowym konkurentom wejście na rynek.

[1390] M. Toskov, *Europe's Failed Digital Market Remedies (and How to Fix Them)*, SSRN 2023, https://ssrn.com/abstract=4614347 (data dostępu: 19.12.2023 r.).

1.6. Konkretyzacja *ex ante* w przepisach sektorowych

W poszczególnych regulacjach rynków cyfrowych zawarto przepisy zapobiegające różnym przejawom sprzedaży wiązanej i pakietowej zidentyfikowanej na gruncie reguł konkurencji. Poszczególne regulacje różnią się przy tym stopniem szczegółowości określenia tych form zachowań.

W DMA przewidziano uregulowania dotyczące kilku sytuacji, które można zaklasyfikować jako wiązanie lub pakietyzacja. Artykuł 5 ust. 7 DMA [1391] zakazuje strażnikowi dostępu wymagania od użytkowników biznesowych lub końcowych korzystania z jego silnika przeglądarki internetowej, usług identyfikacyjnych [1392], usług płatniczych lub usług technicznych wspierających świadczenie usług płatniczych. Ograniczenie to dotyczy usług świadczonych przez użytkowników biznesowych, którzy korzystają z podstawowych usług platformowych oferowanych przez strażnika dostępu. Oznacza to, że strażnik dostępu nie może zmuszać przedsiębiorców korzystających z jego platformy (CPS) do włączania wymienionych usług w swoich ofertach, a zatem wiązać te usługi z CPS[1393]. W kontekście tego przepisu, produkt wiążący to podstawowa usługa platformowa (CPS). Produkt wiązany to dodatkowa usługa, którą strażnik dostępu próbuje narzucić użytkownikom końcowym lub biznesowym wraz z główną usługą, np. silnik przeglądarki internetowej, usługa identyfikacyjna lub płatnicza. Przepis ma na celu (i) zapewnienie użytkownikom biznesowym swobody korzystania z alternatywnych usług (identyfikacji, płatniczych lub silnika przeglądarki internetowej) (ii) uniemożliwienie strażnikowi dostępu uzyskiwania dostępu do kluczowych danych użytkownika końcowego, które są dostarczany w kontekście używania przez nich z usług związanych[1394].

[1391] Zgodnie z tym przepisem: „*Strażnik dostępu nie może nakładać na użytkowników końcowych obowiązku korzystania z usługi identyfikacyjnej, silnika przeglądarki internetowej, usługi płatniczej lub usług technicznych wspierających świadczenie usług płatniczych, takich jak systemy płatności za zakupy wewnątrz aplikacji, tego strażnika dostępu w ramach usług świadczonych przez użytkowników biznesowych z wykorzystaniem podstawowych usług platformowych tego strażnika dostępu lub – w odniesieniu do użytkowników biznesowych – obowiązku korzystania z takich usług, oferowania takich usług lub zapewnienia interoperacyjności z takimi usługami*".

[1392] „Usługa identyfikacyjna" oznacza rodzaj usług pomocniczych umożliwiający dowolnego rodzaju weryfikację tożsamości użytkowników końcowych lub użytkowników biznesowych, niezależnie od wykorzystywanej technologii (art. 2 pkt 15 DMA).

[1393] Przykładem, który ilustruje ten przepis, może być sytuacja związana z dużą platformą handlową, pełniącą rolę strażnika dostępu (np. Amazon). Zakładając, że ta platforma oprócz prowadzenia platformy handlu elektronicznego (tj. świadczenia usług pośrednictwa internetowego na tej platformie) oferuje również własną usługę płatniczą i system identyfikacji użytkowników. W świetle tego przepisu, operator platformy *e-commerce* (strażnik dostępu) nie może wymagać od przedsiębiorców, którzy sprzedają swoje produkty na tej platformie, aby wyłącznie korzystali z jej usługi płatniczej i systemu identyfikacji. Przedsiębiorcy powinni mieć możliwość wyboru, czy chcą używać usługi płatniczej platformy, czy też preferują inne, niezależne rozwiązania płatnicze. Obejmowałoby to również sytuację, w której operator sklepu z aplikacjami (strażnik dostępu) jednostronnie wymagałby, aby wszyscy twórcy aplikacji zintegrowali swoją aplikację z jego funkcjonalnością identyfikacji i udostępniali tę funkcję klientom swoich aplikacji.

[1394] I. Małobęcka-Szwast, *Komentarz do art. 5 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 757.

Artykuł 5 ust. 8 DMA zakazuje wiązania dwóch (lub większej ilości) różnych podstawowych usług platformowych (CPS)[1395]. Na mocy tego przepisu zakazano strażnikowi dostępu wykorzystywania swojej pozycji zależności użytkowników biznesowych lub użytkowników końcowych do wymagania nabywania jednych CPS świadczonych przez strażnika wraz z innymi CPS (poprzez obowiązek subskrypcji lub rejestrację). Celem tej regulacji jest zapewnienie użytkownikom biznesowym oraz użytkownikom końcowym swobodnego korzystania z CPS bez obowiązku korzystania z nich z innymi CPS. Celem tego przepisu jest również przeciwdziałanie potencjalnej przewadze, jaką strażnicy dostępu mogliby uzyskać poprzez gromadzenie i wykorzystywanie ogromnych ilości danych przy łączeniu różnych CPS (motyw 44 DMA)[1396].

W art. 6 ust. 3 DMA uregulowano kwestię odinstalowywania dowolnych aplikacji w systemie operacyjnym strażnika dostępu [1397] oraz zmiany ustawień domyślnych w systemie operacyjnym, wirtualnym asystencie i przeglądarce internetowej strażnika dostępu, wprowadzając m.in. wymóg prezentacji ekranu wyboru użytkownikom przy pierwszym użyciu tych usług [1398]. Przepis ten wymaga od strażnika dostępu umożliwienia użytkownikom końcowym łatwego odinstalowywania aplikacji w jego systemie operacyjnym[1399] oraz zmiany ustawień domyślnych, które kierują użytkowników do jego produktów lub usług[1400]. Przepis

---

[1395] Zgodnie z tym przepisem: „*Strażnik dostępu nie może nakładać na użytkowników biznesowych lub użytkowników końcowych obowiązku subskrypcji lub zarejestrowania się jako użytkownik innych podstawowych usług platformowych wymienionych w decyzji o wskazaniu na podstawie art. 3 ust. 9 lub osiągających progi ustanowione w art. 3 ust. 2 lit. b) jako warunku, którego spełnienie umożliwia korzystanie z podstawowych usług platformowych tego strażnika dostępu wymienionych na podstawie tego artykułu, uzyskanie dostępu do tych usług, zapisanie się lub zarejestrowanie do tych usług*".

[1396] I. Małobęcka-Szwast, *Komentarz do art. 5 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 760.

[1397] Na mocy akapitu pierwszego tego przepisu: „*Strażnik dostępu umożliwia użytkownikom końcowym – także pod względem technicznym – **łatwe odinstalowanie wszelkich aplikacji** w systemie operacyjnym strażnika dostępu, bez uszczerbku dla możliwości ograniczenia przez tego strażnika dostępu takiego odinstalowania w odniesieniu do aplikacji mających kluczowe znaczenie dla funkcjonowania danego systemu operacyjnego lub urządzenia, w przypadku gdy aplikacje te nie mogą być oferowane – ze względów technicznych – przez osoby trzecie jako autonomiczny produkt*" [podkreślenie własne].

[1398] W drugim akapicie tego przepisu wskazano, że: „*Strażnik dostępu umożliwia użytkownikom końcowym – także pod względem technicznym – **łatwą zmianę** w systemie operacyjnym, wirtualnym asystencie i przeglądarce internetowej strażnika **dostępu ustawień domyślnych**, które kierują użytkowników końcowych do produktów dostarczanych lub usług świadczonych przez strażnika dostępu lub naprowadzają ich na takie produkty lub usługi. Obejmuje to skłanianie użytkowników końcowych, **w momencie korzystania przez nich po raz pierwszy** z wyszukiwarki internetowej, wirtualnego asystenta lub przeglądarki internetowej strażnika dostępu wymienionych w decyzji o wskazaniu na podstawie art. 3 ust. 9, aby **z listy głównych dostępnych usługodawców** wybrali wyszukiwarkę internetową, wirtualnego asystenta lub przeglądarkę internetową, do których system operacyjny strażnika dostępu domyślnie kieruje użytkowników lub na które ich domyślnie naprowadza, oraz wyszukiwarkę internetową, do której wirtualny asystent i przeglądarka internetowa strażnika dostępu domyślnie kierują użytkowników lub na które ich domyślnie naprowadzają*" [podkreślenia własne].

[1399] Obejmowałoby to np. sytuacje, w której właściciel sklepu z aplikacjami lub operator systemu operacyjnego uniemożliwialiby użytkownikom odinstalowanie wstępnie zainstalowanych aplikacji, takich jak przeglądarki lub aplikacje do przesyłania wiadomości.

[1400] W doktrynie argumentowano, że, że przepis dotyczy również domyślnych ustawień stron trzecich. Takie ustawienia domyślne nadal są usługami „świadczonymi przez strażnika dostępu. A. Fletcher, *DMA switching tools and choice screens* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 79.

ten wymaga również stosowania przez strażnika dostępu początkowych ekranów wyboru, aby zmusić użytkowników końcowych do aktywnego decydowania (domyślnych wyszukiwarek internetowych, wirtualnych asystentów lub przeglądarek internetowych)[1401]. Celem tego artykułu zwiększenia wyboru użytkownikowi końcowemu poprzez umożliwienie mu swobodnego odinstalowania wszelkich wstępnie zainstalowanych aplikacji oraz zmiany ustawień domyślnych[1402]. W poniższej tabeli Tabela 11 przedstawiono kluczowe elementy przepisu i wyjaśniono jakie działania są wymagane od strażników dostępu, aby umożliwić użytkownikom większą kontrolę nad wyborem produktów i usług.

Tabela 11 – analizy art. 6 ust. 3 DMA

Aspekt przepisu	Produkt Wiążący (podstawowy)	Produkt Związany (dodatkowy)	Forma Przeciwdziałania Wiązaniu
Odinstalowywanie aplikacji	System operacyjny strażnika dostępu	Dowolne aplikacje strażnika dostępu	Umożliwienie użytkownikom końcowym łatwego odinstalowywania aplikacji
Zmiana ustawień domyślnych	System operacyjny, wirtualny asystent, przeglądarka internetowa strażnika dostępu	Ustawienia kierujące do produktów/usług strażnika	Wymóg zmiany ustawień domyślnych, które nie faworyzują produktów/usług strażnika
Ekran wyboru przy pierwszym użyciu	System operacyjny, wirtualny asystent, przeglądarka internetowa strażnika dostępu	Wyszukiwarki internetowe, wirtualni asystenci, przeglądarki internetowe	Wprowadzenie początkowych ekranów wyboru, wymagających od użytkowników aktywnego dokonania wyboru

Źródło: opracowanie własne.

Jak wskazano w pkt VII.1.3.2 pracy doktorskiej, na mocy dotychczasowej praktyki organów antymonopolowych przypadki preinstalacji określonych aplikacji (np. w systemie operacyjnym), ze względu na uprzedzenia behawioralne konsumentów, były równoważne z sytuacją wiązania produktów. Art. 6 ust. 3 DMA obejmuje zatem szczególną formę wiązania technicznego przez strażnika dostępu, które potencjalnie zniechęcają użytkowników do uzyskiwania i korzystania z takich samych lub podobnych usług, które są oferowane przez

[1401] Jak wskazano, ekran wyboru ma być udostępniony podczas pierwszego użycia tych usług. Prawdopodobnie oznacza to, iż domyślne ustawienia powinny być wybierane na nowo przy każdym pierwszym użyciu (lub instalacji) na nowym urządzeniu. A. Fletcher, *DMA switching tools and choice screens* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 85.

[1402] Kluczowym czynnikiem leżącym u podstaw tych przepisów jest potrzeba skutecznego wyboru usługi przez użytkownika końcowego. Może to w zasadzie oznaczać całkowitą zmianę usługi przez użytkownika końcowego, ale może również obejmować wielokrotne korzystanie z różnych usług (multi-homing). W praktyce, gdy użytkownicy końcowi są niechętni do całkowitego porzucenia własnościowej usługi strażnika dostępu, wielokrotne korzystanie z różnych usług może być bardziej realistycznym źródłem konkurencyjności niż zmiana usługi. A. Fletcher, *DMA switching tools and choice screens* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 74.

niezależnych dostawców. Skuteczność niniejszej regulacji w zwiększaniu konkurencyjności rynku zasadniczo zależy od aktywnego uczestnictwa użytkowników końcowych, którzy muszą wykorzystywać nowo oferowane im opcje. Jednakże wyzwanie polega na tym, że większość użytkowników nie jest ekspertami i podejmowanie wyborów może być dla nich obciążeniem psychicznym, co ogranicza efektywność tych działań. Dodatkowo, istnieje naturalna skłonność użytkowników do preferowania opcji domyślnych, najwyżej ocenianych lub najbardziej widocznych, co podkreśla moc opcji domyślnych i znanych marek. Kluczowe znaczenie ma sposób, w jaki opcje są prezentowane użytkownikom, ponieważ decyzje są często podejmowane na podstawie prostych heurystyk, co opisane w pkt I.3.5 pracy doktorskiej[1403]. W związku z tym, aby przepisy DMA były skuteczniejsze, konieczne jest wyraźne zachęcanie użytkowników do dokonywania świadomych wyborów. Ostatnie zmiany w tym przepisie DMA, takie jak nowe sformułowania dotyczące opcji domyślnych czy ekranów wyboru, a także wprowadzenie łatwości dokonywania wyborów, odpowiadają na te wyzwania, dążąc do zwiększenia świadomości i aktywności użytkowników końcowych w kontekście ich cyfrowych wyborów[1404].

W art. 6 ust. 3 DMA wskazano na dwie kluczowe kwestie, tj. (i) łatwość odinstalowania aplikacji; (ii) wyjątek dla aplikacji kluczowych. Strażnik dostępu jest zobowiązany umożliwić użytkownikom końcowym łatwe odinstalowanie aplikacji w jego systemie operacyjnym. Oznacza to, że użytkownik powinien mieć możliwość usunięcia dowolnej aplikacji (z wyjątkiem tych, które są kluczowe dla funkcjonowania systemu lub urządzenia) bez trudności technicznych. Kryterium „Łatwości odinstalowania" obejmuje zarówno aspekty interfejsu użytkownika, jak i procesu technicznego, zapewniając, że użytkownik może usunąć aplikacje bez skomplikowanych procedur lub ograniczeń technicznych[1405]. Przepis dopuszcza jednak wyjątek dla aplikacji, które są niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania systemu operacyjnego lub urządzenia. Strażnik dostępu może ograniczyć możliwość odinstalowania takich aplikacji, jeśli są one kluczowe dla zachowania pełnej funkcjonalności systemu lub urządzenia. „Aplikacje mające kluczowe znaczenie" to takie, które z technicznego punktu

[1403] Dodatkowo zwrócono na to uwagę w art. 13 DMA, w którym uregulowano przeciwdziałanie obejściu ptzrepisów DMA. W ust. 4 tego przepisu wskazano, że: „*Strażnik dostępu nie może dopuszczać się zachowań, które w jakikolwiek sposób utrudniają skuteczne wypełnianie obowiązków ustanowionych w art. 5, 6 i 7, niezależnie od tego, czy zachowanie to ma charakter umowny, handlowy, techniczny lub jakikolwiek inny lub czy polega* ***na stosowaniu technik behawioralnych lub projektowaniu interfejsu***" [podkreślenie własne].

[1404] A. Fletcher, *DMA switching tools and choice screens* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 75.

[1405] I. Małobęcka-Szwast, *Komentarz do art. 6 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 785.

widzenia są niezbędne dla systemu operacyjnego lub urządzenia i nie mogą być efektywnie zastąpione przez produkty oferowane przez osoby trzecie.

Artykuł 6 ust. 3 DMA (akapit drugi) nie określa jednak dokładnie, jak powinny wyglądać narzędzia do zmiany ustawień ani ile alternatywnych dostawców powinno być dostępnych. Technicznie rzecz biorąc, wystarczyłoby oferować tylko jedną alternatywę dla każdej usługi domyślnej, ale takie ograniczenie byłoby sprzeczne z DMA. Istnieje też problem nadmiaru wyboru i kwestia jakości usług alternatywnych[1406].

Artykuł 6 ust. 4 DMA również przyczynia się do przeciwdziałania wiązaniu produktów, umożliwiając instalację i skuteczne korzystanie z aplikacji lub sklepów z aplikacjami oferowanych przez osoby trzecie. O ile art. 6 ust. 3 DMA skupia się na odinstalowywaniu aplikacji i zmianie ustawień domyślnych w systemie operacyjnym, przeglądarkach internetowych i wirtualnych asystentach, to art. 6 ust. 4 DMA skupia się na instalacji i korzystaniu z aplikacji lub sklepów z aplikacjami oferowanych przez osoby trzecie. W obu przepisach podkreślona jest konieczność technicznego umożliwienia łatwej zmiany ustawień lub instalacji alternatywnych aplikacji. Oba artykuły koncentrują się na zapewnieniu, że użytkownicy końcowi mają większą kontrolę nad urządzeniami i usługami, które wykorzystują. Przepis ten przyczynia się również do zwiększenia interoperacyjności i zostanie szerzej przedstawiony w pkt XIII.1.7 pracy doktorskiej.

Zakaz wiązania i pakietyzacji zawarty jest również w krajowych regulacjach rynków cyfrowych. Przykładowo, art. 19a(2) GWB jako ilustrację działań utrudniających innym przedsiębiorcom prowadzenie działalności gospodarczej wymienia preinstalację lub integrację ofert dostarczanych przez przedsiębiorcę o statusie „PSCAM". Natomiast jako przykład utrudniania konkurentom działalności na rynku, na którym przedsiębiorca może szybko zwiększać swoją pozycję, wskazuje się sytuacje: (i) łączenia korzystania z oferty przedsiębiorstwa z automatycznym korzystaniem z innej oferty tego samego przedsiębiorstwa o statusie „PSCAM" (która nie jest niezbędna do skorzystania z pierwszej oferty) bez pozostawienia użytkownikowi wystarczającej swobody wyboru, jak ma być wykorzystana ta druga oferta; (ii) uwarunkowanie korzystania z oferty przedsiębiorstwa o statusie „PSCAM" od skorzystania z innej oferty tego samego przedsiębiorstwa[1407]. Jako przykład postępowania

[1406] Zob. szerzej: A. Fletcher, *DMA switching tools and choice screens* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 81-82.
[1407] Podobne, ogólne nawiązania do sprzedaży wiązanej i pakietowej zawarto w propozycji regulacji brytyjskiej, zob. pkt III.1.2.5 pracy doktorskiej.

dotyczącego praktyki wiązania prowadzonego przez Bundeskartellamt można wskazać postępowanie przeciwko Facebookowi, mające na celu zbadanie powiązania produktów wirtualnej rzeczywistości Oculus z siecią społecznościową i platformą Facebook. Postępowanie to koncentrowało się na wymogach dotyczących użytkowania okularów Oculus, które wymagały posiadania konta na Facebooku[1408].

1.7. Konkluzje

Sprawy dotyczące wiązania produktów lub usług w kontekście gospodarki cyfrowej okazują się być znacznie bardziej skomplikowane niż te w tradycyjnych sektorach gospodarki. W świecie cyfrowym, gdzie produkty i usługi są często ściśle ze sobą powiązane i zależne od siebie, rozróżnienie, co stanowi wiązanie, a co efektywną integrację, może być wyzwaniem. Obecna praktyka decyzyjna organów antymonopolowych i sądów wskazuje, że dla stwierdzenia nielegalności praktyki wiązania w gospodarce cyfrowej wymagany jest znacznie wyższy standard dowodowy niż w przypadku tradycyjnych rynków. W szczególności, samo wykazanie przewagi konkurencyjnej, która może wynikać z wiązania produktów lub usług, nie jest już wystarczające. Organy antymonopolowe i sądy poszukują bardziej konkretnych dowodów na to, że takie wiązanie faktycznie szkodzi konkurencji i konsumentom. Musi zostać wykazane, na przykład, że wiązanie uniemożliwia konkurentom wejście na rynek lub ogranicza istniejącą konkurencję w sposób, który nie jest uzasadniony efektywnością operacyjną czy innowacją.

Dodatkowo, w gospodarce cyfrowej często występuje sytuacja, w której produkty lub usługi są ściśle zintegrowane, tworząc ekosystemy cyfrowe. W takich przypadkach, wykazanie, że wiązanie jest szkodliwe dla konkurencji, staje się jeszcze bardziej skomplikowane, gdyż integracja produktów może przynosić korzyści zarówno dla konsumentów, jak i dla efektywności rynkowej. W rezultacie, w sprawach dotyczących wiązania w gospodarce cyfrowej, organy antymonopolowe i sądy muszą dokładnie analizować kontekst rynkowy, dynamikę konkurencji, a także korzyści i potencjalne szkody dla konsumentów wynikające z praktyk wiązania. To podejście odzwierciedla złożoność i specyfikę gospodarki cyfrowej, gdzie standardowe ramy oceny praktyk antymonopolowych mogą nie być w pełni adekwatne.

[1408] Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 10.12.2020 r., *Bundeskartellamt bada powiązania między Oculusem a siecią Facebook,* https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/10_12_2020_Facebook_Oculus.html;jsessionid=3A77EB73523BFC0847DA060425FF0082.1_cid508?nn=3591568 (data dostępu: 20.12.2023 r.).

Przeprowadzona analiza wykazała, że obecne ramy prawne sprzedaży wiązanej i pakietowej mogą być jednak odpowiednie, aby oceniać zachowania biznesowe operatorów platform, określane jako ekspansja w ramach platformy lub ekspansja pomiędzy platformami, pod warunkiem, że weźmie się pod uwagę odpowiedni kontekst gospodarczy rynków cyfrowych. W tym kontekście należy uważnie zbadać techniczny aspekt faktycznego oferowania „odrębnych" produktów, gdyż w gospodarce cyfrowej może one przybierać nieoczywiste formy (np. wiązania lub łączenia oddzielnych platform lub modyfikacja właściwości danej platformy). Podobnie, należy ocenić – czy w danej sprawie – operator stosuje pewną formę przymusu, która istotnie ogranicza możliwość oddzielnego nabycia danych usług (bez pakietu).

Środki zaradcze stosowane w celu przeciwdziałania praktykom wiązania w gospodarce cyfrowej stanowią niezwykle trudne i złożone zadanie dla organów antymonopolowych. Historia pokazuje, że często te środki okazywały się nieskuteczne, głównie z powodu braku właściwego uwzględnienia specyficznego kontekstu rynkowego lub ich zbyt ogólnego określenia. Regulacje rynków cyfrowych, a w szczególności DMA, zawierają specyficzne zakazy dotyczące określonych rodzajów praktyk wiązania stosowanych przez platformy internetowe. Charakterystyczną cechą DMA jest jego kazuistyczne podejście do definiowania tych praktyk, co polega na precyzyjnym określaniu, jakiego rodzaju usługi platformowe nie mogą być ze sobą łączone.

ROZDZIAŁ VIII.
ODMOWA KONTRAKTOWANIA (DOSTAW)

1. Ramy prawne odmowy dostaw

Według ogólnej zasady, każdy przedsiębiorca, w tym podmiot posiadający pozycję dominującą, ma prawo wyboru partnerów handlowych i swobodnego rozporządzania swoim majątkiem[1409]. Jednakże prawo własności oraz swoboda umów nie są prawami absolutnymi i w pewnych szczególnych okolicznościach mogą istnieć ograniczenia powyższych praw, np. dla przedsiębiorców posiadających znaczną władzę rynkową (pozycję dominującą) poprzez nałożenie na nich obowiązku udostępnienia swojego „urządzenia"[1410] dla konkurentów[1411]. Jak wskazał R. Molski, odmowa dostaw, jako forma praktyki kontyngentowej, polega na nieuzasadnionym odstąpieniu od dostaw obecnym lub nowym (potencjalnym) odbiorcom, czego skutkiem może być faktyczne uniemożliwienie kontynuowania lub podjęcia (ang. *de novo*) działalności gospodarczej przez przedsiębiorców[1412]. Omawiana sytuacja ma miejsce w przypadkach, gdy przedsiębiorca zintegrowany pionowo, który dominuje na rynku wyższego szczebla[1413], odmawia innemu przedsiębiorcy dostępu do „wkładu wejściowego" (ang. *input*) niezbędnego do konkurowania z operatorem zasiedziałym na rynku niższego szczebla[1414]. Prawie wszystkie przypadki odmowy zawarcia transakcji stanowiące nadużycie dotyczą przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo, dominującego na rynku wyższego szczebla, które odmawia współpracy z konkurentem działającym na rynku niższego szczebla[1415].

[1409] KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.02.2009, s. 7-20, pkt 75.

[1410] Słowo „urządzenie" (ang. *facility*) w tym kontekście ma znaczenie przenośne, obejmując swoją definicją nie tylko obiekty materialne, ale także niematerialne oraz prawa własności intelektualnej. Termin ten jest synonimem rozwiązania, usługi, systemu, instalacji, obiektu, produktu, „wkładu wejściowego" (ang. *input*) i nawet środka. Pojęcie „urządzenie kluczowe" zostało użyte po raz pierwszy w 1912 roku przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie Stany Zjednoczone przeciwko Terminal Railroad Association. Spółka Terminal Railroad kontrolowała most kolejowy nad rzeką Missisipi. Sąd Najwyższy uznał tę infrastrukturę za urządzenie kluczowe dla przewoźników pragnących zapewnić transport do miast położonych po drugiej stronie rzeki.

[1411] Nałożenie na przedsiębiorców obowiązku prowadzenia interesów z jej rywalami jest sprzeczne z innymi przepisami antymonopolowymi, które zniechęcają do zawierania porozumień między konkurentami, które mogą w nieuzasadniony sposób ograniczać konkurencję.

[1412] R. Molski, *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 409.

[1413] Rynek niższego szczebla zazwyczaj składa się z produktu pochodnego lub usługi, które podmiot ubiegający się o dostęp zapewni po uzyskaniu dostępu do wymaganego wkładu tworzącego rynek wyższego szczebla. I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 259.

[1414] D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oksford 2012, s. 250, R. Whish, B. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2021, s. 716.

[1415] Odmowa dostaw może również prowadzić do wykluczenia horyzontalnego, czyli wyeliminowania konkurentów działających na tym samym poziomie łańcucha dostaw. Jednakże, w większości przypadków rozpatrywanych w kontekście 'odmowy dostaw', mamy do czynienia z wykluczeniem o charakterze wertykalnym. Oznacza to sytuacje, w których

Artykuł 102 lit. b) TFUE stanowiący, że nadużywanie pozycji dominującej może polegać na ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów uznawany jest za podstawę prawną dla szerokiego spektrum zachowań określanych jako „odmowa dostawy" („odmowy kontraktowania", „odmowy dostępu", ang. *refusal to deal*[1416]). Na gruncie reguł konkurencji przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą – a jednocześnie kontrolujący dostęp do kluczowego zasobu – może być zmuszony do kontraktowania z podmiotem trzecim wbrew swojej woli. Odmowa dostępu do określonego dobra kontrolowanego przez przedsiębiorcę dominującego może czasami ograniczać rozwój techniczny. Na przykład, może to utrudniać pojawienie się nowego produktu, zmniejszać zdolność klientów do korzystania z innowacyjnych funkcji istniejącego produktu, lub obniżać motywację przedsiębiorców do tworzenia nowych produktów[1417].

Gdy przedsiębiorca zintegrowany pionowo, który zajmuje dominującą pozycję na rynku wyższego szczebla, odmawia dostarczania danych swoim konkurentom na rynku niższego szczebla, organ ochrony konkurencji może nałożyć na tego dominującego przedsiębiorcę obowiązek zawierania transakcji w celu ochrony efektywnej konkurencji na rynku niższego szczebla. W takiej sytuacji dominujący przedsiębiorca zintegrowany pionowo byłby zobowiązany do aktywnego wspierania konkurencji wobec własnej działalności na tym niższym rynku. Interwencja antymonopolowa w takim przypadku wymaga szczególnej rozwagi, nie tylko ze względu na potencjalne naruszenie wolności gospodarczej przedsiębiorcy, ale także z uwagi na fakt, że nałożenie takiego obowiązku może nie przynieść oczekiwanych korzyści dla konkurencji[1418].

Powszechnie podkreśla się, że istnienie obowiązku dostaw – świadczonego nawet za godziwym wynagrodzeniem – może osłabić motywację przedsiębiorcy do podejmowania inwestycji i wprowadzania innowacji, a tym samym może wyrządzić szkodę konsumentom[1419]. W związku z tym, ocena omawianej praktyki w świetle art. 102 TFUE oparta jest na bardzo wysokim

przedsiębiorcy działający na różnych poziomach łańcucha dostaw, na przykład producenci i dystrybutorzy, są wykluczani z rynku lub ograniczani w dostępie do niego przez dominującego przedsiębiorcę. R. Whish, B. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2021, s. 715.

[1416] Odmowa dostawy i odmowa zawarcia transakcji mają to samo znaczenie i dlatego są używane zamiennie.

[1417] Decyzja KE z 24.03.2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, pkt 693–701.

[1418] R. Whish, B. Bailey, *Competition Law*, Oksford 2021, s. 715; I. Graef, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, "TILEC Discussion Paper" 2019, nr 2019-028, s. 6.

[1419] KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.2.2009, s. 7–20, pkt 78.

standardzie prawnym, tj. na teście „wyjątkowych okoliczności”[1420]. Zgodnie z tym testem, odmowa dostawy uznawana jest za nadużycie pozycji dominującej, gdy spełnione są trzy warunki: (i) niezbędności – odmowa dotyczy produktu, który jest niezbędny (ang. *indispensable*) do prowadzenia danej działalności; (ii) wykluczenie konkurencji – odmowa prawdopodobnie wykluczy wszelką konkurencję na właściwym rynku; oraz (iii) brak obiektywnego uzasadnienia – odmowa nie jest uzasadniona obiektywnymi względami[1421]. Powyższy test prawny, sformułowany na gruncie praktyki odmowy dostaw, wymusza na organach antymonopolowych (lub skarżących) spełnienie podwyższonego standardu dowodowego w odniesieniu do wykazania antykonkurencyjnych skutków badanego zachowania oraz przedstawienia dowodów wystąpienia szkody dla konkurencji[1422].

W odniesieniu do spraw dotyczących własności intelektualnej należy wziąć pod uwagę także dodatkowe kryterium: zapobieganie powstawaniu nowego rynku produktowego [1423]. Przedmiotowy wymóg został jednocześnie złagodzono w sprawie *Microsoft* na rzecz nieostrego i otwartego kryterium „ograniczenia postępu technicznego na szkodę konsumentów”, które jest wprost wymienione w art. 102 lit. b) TFUE. Jak wskazał Sąd, ze względu na otwarty charakter art. 102 lit b TFUE, kryterium „nowego produktu” „*nie może być jedynym parametrem, który określa, czy odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej może wyrządzić szkodę konsumentom*”[1424].

[1420] Kwestia tego, czy kryteria wskazujące na wystąpienie wyjątkowych okoliczności, w których odmowa kontraktowania może stanowić nadużycie pozycji dominującej, powinny być spełnione łącznie została wyjaśniona dopiero w sprawie *Oscar Bronner* (wyrok TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569).

[1421] Według bardziej rozbudowanych kryteriów zaproponowanych w literaturze i orzecznictwie, odmowa dostępu do urządzenia kluczowego może zostać uznana za nadużycie pozycji dominującej, jeżeli zostaną spełnione następujące warunki: (i) dostęp do urządzenia kluczowego jest nieodzowny dla prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę na rynku sąsiednim (powiązanym); (ii) ze względów ekonomicznych, technicznych i prawnych zduplikowanie urządzenia kluczowego nie jest możliwe bądź jest utrudnione w stopniu nieuzasadnionym; (iii) odmowy dostępu do urządzenia kluczowego nie można obiektywnie uzasadnić; (iv) w wyniku odmowy dostępu do urządzenia kluczowego prawdopodobne jest wyeliminowanie wszelkiej konkurencji na rynku powiązanym.

[1422] P. I. Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, “Journal of European Competition Law & Practice” 2019, nr 9, s. 523.

[1423] KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.2.2009, s. 7-20, pkt 79. Ustanowiony przez TS w sprawie *Magill* (wyrok TS z 06.04.1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P oraz C-242/91 P, *Magill*, EU:C:1995:98) i opracowany w sprawie Oscar Bronner (wyrok TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569) i *IMS Health* (wyrok TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257) test „wyjątkowych okoliczności” był centralnym punktem dyskusji na temat związku między przymusowym licencjonowaniem własności intelektualnej a prawem konkurencji, w szczególności w odniesieniu do czynników zniechęcających do innowacji. Odmowę udzielenia licencji uznano za nadużycie tylko wtedy, gdy można stwierdzić m.in., że jest to niezbędne do konkurowania na sąsiednim rynku. Ponadto skarżący lub organ musiałby wykazać, że odmowa na pewno wywoła skutki antykonkurencyjne (tj. wyeliminuje wszelką konkurencję z rynku właściwego) oraz że doprowadzi do szkody konsumentom (tj. zapobiegnie pojawieniu się nowego produktu, na który istnieje potencjalny popyt).

[1424] Ograniczenie postępu technicznego w tym przypadku miało polegać na uniemożliwieniu producentom konkurencyjnych systemów operacyjnych udoskonalania swoich produktów i wyposażania ich w dodatkowe cechy, których nie ma system operacyjny Windows. Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft Corp. przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289, pkt 647.

1.1. Kategorie i scenariusze dotyczące odmowy dostaw

Pojęcie „odmowa dostaw" obejmuje szerokie spektrum zachowań rynkowych, które łączy to, że dominant posiada dostęp do pewnego istotnego dobra (tzw. „urządzenia kluczowego", ang. *essential facilities*) a odmowa do jego dostępu z znacznym zakresie ograniczyłaby konkurencję ze szkodą dla konsumentów. Do tej grupy przypadków możemy zaliczyć: (i) odmowę dostawy produktów obecnym lub nowym odbiorcom; (ii) odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, w tym licencji na zapewnienie informacji dotyczących interfejsów, czy też (iii) odmowę przyznania dostępu do niezbędnych urządzeń bądź sieci[1425].

Odmowę transakcji można zakwalifikować jako: (i) bezwarunkową odmowę, innymi słowy ogólną odmowę dostawy w każdej sytuacji; (ii) warunkową odmowę, stanowiącą odmowę dostawy, chyba że kupujący wyrazi zgodę na określone warunki, takie jak wyłączność; lub (iii) konstruktywną odmowę, w którym to przypadku dostawca, co do zasady, zgadza się na transakcję, ale tylko na warunkach, które utrudniają kontrahentowi konkurowanie[1426] lub z obiektywnych względów nie są możliwe do spełnienia[1427]. Drugi i trzeci scenariusz może być oceniany na podstawie innego testu prawnego [1428] (np. sprzedaży wiązanej lub *self-preferencing*), co zostało przeanalizowane w pkt V.2 pracy doktorskiej. Konstruktywna odmowa może również przybrać formę nieuzasadnionego opóźnienia lub innego pogorszenia dostawy produktu lub wiązać się z nałożeniem nierozsądnych warunków w zamian za dostawę, a zatem mieć ten sam efekt co bezwarunkowa (kategoryczna) odmowa[1429].

Odmowa kontraktowania jest także klasyfikowana w zależności od rodzaju dobra, które podlega ochronie. W tym zakresie wśród przypadków odmowy kontraktowania wyróżnia się następujące podtypy: (i) odmowę dostawy towarów lub świadczenia usług (ang. *refusal to supply*); (ii) odmowa udzielenia dostępu do urządzeń kluczowych (ang. *refusal to grant assess to an essential facility essential facilities*) lub (iii) odmowę udzielenia licencji na prawa

---

[1425] KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.2.2009, s. 7-20, pkt 78.

[1426] Przykładowo, na nierównych warunkach względem usług oferowanych przez samego dominanta. Zob.: R. Molski, *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 409-410.

[1427] Przykładowo, na rynkach cyfrowych może to obejmować znaczne pogorszenie warunków dostępu do danych wejściowych lub niedostarczenie wystarczających informacji, aby wykorzystać dane wejście cyfrowe. OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 25-26.

[1428] Tym samym, takich przypadków nie można utożsamiać z kategoryczną odmową dostawy, a zatem kryterium niezbędności danego produktu lub usługi nie ma tu zastosowania. Zob.: R. Molski, *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, s. 410.

[1429] KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.2.2009, s. 7-20, pkt 79.

własności intelektualnej (ang. *refusal to license*). Powyższe rozróżnienie, jak zostanie wskazane w dalszej części pracy doktorskiej, może mieć znaczenie przy ocenie kryterium niezbędności produktów.

Ponadto istotne znaczenie może mieć ustalenie, czy: (i) przedmiot kontrolowany przez podmiot dominujący nigdy nie był przedmiotem dostaw (bezwzględna odmowa wszystkim konkurentom/kontrahentom); (ii) następuje odmowa dostaw wyłącznie wobec nowych konkurentów (przy wcześniejszym umożliwieniu dostaw dla innych rywali – względna odmowa nowym konkurentom/kontrahentom); (iii) nastąpiło przerwanie obecnej dostawy (odmowa „starym" konkurentom/kontrahentom). Przedmiotowe rozróżnienie może mieć znaczenia dla wyjaśnienia *ratio legis* obowiązku dostaw lub też do formułowania bardziej restrykcyjnych przesłanek. W pierwszym scenariuszu dominant nie zmienia swojego wzorca postępowania, podczas gdy w drugim tak. W prawie UE kryteria oceny „odmowy dostaw" maja zastosowanie do przypadku (i) oraz (iii), natomiast przypadek (ii) (względna odmowa „nowych" odmowa) może być oceniany jako inna kategoria nadużycia (np. jako antykonkurencyjna dyskryminacja partnerów handlowych) [1430].

Kwestią często dyskutowaną w doktrynie jest to, czy ostatni wskazany scenariusz (przerwanie dostaw, odmowa „starym" konkurentom/kontrahentom) powinien być poddana innej ocenie prawnej, która nie wymagałaby dowodu niezbędności[1431]. Rozróżnienie na przypadek (i) i (iii), tj. bezwzględną odmowę „nowych" dostaw oraz przerwanie dostaw może mieć znaczenie dla formułowania teorii szkody oraz możliwej antykonkurencyjnej strategii przedsiębiorcy dominującego. Prawdopodobieństwo uznania przerwania dotychczasowych dostaw za nadużycie jest większe niż w przypadku odmowy nowych dostaw[1432]. Jeśli przedsiębiorca

[1430] Warto odnotować, że podejścia wypracowane na gruncie prawa konkurencji UE i amerykańskiego prawa antytrustowego różnią się w odniesieniu do odpowiedzialności antymonopolowej w przypadkach odmowy zawarcia transakcji. W Stanach Zjednoczonych jedyny wyjątek od zasady, że przedsiębiorcy nie mają obowiązku pomagania konkurentom poprzez udzielanie im dostępu do swoich zasobów, ma zastosowanie, gdy monopolista dąży do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu poprzez zakończenie dobrowolnego trybu zawierania transakcji. Z kolei orzecznictwo UE określiło ramy wyjątkowych okoliczności, zgodnie z którymi odmowa zawarcia transakcji może wiązać się z nadużyciem. I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 173.

[1431] W tym sensie argumentowano m.in., że wcześniejsze zachowanie przedsiębiorcy świadczy o tym, że obrót jest opłacalny i leży w jego interesie handlowym, a zatem nie może realistycznie argumentować, że obowiązek wznowienia wcześniejszego toku działań szkodzi jego zachętom do inwestowania i wprowadzania innowacji; zob.: R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 574-578.

[1432] Jeżeli na przykład przedsiębiorstwo dominujące realizowało dostawy na rzecz przedsiębiorstwa zgłaszającego zapotrzebowanie, a to podjęło inwestycje związane z konkretną umową, by następnie wykorzystać do produkcji środki będące przedmiotem odmowy, Komisja może być bardziej skłonna uznać takie czynniki produkcji za niezbędne. Podobnie fakt, że właściciel niezbędnych czynników produkcji wcześniej uznał, że realizacja dostaw leży w jego interesie, sugeruje, że dostawy czynników produkcji nie wiążą się z żadnym ryzykiem nieuzyskania przez właściciela odpowiedniego wynagrodzenia za pierwotną inwestycję (KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.2.2009, s. 7-20, pkt pkt 84).

posiadający pozycję dominującą znacząco zmienia warunki współpracy (czy to poprzez zakończenie relacji, czy wprowadzenie dyskryminacji), należy ustalić, co się zmieniło. W końcu historia wcześniejszej kooperacji pokazuje, że takie transakcje były efektywne dla przedsiębiorcy dominującego (tj. otrzymywał odpowiednią rekompensatę za swoją inwestycję). Ze względu na to, że wcześniejsza stosunki handlowe były dotychczas skuteczne, późniejsze wstrzymanie lub pogorszenie dostępu (przerwanie relacji handlowych) musi – przy braku wiarygodnego wyjaśnienia, jak istotnie zmieniły się okoliczności – być podyktowane przyczynami wykluczenia[1433]. Sprawy takie jak *Commercial Solvents*[1434], *United Brands*[1435] i *Sot. Lélos* [1436] sugerują, że zakłócenia dostaw nie muszą spełniać ścisłego kryterium niezbędności.

1.2. Analiza ekonomiczna

Z ekonomicznego punktu widzenia, obowiązek dostaw wywołuje szereg kontrowersji. Najczęściej podnoszone argumenty przeciwko obowiązkowi dostaw dotyczą: (i) ryzyka zahamowania inicjatyw innowacyjnych i rozwojowych; (ii) konieczności zapewnienia dominującemu przedsiębiorcy wynagrodzenia za poniesione koszty i ryzyko inwestycyjne; (iii) trudności w ocenie pro- i antykonkurencyjnych skutków takiego obowiązku, zarówno w krótkim, jak i długim okresie; oraz (iv) potrzeby tworzenia kosztownych środków zaradczych[1437].

Skutki, jakie prawo konkurencji, wymagające od przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą dostarczania produktów lub licencjonowania konkurentów, wywierają na jego zdolność i motywację do inwestowania, są istotne dla rozwoju innowacji. Roszczenia dotyczące obowiązku kontraktowania w kontekście prawa konkurencji często wiążą się z odmową udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, co budzi szczególne obawy dotyczące osłabienia zachęt do innowacji[1438]. Chociaż zmuszanie przedsiębiorcy do kontraktowania może

---

[1433] Wyrok SN Stanów Zjednoczonych z 13 stycznia 2014 r. w sprawie *Trinko* [*Verizon Communications Inc. przeciwko Law Offices of Curtis V. Trinko*, LLP 540 U.S. 398 (2004)] [„postronne zakończenie dobrowolnego (*a zatem przypuszczalnie opłacalnego*) postępowania sugerowało chęć rezygnacji zysków w celu osiągnięcia celu antykonkurencyjnego"].

[1434] Wyrok TS z 6.03.1974 r. w sprawie 6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation przeciwko Komisji*, EU:C:1974:18, pkt 25.

[1435] Wyrok TS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76, *United Brands and United Brands Continental przeciwko Komisji*, EU:C:1978:22, pkt 182.

[1436] Wyrok TS z 16.09.2008 r. w sprawie C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia EE i inni przeciwko GlaxoSmithKline*, EU:C:2008:504, pkt 34.

[1437] W tym ustalenia ceny hurtowej i monitorowania przestrzegania obowiązków, do których organy ochrony konkurencji i sądy nie są przygotowane. Zob. szerzej: R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 514-527.

[1438] Zob. szerzej: M. Surdek, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 51-55.

w krótkim okresie zwiększyć konkurencję statyczną, może to równocześnie zmniejszyć lub wyeliminować motywację dla przedsiębiorców (zarówno tych dominujących, jak i innych podmiotów) do wprowadzania innowacji w przyszłości [1439]. Obowiązek kontraktowania wymaga znalezienia równowagi między statycznymi i dynamicznymi względami dobrobytu konsumentów[1440].

Jeśli dominujący podmiot zostanie zmuszony do współpracy z konkurentem, konsumenci mogą odnieść natychmiastowe korzyści w postaci krótkoterminowych obniżek cen lub zwiększenia produkcji. Jednakże te statyczne korzyści mogą wiązać się z wysokimi kosztami – utratą lub zmniejszeniem dynamicznej, długoterminowej efektywności. Każdy przedsiębiorca musiałby wziąć pod uwagę, że jego inwestycja w lepszy lub pożądany produkt może być dzielona z konkurentami na warunkach ustalonych przez sąd lub organ antymonopolowy na żądanie konkurenta. Jakikolwiek negatywny wpływ na te zachęty ogólnie nie leżałby w długoterminowym interesie konsumentów. Ponieważ innowacje są siłą napędową wzrostu gospodarczego, osłabienie zachęt do innowacji może szkodzić konsumentom[1441]. Interwencja byłaby szczególnie nieuzasadniona, jeśli zobowiązanie do dostaw ograniczałoby się jedynie do kopiowania technologii przedsiębiorstwa dominującego, co mogłoby prowadzić do zjawiska efektu gapowicza (ang. *free rider problem*)[1442]. W związku z tym istotne jest znalezienie równowagi między potrzebą ochrony wolnej konkurencji a potrzebą ochrony swobody działalności gospodarczej, w tym swobody zawierania umów, oraz praw własności, w tym praw własności intelektualnej. Przewaga interesu ochrony konkurencji może być uzasadniona jedynie wtedy, gdy odmowa dostaw lub licencji uniemożliwiałaby rozwój rynku sąsiedniego, prowadząc tym samym do szkody dla konsumentów.

Wskazuje się również, że organy antymonopolowe nie są przygotowane do pełnienia roli regulatorów, decydujących o warunkach, na jakich przedsiębiorcy powinni być zobowiązani do sprzedaży swoich produktów lub usług. Relacje handlowe mają złożony charakter i mogą ulegać zmianom w czasie. Organy antymonopolowe nie dysponują odpowiednimi zasobami ani

---

[1439] Przykładowo, SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Trinko* [wyrok SN Stanów Zjednoczonych z 13.01.2014 r. w sprawie *Trinko*, LLP 540 U.S. 398 (2004)] ostrzegł, że zmuszanie monopolisty do współpracy z rywalem może zmniejszyć motywację monopolisty, rywala lub obu stron do inwestowania w korzystne ekonomicznie obiekty.

[1440] Pojawienie się niezbędnego wkładu („urządzenia kluczowego") jest często wynikiem bardzo znacznych inwestycji jego właściciela, niezależnie od tego, czy środki są wydawane na budowę drogiego obiektu, takiego jak sieć elektryczna, czy też na udane prace badawczo-rozwojowe. Uznając wynikowy produkt za niezbędny, prawo konkurencji czyni swego rodzaju roszczenie „większego dobra", wymagając od pozwanej podzielenia się owocami swojego sukcesu w celu wzmocnienia konkurencji gdzie indziej.

[1441] Wytyczne Komisji, pkt, pkt 75.

[1442] Konkurent korzystałby z dobra kontrolowanego przez przedsiębiorcę dominującego w stopniu przewyższającym jego udział w kosztach ich wytworzenia (OECD, *Refusals to Deal. Policy roundtables*, Paryż 2007, s. 201).

wiedzą ekspercką do rozwiązywania bieżących problemów, które mogą pojawić się w wyniku nałożenia obowiązku dostaw, np. związanymi z ustaleniem właściwej rekompensaty za wcześniejsze wydatki producenta na badania. Ze względu na trudności w opracowaniu skutecznych środków zaradczych, które mogłyby być zastosowane przez sąd, oraz ryzyko, że przymusowe dzielenie się może obniżyć poziom dobrobytu, niektórzy komentatorzy twierdzą, że przepisy antymonopolowe nigdy nie powinny zmuszać konkurentów do zawierania transakcji[1443] (zob. szerzej: pkt XIII.1.6 pracy doktorskiej).

1.3. Możliwe strategie biznesowe obserwowane na rynkach cyfrowych

Odmowy zawarcia transakcji obejmują szeroki zakres potencjalnych problemów dotyczących różnych procesów konkurencji zidentyfikowanych na rynkach cyfrowych. Obawy te skupiają się na dostępie do ważnego „wkładu wejściowego" lub „obiektu", kontrolowanego przez dominującego operatora platformy internetowej, bez którego konkurowanie na rynku niższego szczebla nie byłoby możliwe. Tego typu dobrem może być platforma internetowa (infrastruktura cyfrowa) lub dane generowane przez przedsiębiorcę dominującego w związku funkcjonowaniem tej platformy[1444]. Dominujący przedsiębiorca, która jest właścicielem lub w inny sposób ma wyłączny dostęp do takiego kluczowego wkładu, może wykluczyć konkurencję, odmawiając rywalom dostępu do tego zasobu [1445] . Potencjalnie antykonkurencyjne scenariusze mogą dotyczyć dwóch teorii szkód: (i) lewarowania „ofensywnego"; (ii) lewarowanie „defensywne" (zob. pkt V.1.2 pracy doktorskiej).

Pierwszy z omawianych scenariuszy dotyczy w szczególności konkurencji wewnątrz-platformowej (zob. pkt I.3.2 pracy doktorskiej). A. Ezrachi i M. E. Stucke wskazali na przykładowy scenariusz dotyczący możliwości wykluczenia Ubera z popularnego sklepu z aplikacjami (np. Apple Store lub Google Play), w sytuacji gdy ten sklep zacznie oferować konkurencyjną usługę kojarzenia kierowców z pasażerami. Wykluczenie to może bezpośrednio nastąpić poprzez wycofanie z platformy niektórych dostawców[1446]. W sprawie *Microsoft II*, amerykański przedsiębiorca odmówił udostępnienia informacji oraz technologii zapewniających interoperacyjność systemu operacyjnego dla serwerów pracy grupowej

[1443] Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych, *Single-Firm Conduct Under Section 2 Of The Sherman Act* (2008), s. 125.
[1444] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 160-161.
[1445] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 25.
[1446] A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual competition*, Londyn 2016, s. 155.

sprzedawanego przez Sun Microsystems z komputerami osobistymi (PC) oraz serwerami pracy grupowej[1447] pracującymi na platformie Windows produkcji Microsoft[1448].

Podobnie, twórca gier online Epic oparł się na doktrynie „urządzeń kluczowych" w swojej skardze przeciwko Apple. Zdaniem przedsiębiorcy Epic, warunki świadczenia usług przez Apple i wycofanie z Apple Store jego popularnej gry online Fortnite, stanowią działania odwodowe operatora Apple Store. Przedsiębiorca Epic oferował bowiem alternatywne metody płatności bezpośrednich, które omijają struktury opłat sklepu z aplikacjami [1449]. W postępowaniu KE w sprawie *Apple (NFC)* przedmiotem analizy jest z kolei ograniczenie przez Apple dostępu do funkcji *Near Field Communication* (NFC) („dotknij i idź") na iPhone'ach w przypadku płatności w sklepach stacjonarnych dla konkurencyjnych usług operatorów płatniczych względem usług Apple (tj. Apple Pay). Na urządzeniach z Androidem wiele usług płatniczych może oferować płatności zbliżeniowe za pomocą chipa NFC, ale na iPhone'ach żadne konkurencyjne usługi nie mogą wykorzystywać sprzętu NFC[1450].

W sprawie badanej przez włoski organ antymonopolowy, Google nie pozwoliło Enel X Italia (producentowi JuicePass[1451]) na opracowanie wersji swojego programu kompatybilnego z Android Auto [1452]. JuicePass umożliwia szeroki zakres usług ładowania pojazdów elektrycznych, od znalezienia stacji po zarządzanie sesją ładowania oraz rezerwacją dedykowanego punktu przed przybyciem na miejsce. Włoski organ antymonopolowy stwierdził, że Google niesłusznie ograniczyło użytkownikom dostęp do rzeczonej aplikacji, jednocześnie oferując własne rozwiązanie: Google Maps[1453].

[1447] Serwery pracy grupowej i zainstalowane na nich oprogramowanie systemowe umożliwiają wykonywanie pewnych funkcji wobec komputerów osobistych połączonych w sieć, takich jak: możliwość pracy większej liczby użytkowników, których komputery są połączone w sieć, na plikach przechowywanych na serwerze; możliwość korzystania ze wspólnych drukarek przez użytkowników pracujących w sieci itp.

[1448] Decyzja KE z 24.03.2004 r. w sprawie COMP37.792, *Microsoft II.*

[1449] M. N. Belloso, *Epic Games v. Apple: A Case Summary* (2021). https://ssrn.com/abstract=3941761 (data dostępu: 18.12.2023 r.).

[1450] Komunikat prasowy KE z 2.05.2022 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2764 (data dostępu: 18.12.2023 r.).

[1451] W maju 2018 r. spółka Enel X Italia wprowadziła aplikację JuicePass, która zapewnia szereg funkcji ładowania pojazdów elektrycznych, w szczególności: wyszukiwanie i rezerwację stacji ładowania na mapie; połączenie z aplikacjami Google Maps lub Apple Maps, aby umożliwić nawigację do wybranej stacji ładowania; rozpoczęcie, zatrzymanie i monitorowanie sesji ładowania i dokonanie płatności za ładowanie. Aplikacja JuicePass jest dostępna dla użytkowników smartfonów z systemem Android i można ją pobrać z Google Play. Zob.: Pytanie prejudycjalne sądu włoskiego z 13.04.2023 r. w sprawie C-233/23, *Google/Enel*, pkt 7.

[1452] Organ włoski stwierdził, że zachowanie spółki Google, polegające na utrudnianiu i opóźnianiu publikacji opracowanej przez spółkę Enel X Italia aplikacji JuicePass na platformie Android Auto, stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE i nakazał spółce Google m.in. zaprzestanie, także na przyszłość, zarzucanych jej zachowań zakłócających konkurencję.

[1453] Decyzja AGCM z 27.04.2021 r. w sprawie A529 *Google vs. Enel X*, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.)(dalej: „***Decyzja AGCM w sprawie Google przeciwko Enel***").

Drugi scenariusz dotyczy z kolei konkurencji między-platformowej (zob. pkt I.3.2 pracy doktorskiej). Przy zastosowaniu strategii „platform envelopment" („obudowywania platformy") dominujący operator platformy internetowej może dążyć do utrzymaniu swojej pozycji dominującej (monopolistycznej) na rynku wyższego szczebla lub może próbować zwiększyć koszty zmiany platformy przez użytkowników np. ograniczając (zniechęcając) do zachowań polegających na korzystaniu z wielu platform (*multi-homing*).

Powyższe można zobrazować przykładem zakończeniem współpracy przedsiębiorcy Apple z twórcą Adobe Flash[1454] w iPhone'ach, iPodach i iPadach. Adobe Flash Player umożliwiał twórcom aplikacji tworzenie programów na systemie operacyjnym Apple (iOS) z pominięciem App Store. Adobe rozwinął zatem narzędzia umożliwiające przenoszenie treści i programów z Apple iOS na Google Android. Umożliwiało to z jednej strony *multi-homing* (korzystanie przez twórców aplikacji zarówno z systemu operacyjnego Android i iOS) oraz obchodzenie korzystania z mechanizmu zakupów w aplikacji Apple, które wiązało się z uiszczaniem prowizji[1455].

W odniesieniu do wniosków przedsiębiorców o dostęp do danych operatora platformy można wyróżnić dwa główne scenariusze w zależności od intencji osoby ubiegającej się o dostęp, tj. (i) sytuację, w której potencjalny konkurent lub nowy podmiot potrzebuje dostępu do danych jako „danych wejściowych" do stworzenia nowego lub konkurencyjnego produktu lub usługi oferowanych na platformie (scenariusz konkurencji na rynku niższego szczebla); (ii) sytuacje, w których osoba ubiegająca się o dostęp żąda dostępu do danych użytkownika zebranych przez operatora zasiedziałego w celu wprowadzenia własnej usługi wyszukiwania, sieci społecznościowej lub handlu elektronicznego, która będzie konkurować z platformą oferowaną przez operatora zasiedziałego na tym samym rynku właściwym[1456].

Pierwszy scenariusz może dotyczyć wykorzystania danych jako „wkładu wejściowego" niezbędnego do wprowadzenia usług pomocniczych, np. usług statystycznych lub analitycznych dotyczących transakcji dokonywanych na platformie. Usługi tego typu mogą być dotychczas oferowane wyłącznie przez przedsiębiorcę dominującego lub być oferowane przez tego operatora platformy internetowej po przerwaniu dostępu do danych dla konkurentów.

[1454] Multimedialna wtyczka do przeglądarek internetowych i jednocześnie odtwarzacz animacji.
[1455] G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 213-214.
[1456] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 256-257.

Omawiany scenariusz stanowi zatem przykład lewarowania „ofensywnego". Przykładowo, w czerwcu 2021 r. operator platformy handlowej allegro.pl wyłączyło usługę WebAPI, ograniczając dostęp do danych transakcyjnych (sprzedażowych) na swojej platformie[1457]. Odcięcie podmiotów zewnętrznych od tych danych mogło potencjalnie ograniczyć dalszy rozwój usług monitorowania statystyk sprzedaży na tej platformie[1458].

W drugim scenariuszu dane stanowią ważny wkład dla świadczenia usług platformowych, ponieważ mogą one być wykorzystywane jako środek do poprawy tych usług, np. możliwości reklamodawców w zakresie angażowania się w ukierunkowaną reklamę oraz ulepszenia trafności wyników wyszukiwania. Omawiany scenariusz stanowi przykład lewarowania „defensywnego". Ze względu na znaczenie danych dla działalności platform internetowych informacje gromadzone przez dostawców platform internetowych na temat ich użytkowników i klientów mogą stanowić niezbędny wkład w tworzenie konkurencyjnych usług dla innych uczestników rynku[1459].

W drugim scenariuszu potencjalny konkurent lub nowy podmiot żąda dostępu do danych w celu wprowadzenia produktu lub usługi, która bezpośrednio konkurowałaby z produktami lub usługami dostarczanymi przez dominującego dostawcę użytkownikom i reklamodawcom. W kontekście platform internetowych oznaczałoby to, że osoba ubiegająca się o dostęp prosi o dostęp do danych operatora zasiedziałego w celu świadczenie konkurencyjnych usług platformowych (np. wyszukiwarki, sieci społecznościowej lub platformy handlu elektronicznego)[1460].

1.4. Zastosowanie ram prawnych „odmowy dostaw" do modeli biznesowych platform internetowych

W literaturze podkreśla się, że platformy internetowe, takie jak np. Google, Facebook, Amazon to „koleje współczesnej epoki"[1461]. Infrastruktura techniczna (mosty, koleje) stanowiły „wąskie

---

[1457] https://allegro.pl/dla-sprzedajacych/1-czerwca-2021-w-api-allegro-ograniczymy-dostep-do-publicznych-danych-o-sprzedazy-innych-uzytkownikow-i-zmienimy-forme-ich-udostepniania-O3BlgZVdwCa (data dostępu: 18.12.2023 r.).

[1458] Obejmuje to tworzenie raportów dotyczących m.in. danych związanych z wyszukiwaniem i przeglądaniem ofert, w tym najlepiej sprzedających się produktów, rozwoju danych kategorii, wysokości kosztów wystawienia i prowizji od sprzedaży na platformie. Powyższe usługi ułatwiają użytkownikom biznesowym podejmowanie decyzji dotyczących doboru i promocji asortymentu oferowanego na tej platformie. Jednocześnie operator Allegro może zacząć oferować własne usługi statystyczne dla niezależnych sprzedawców oferujących swoje produkty na platformie.

[1459] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 257-258.

[1460] I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 258

[1461] N. Guggenberger, *Essential Platforms,* "Stanford Technology Law Review" 2021, nr 2, s. 237.

gardła", do których dostęp umożliwiał monopolistom wykluczenie konkurentów z kluczowych rynków. Potencjalnie, podobną rolę w gospodarce cyfrowej potencjalnie odgrywają dziś platformy internetowe. Przedsiębiorcy tacy jak Google, Amazon, Facebook, Apple mogą kontrolować „wąskie gardła" w Internecie oraz świadczyć usługi konsumentom końcowym za pośrednictwem tej infrastruktury – konkurując z niezależnymi przedsiębiorcami. Na rynkach cyfrowych koncepcja „wąskich gardeł" została zastosowana do rynków, na których konsumenci korzystają z jednej lokalizacji (tzw. model zachowania *single-home*), co oznacza, że na przykład zasiedziały monopolista ma władzę nad wąskim gardłem w dostępie do konsumentów, ograniczając zdolność rywali do konkurowania[1462].

Zastosowanie ram prawnych dotyczących odmowy dostaw w przypadkach modeli biznesowych platform internetowych wymaga przeprowadzenia dwuetapowego testu. Po pierwsze, w analizowanym przykładzie należy ustalić: (i) jaki jest przedmiot żądania dostępu, czyli czym jest potencjalny „obiekt" lub „wkład", do którego podmiot gospodarczy chciałby uzyskać dostęp oraz (ii) czy odmowa dostępu wiąże się z „kategoryczną" (bezwzględną) odmową udzielenia dostępu do obiektu czy też z niekorzystnymi warunkami dostępu, np. nierównymi lub nieuczciwymi. Następnie, należy przeanalizować, czy: (i) zdefiniowane powyżej urządzenie ma charakter „urządzenia kluczowego", w szczególności czy dostęp do niego jest niezbędny (kryterium niezbędności); (ii) czy odmowa dostępu prawdopodobnie wykluczy wszelką konkurencję na właściwym rynku (kryterium wykluczenia konkurencji) oraz (iii) czy odmowa nie jest uzasadniona (kryterium braku obiektywnego uzasadnienia). Odmowa zawarcia transakcji stanowi nadużycie pozycji dominującej tylko w „wyjątkowych okolicznościach", gdy spełnione są wymogi doktryny „urządzeń kluczowych"[1463].

1.4.1. Kryterium niezbędności

Konkurenci działający na rynku niższego szczebla nie będą w stanie konkurować z przedsiębiorcą zintegrowanym pionowo i posiadającym pozycję dominującą, jeśli zostanie im odmówiony dostęp do niezbędnego wkładu (urządzenia). Jeśli „wkład" lub „urządzenie" nie są niezbędne, konkurenci przedsiębiorcy dominującego mogą znaleźć alternatywne rozwiązania. Natomiast, gdy przedsiębiorca wykorzystuje swoją dominującą pozycję na rynku wyższego

[1462] Raport Stiglera, s. 105-106; Raport Furmana, s. 41; OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, Paryż 2022, s. 25, https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf (data dostępu: 14.01.2023).
[1463] Wytyczne Komisji, pkt 81-88.

szczebla do uzyskania niezbędnego wkładu, może całkowicie zablokować dostęp do rynku niższego szczebla dla innych podmiotów[1464].

Odmowa dostaw wykazuje podobieństwo do amerykańskiej doktryny „urządzeń kluczowych", która może być pomocna w celu uzasadnienia oraz wyjaśnienia *ratio legis* obowiązku dostaw na gruncie art. 102 TFUE[1465]. Szereg orzeczeń Komisji i orzecznictwa sądów unijnych dotyczących odmowy udostępnienia obiektu lub zasobu kontrolowanego przez dominującego przedsiębiorcę doprowadziło do rozwoju tzw. „doktryny niezbędnych obiektów" w unijnym prawie konkurencji[1466]. Przejawem nadużycia posiadanej siły rynkowej przez dominanta jest zatem nieuzasadniona odmowa dostępu do tego dobra. Przykładowo, kiedy przedsiębiorca kontrolujący dostęp do kluczowej infrastruktury (np. obiektu portowego) działa również na rynku niższego szczebla (np. świadczy usługi spedycji morskiej) może mieć motywację do ograniczenia konkurencji poprzez odmowę dostępu do swojej infrastruktury dla przedsiębiorców konkurujących z nim na rynku niższego szczebla. Istota koncepcji polega na tym, że dostęp na wyższym szczeblu stanowi warunek wstępny skutecznej konkurencji na niższym szczeblu, co wymaga oceny uzależnionej od kontekstu badanej sprawy.

1.4.1.1. Kryteria prawne przyjęte w orzecznictwie i praktyce decyzyjnej

Standard „niezbędności" jest trudny do spełnienia w praktyce. Wnioskodawca lub organ musiałby wykazać, że nie ma alternatywnych rozwiązań (nawet mniej korzystnych) dla wspomnianego wkładu (lub urządzenia)[1467] oraz że jego powielanie byłoby niemożliwe lub nadmiernie trudne[1468]. Odmowa musi zatem dotyczyć produktu lub usługi niezbędnej do prowadzenia działalności na rynku pochodnym (rynku niższego szczebla). Nie może również istnieć alternatywa dla nowego produktu lub usługi. W sprawie *Magill* niezbędność została zinterpretowana w ten sposób, że nie było „*rzeczywistego ani potencjalnego substytutu*"[1469]

[1464] N. Dunne, *Dispensing with Indispensability*, "LSE Legal Studies Working Paper" 2019, nr 15, s. 6.

[1465] Prawo konkurencji UE nie zawiera definicji legalnej urządzenia kluczowego. Termin ten po raz pierwszy pojawił się w orzecznictwie TS w sprawie *Oscar Bronner* (wyrok TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569). Trybunał stwierdził wówczas, że urządzeniem kluczowym będzie takie urządzenie, które jest niezbędne do prowadzenia działalności gospodarczej i jednocześnie nie jest możliwe zduplikowanie go ze względu na techniczne, prawne lub ekonomiczne przeszkody.

[1466] Do urządzeń kluczowych można zaliczyć zarówno infrastrukturę techniczną (np. mosty, tory kolejowe), obiekty użyteczności publicznej (np. sieć wodno-kanalizacyjna) jak również infrastrukturę o charakterze niematerialnym (np. usługi raportowania danych hurtowych sprzedaży leków). Na mocy tej doktryny przedsiębiorca kontrolujący określone dobra (istotny wkład na wyższym poziomie produkcji), który jest niezbędny dla rozwoju konkurencji na niższym szczeblu, może zostać zobowiązany do kontraktowania z podmiotem trzecim wbrew swojej woli, kiedy ta odmowa znacząco ograniczyłaby konkurencję na rynku niższego szczebla. Zob.: R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 510; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, cases and materials*, Oksford 2016, s. 537.

[1467] Tj. nie ma faktycznego ani potencjalnego substytutu dla tego wkładu lub urządzenia.

[1468] Niezbędność, w sposób oczywisty, wymaga czegoś więcej niż dominacji, chociaż zwykle zbiega się z pozycją znaczącej siły na właściwym rynku.

[1469] Wyrok TS z 06.04.1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P oraz C-242/91 P, *Magill*, EU:C:1995:98, pkt 52.

dostępnego dla spornego wkładu. W sprawie *Bronner* Trybunał odnotował istnienie wielu alternatywnych, choć być może „mniej korzystnych", źródeł zaopatrzenia dostępnych dla rywali przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą i wskazał na brak „*żadnych technicznych, prawnych czy nawet przeszkód gospodarczych mogących uniemożliwić lub nawet nadmiernie utrudnić rywalom powielenie wymaganego wkładu*"[1470].

Aby stwierdzić brak rzeczywistych substytutów, należy udowodnić, że nie istnieją ekonomicznie opłacalne i łatwo dostępne alternatywy. Dotyczy to także substytutów, które mogą być mniej korzystne dla konkurentów działających na rynku niższego szczebla. Przykładowo, w sprawie *Contact Software*, fakt, że sprzedawcy oprogramowania mogli osiągnąć stopień interoperacyjności bez wymaganego dostępu, przekonał Sąd, że w rozpatrywanym stanie faktycznym obowiązek dostawy nie był niezbędny[1471]. W sprawie *Microsoft*[1472] Komisja Europejska uznała natomiast, że chociaż inżynieria odwrotna[1473] zapewniła potencjalną możliwość uzyskania dalszych informacji wykraczających poza obowiązujące minimalne poziomy ujawnień Microsoftu, było to podejście nadmiernie wymagające, niepewne i niestabilne[1474]. W związku z tym bezpośrednie ujawnienie informacji umożliwiających interoperacyjność uznano za niezbędne.

Następnie, należy ustalić, że nie istnieją potencjalne substytuty. Potencjalne substytuty nie będą istnieć, jeżeli „powielenie"[1475] urządzenia (wkładu) jest technicznie, prawnie lub ekonomicznie niemożliwe dla równie skutecznego konkurenta co przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą. Wymaga to udowodnienia, że powielenie jest obiektywnie niemożliwe dla przedsiębiorców działających na równoważnej skali do przedsiębiorcy dominującego (tzn. równie efektywnych co podmiot dominujący). Zatem, ten test nie jest spełniony, gdy strona ubiegająca się o dostęp jest mniejsza i nie dysponuje niezbędnymi środkami finansowymi do powielenia wymaganego wkładu (kluczowego urządzenia). Niemniej jednak, nie ma konieczności wykazania, że odmowa całkowicie uniemożliwia konkurowanie na rynku

[1470] Wyrok TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569, pkt 41, 43 i 44.
[1471] Wyrok Sądu z 14.09.2017 r. w sprawie T-751/15, *Contact Software*, EU:T:2017:602, pkt 160-165.
[1472] Sprawa dotyczyła ujawnienia zastrzeżonych informacji wymaganych przez twórców oprogramowania w celu zapewnienia pełnej interoperacyjności z dominującymi produktami Microsoft w zakresie systemów operacyjnych.
[1473] Technika odwracania, inżynieria odwrotna, inżynieria wsteczna, programowanie zwrotne (ang. *reverse engineering*) – proces badania produktu (urządzenia, programu komputerowego) w celu ustalenia, jak on dokładnie działa, a także w jaki sposób i jakim kosztem został wykonany.
[1474] Decyzja KE z 24.03.2004 r. w sprawie COMP37.792, *Microsoft*, pkt 685, 686.
[1475] Pojęcie „powielanie" oznacza możliwość stworzenia alternatywnego źródła efektywnych dostaw, które jest w stanie umożliwić konkurentom wywieranie presji konkurencyjnej na przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na rynku niższego szczebla (Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. U. C 45, 24.2.2009, s. 7–20, pkt 83).

niższego szczebla. Jeśli wszystkie dostępne alternatywy są tak niepraktyczne, że skuteczna konkurencja staje się nieopłacalna, nawet jeśli pewna konkurencja może przetrwać jedynie na marginesie rynku, próg niezbędności zostaje osiągnięty[1476].

Ekonomiczne bariery dla powielania wkładu są jednak trudne do oceny. Definicja barier wejścia koncentruje się na kosztach, które muszą ponieść nowi uczestnicy rynku, a których nie ponoszą operatorzy zasiedziali[1477]. Ten problem odnosi się do obaw przedstawionych wcześniej dotyczących potencjalnej długoterminowej nieskuteczności narzucania obowiązkowego dostępu, w szczególności obawy przed pozbawieniem właścicieli odpowiedniej rekompensaty za inwestycje lub zachęcaniem konkurentów do jazdy na gapę (zob. pkt VIII.1.2 pracy doktorskiej). Kluczową kwestią nie jest to, czy potencjalne dostępy lub dostawy mogą zduplikować dany obiekt, lecz czy hipotetyczny przedsiębiorca równie wydajny jak przedsiębiorca dominujący jest w stanie to zrobić. Zgodnie z orzecznictwem, nieprzekraczalny koszt odtworzenia danych wejściowych lub obiektu może uczynić dostęp „niezbędnym" w kontekście art. 102 TFUE[1478].

Bariery prawne związane z powielaniem „urządzenia kluczowego" często przybierają formę komercyjnej eksploatacji chronionych za pośrednictwem prawa własności intelektualnej dóbr niematerialnych[1479]. W przypadku gdy odmowa udzielenia licencji hamuje istotne innowacje na rynku niższego szczebla – co znajduje odzwierciedlenie w wymogu „nowego produktu" lub „rozwoju technicznego" – wówczas „urządzenie kluczowe" chronione prawami własności intelektualnej może zostać uznane jako niezbędny wkład[1480]. W sprawie *Magill* prawa własności intelektualnej (prawa autorskie do cotygodniowych programów telewizyjnych) nie mogły być powielane przez wydawców czasopism bez wejścia na rynek nadawczy[1481]. Z kolei

---

[1476] N. Dunne, *Dispensing with Indispensability*, "Journal of Competition Law & Economics" 2020, nr 1, s. 81.

[1477] Operatorzy zasiedziali zazwyczaj jednak musieli ponosić takie koszty wcześniej przy pierwszym wejściu na rynek.

[1478] Na przykład w sprawie *ARA*, która dotyczyła dostępu do infrastruktury zbierania odpadów opakowaniowych z gospodarstw domowych (pojemniki na recykling itp.), Komisja uwzględniła fakt, że każdy nowy podmiot musiałby ponieść wysokie koszty rozpoczęcia działalności, podczas gdy przynajmniej początkowo prawdopodobnie będą miały niskie obroty. Na tej podstawie stwierdziła przeszkodę ekonomiczną, która może uniemożliwić lub przynajmniej nadmiernie utrudnić utworzenie alternatywnej infrastruktury zbierania danych z gospodarstw domowych. Decyzja KE z 20.09.2016 r. w sprawie AT.39759, *ARA*, pkt 92-94.

[1479] Przypadki tego rodzaju rodzą szczególne dylematy polityczne, ponieważ istotą wykonywania takich praw jako praw wyłącznych jest zasadniczo prawo do „wykluczenia". Wykonywanie uprawnień składających się na istotę prawa wyłącznego może zostać zakwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej tylko w szczególnych okolicznościach

[1480] Jak wyjaśnił D. Miąsik: „*Korzystanie z prawa wyłącznego celem zastrzeżenia dla uprawnionego możliwości komercyjnej eksploatacji chronionych za jego pośrednictwem dóbr niematerialnych może podlegać ocenie - w świetle reguł konkurencji - tylko wtedy, jeżeli będzie blokowało konkurencję dynamiczną*" (*Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 377).

[1481] Jak zauważył D. Miąsik: „*prawo własności intelektualnej zostało uzyskane przez uprawnionego przy okazji prowadzenia działalności podstawowej, zaś ochrona tego prawa poprzez odmowę udzielenia licencji nie miała związku z działalnością uprawnionego na rynku podstawowym*" (*Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 377).

sprawa *ARA* stanowi przykład bariery prawnej dla powielania w innym kontekście (tj. barier regulacyjnych). Zgodnie z prawem austriackim budowa dodatkowej infrastruktury wywożenia (zbierania) śmieci wymagała zgody rządu. Było to jednak mało prawdopodobne ze strony ministerstwa środowiska, ponieważ powielona infrastruktura zarówno budziła obawy z perspektywy ochrony środowiska, jak i prawdopodobnie generowała dodatkowe koszty, które musieliby ponieść konsumenci[1482].

Przy ocenie barier związanych z powieleniem „urządzenia kluczowego", istotne mogą być także preferencje konsumentów. W sprawie *IMS Health* rzekoma niezbędność wynikała z tego, że konsumenci (w tym przypadku przedsiębiorstwa farmaceutyczne) byli niechętni korzystaniu z usług informacyjnych w innym formacie niż ten, który jest chroniony prawami własności intelektualnej dominującego przedsiębiorcy, od którego odmówiono udzielenia licencji. Trybunał zinterpretował taką „niechęć" jako barierę ekonomiczną, ponieważ konkurenci mogą „*być zmuszeni do podjęcia wyjątkowych wysiłków organizacyjnych i finansowych*", aby przekonać konsumentów do przejścia na konkurencyjne formaty, co może „*wykluczyć jakąkolwiek ekonomiczną rentowność działalności na skalę porównywalne z przedsiębiorstwem* [dominującym – dopisek własny]"[1483]. Preferencje konsumentów odegrały również istotną rolę w potwierdzeniu niezbędności w sprawie *Microsoft*, gdzie stwierdzono, że klienci często preferują pewne funkcje oprogramowania produkowanego przez konkurentów Microsoftu, ale przede wszystkim cenią sobie pełną interoperacyjność z innymi produktami tego przedsiębiorcy dominującego[1484].

Analiza niezbędności wkładu łączy się z pojęciem „wąskiego gardła", które odnosi się do sytuacji, gdy przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą kontroluje punkt krytyczny, mogący potencjalnie prowadzić do obiektywnej nieefektywności[1485]. Wąskie gardło może wynikać z ograniczonego przepływu zasobów lub kluczowego elementu infrastruktury o ograniczonej przepustowości. To, co różni niezbędny wkład od sytuacji na rynkach hurtowych, gdzie pozwany posiada jedynie bardzo wysoki (może nawet dominujący) udział w rynku, to konsekwencje płynące z odmowy zawarcia transakcji. Takie cechy rynku pojawiają się w praktyce rzadko i wymagają, np. istnienia monopolu naturalnego lub przynajmniej bardzo dużych korzyści skali (jak w przypadku sieci dystrybucji energii elektrycznej czy gazu

[1482] Decyzja KE z 20.09.2016 r. w sprawie AT.39759, *ARA*.
[1483] Wyrok TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257, pkt 29.
[1484] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289, pkt 149, 635, 639.
[1485] P. Alexiadis, A. de Streel, *Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms*, "EUI Working Papers" 2020, nr 14, s. 4.

ziemnego) lub monopolu prawnego (jak pewne prawa własności intelektualnej). Odmowa dostępu do niezbędnego wkładu zasadniczo uniemożliwia konkurowanie na niższym szczeblu i w przypadku przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo posiadającego pozycję dominującą, może umożliwić mu przeniesienie swojej siły rynkowej z rynku dominującego na inny, sąsiedni rynek. Zatem, należy dokonać rozróżnienia między sytuacjami, w których pozycja rynkowa przedsiębiorstwa dominującego na wyższym szczeblu łańcucha dostaw daje mu jedynie „przewagę konkurencyjną" na niższym szczeblu, a tymi, w których pozwala mu to na „rzeczywistą kontrolę nad rynkiem powiązanym".

1.4.1.2. Zastosowanie kryterium „niezbędności" do działalności operatorów platform internetowych

Zgodnie ze sprawą *Bronner* określona platforma oraz jej istotny wkład (zob. pkt VIII.1.3 pracy doktorskiej) mogłyby zostać uznane za niezbędne, jeżeli nie ma rzeczywistego lub potencjalnego zamiennika dla tej platformy (wkładu) oraz istnieją przeszkody techniczne, prawne, a nawet ekonomiczne, które mogą uniemożliwić lub nadmiernie utrudnić powielenie tej platformy (lub wkładu)[1486]. Analizując kryterium niezbędności danej platformy (lub danych), pojawia się pytanie, do jakiego stopnia przedsiębiorcy są zależni od tej konkretnej platformy (lub danych) w celu dotarcia do użytkowników, a także jaki jest koszt dla przedsiębiorców unikania tej platformy (lub danych) i korzystania z alternatywnych kanałów dostępu (lub zasobów). Niezbędność jest zależna od kontekstu danej sprawy i nie może być określana *a priori*, bez uwzględnienia indywidualnych okoliczności[1487]. W związku z tym, że ocena niezbędności będzie musiała być przeprowadzana indywidualnie dla każdego przypadku, tj. platformy internetowej jako „infrastruktury" i jej wkładu, w dalszej części pracy doktorskiej zostaną przedstawione bardziej generalne wnioski na podstawie obecnej praktyki decyzyjnej i orzeczniczej oraz poglądów wyrażonych doktrynie.

Zastosowanie doktryny o urządzeniach kluczowych do modeli biznesowych platform internetowych wymaga zdefiniowania tego, co dokładnie należy uznać za „urządzenie", do którego dany podmiot gospodarczy chciałby uzyskać dostęp. Jak wskazano, samo pojęcie platform jest z natury trudne do zdefiniowania, a w DMA Komisja zaproponowała zdefiniowanie „podstawowych usług platform" poprzez wymienienie różnego rodzaju usług, które Komisja zamierza uwzględnić (zob. pkt III.1.1.2 pracy doktorskiej). Platformy

[1486] Wyrok TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569, pkt 41, 44-45.
[1487] I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 239-245.

internetowe działają w różnym stopniu integracji. Zarówno sklepy z aplikacjami, jak i same aplikacje składają się z kombinacji oprogramowania i danych dostępnych przez Internet. Podobnie, granice między ogólnym wyszukiwaniem w Internecie a specjalistycznymi usługami wyszukiwania, takimi jak porównywarki cen, rekomendacje restauracji czy usługi mapowe, mogą być nieostre (na problem ten wskazano m.in. w pkt VI.1.3.1 pracy doktorskiej). Odpowiadając na to wyzwanie L. Khan zasugerowała przeniesienie uwagi z aspektów technicznych platformy na ich znaczenie funkcjonalne[1488].

W kontekście usług wyszukiwarki internetowej Google, przedmiotem dostępu może być potencjalnie dostęp do stron wyników wyszukiwania oraz generowanego przez Google ruchu, a także możliwość korzystania z usług reklamy internetowej (np. Google Ads). Jednak żaden z przedsiębiorców nie może domagać się konkretnego rodzaju dostępu do stron wyników wyszukiwania danej platformy, ani tym bardziej z góry ustalonego miejsca w tych wynikach. W przypadku platform handlu elektronicznego, podstawową formą dostępu jest wyświetlanie ofert sprzedawców w listingu produktów. Dla skutecznej konkurencji, niezależnym sprzedawcom zależy na możliwości uczestnictwa w procesie wyszukiwania i rankingu produktów oraz na eksponowaniu i pozycjonowaniu ich ofert na stronie internetowej platformy handlowej, np. na zdobyciu „Buy box" na Amazonie [1489] . W kontekście sieci społecznościowych, takich jak Facebook, przedmiotem dostępu mogłoby być wyświetlanie reklam na platformie. Natomiast w odniesieniu do systemów operacyjnych, jak Windows czy systemów dla urządzeń mobilnych, np. Android lub iOS, przedmiotem dostępu mogłoby być udostępnienie konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów lub produktów z platformą przedsiębiorcy dominującego. W środowisku cyfrowym należy uważać, aby nie utożsamiać „popularności" z „niezbędnością". Twierdzenia, że usługi popularnych (i odnoszących sukcesy) operatorów platform internetowych są „niezbędne" dla działalności gospodarczej innych przedsiębiorców nie spełniają standardów doktryny urządzeń kluczowych[1490].

[1488] L. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 1081.

[1489] Buy Box to element charakterystyczny dla platformy Amazon. Oferta, która pojawia się w Buy Boxie, to ta, która według Amazon jest najlepszą spośród wszystkich dostępnych dla danego produktu, stąd wyróżnienie jej i umiejscowienie w oknie "kup teraz". Oferty pozostałych sprzedawców pojawiają się poniżej. Wygranie Buy Boxa jest zatem kluczowe i wpływa w znacznej mierze na maksymalizację zysków na tej platformie. https://nethansa.com/pl/blog/buy-box-czym-jest-i-jak-go-wygrac/ (data dostępu: 18.12.2023 r.).

[1490] W doktrynie powszechnie podkreśla się jednak, że pomimo wskazanej cechy „wąskiego gardła" oraz sprawowanej roli niektórych platform internetowych jako „strażników dostępu" (GAFA – Google, Apple, Facebook, Amazon), jest mało prawdopodobne, aby dostęp do tych platform został uznany za „niezbędny" do konkurowania przez konkurentów działających na rynku niższego szczebla. P. Alexiadis, A. de Streel, *Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms*, "EUI Working Papers" 2020, nr 14, s. 4-5.

W orzeczeniu dotyczącym *Google Shopping* Sąd zwrócił uwagę na to, że strona wyników wyszukiwania Google odgrywa rolę podobną do kluczowego urządzenia. Powodem tego jest brak dostępnych, zarówno rzeczywistych, jak i potencjalnych, alternatyw, które mogłyby ją zastąpić na rynku w sposób ekonomicznie opłacalny[1491]. Podobnie w decyzji KE wskazano, że ruch w wyszukiwarce Google jest ważny i nie można go skutecznie zastąpić w przypadku usług porównywania cen. Jednakże aby ruch generowany z wyników wyszukiwania Google został uznany za niezbędny dla użytkowników biznesowych (np. operatorów porównywark cenowych konkurencyjnych względem usług Google), musiałby być obiektywnie „niemożliwy" dla rywali do generowania ruchu z innych źródeł. To, że alternatywy dostęp może być „mniej korzystny" jest niewystarczające. Usługi wyszukiwania Google nie są jedynym realnym środkiem przyciągania ruchu użytkowników. Podczas gdy ogólne wyszukiwarki mogą być najbardziej odpowiednim źródłem ruchu dla usług porównywania cen, nie są one jedynym źródłem. Użytkownicy mogą również wywoływać usługi porównywania zakupów bezpośrednio lub docierać do nich za pośrednictwem sieci społecznościowych, banerów reklamowych lub innych wyspecjalizowanych platform. W związku z tym wyszukiwarki Google nie można uznać za „niezbędną".

Włoski organ antymonopolowy (AGCM) w sprawie *Google vs. Enel X*[1492] uznał, że aplikacja – Android Auto, która daje dostęp do niektórych funkcji Androida na desce rozdzielczej samochodu[1493], stanowi „urządzenie kluczowe". W ocenie AGCM, udostępnienie przez Google narzędzi programistycznych do aplikacji zgodnych z Android Auto jest: „*niezbędnym warunkiem, aby deweloperzy zewnętrzni mogli oferować użytkownikom końcowym aplikacje, z których można łatwo i bezpiecznie korzystać, gdy ci sami użytkownicy prowadzą pojazd*"[1494]. AGCM wziął pod uwagę, że twórca aplikacji przeznaczonej do użytku podczas jazdy samochodem nie może ignorować interoperacyjności z Android Auto, aby dotrzeć do jak

[1491] Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763, pkt 244.

[1492] Sprawa rozpatrywana przez AGCM dotyczyła blokowania przez Google dostępu do oprogramowania JuicePass związanego z ładowaniem pojazdów elektrycznych, pozwalającego znaleźć najbliższe w okolicy punkty ładowania. Google za pośrednictwem aplikacji Android Auto umożliwiał jedynie korzystanie z własnej aplikacji – Mapy Google. Google nie pozwoliło Enel X Italia (producentowi JuicePass) na opracowanie wersji swojego programu kompatybilnego z Android Auto. Aplikacja ta była jedynie dostępna w telefonach komórkowych w systemie Android. Decyzja AGCM z 27.04.2021 r. w sprawie A529, *Google vs. Enel X*, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.).

[1493] Aplikacja mobilna opracowana przez Google umożliwia zarządzanie i przesyłanie obrazu z urządzeń z systemem Android (np. smartfona) na wyświetlacz komputera pokładowego w samochodzie. Po podłączeniu urządzenia do systemu samochodu, użytkownik uzyskuje dostęp do wybranych aplikacji na ekranie pojazdu. Do tych funkcji należą nawigacja satelitarna, odtwarzanie multimediów, wysyłanie wiadomości SMS, wykonywanie połączeń telefonicznych, przeglądanie informacji w Internecie oraz interakcja z asystentem osobistym.

[1494] Decyzja AGCM z 27.04.2021 r. w sprawie A529, *Google vs. Enel X*, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), pkt 376.

najszerszego grona użytkowników [1495] . W ocenie włoskiego organu doświadczenie użytkowników prowadzących samochód z wykorzystaniem aplikacji w systemie Android Auto nie da się zastąpić korzystaniem z tych aplikacji za pośrednictwem telefonu komórkowego[1496]. Interpretacja pojęcia „niezbędności", zdefiniowana przez włoski organ antymonopolowy, wydaje się nie być w pełni zgodna z rozumieniem tego terminu określonym w orzecznictwie TS. Zgodnie z tym orzecznictwem, warunek „niezbędności" nie jest uznawany za spełniony, jeśli istnieją alternatywne rozwiązania dla danej infrastruktury, niezależnie od tego, czy są one „mniej korzystne", czyli mniej wygodne lub mniej bezpieczne[1497]. Brak dostępu do aplikacji Android Auto nie uniemożliwił działania aplikacji JuicePass (która może być używana na smartfonie przymocowanym do pojazdu, na przykład za pomocą przyssawki), ani rzeczywistej konkurencji w sektorze aplikacji do ładowania pojazdów elektrycznych, o czym świadczy znaczny wzrost aplikacji JuicePass i obecność innych podobnych aplikacji we Włoszech[1498].

W opinii Bartosza Targańskiego, platformy działające w ramach poszczególnych rynków asortymentowych (platformy wertykalne) stopniowo uzyskują status urządzeń kluczowych dla uczestników wymiany handlowej, co dotyczy zwłaszcza platform działających w ramach wąskiej branży, np. usług platform handlu elektronicznego dla przemysłu farmaceutycznego[1499]. W kontekście relacji między użytkownikiem biznesowym a operatorem platformy (B2P), kluczowym zagadnieniem jest określenie, czy użytkownik biznesowy nadal będzie mógł efektywnie uczestniczyć w obrocie gospodarczym. Ryzyko wykluczenia i uznanie danej platformy za „niezbędną" jest wyższe w wąskich branżach. Natomiast ryzyko to jest niższe w przypadku powszechnie sprzedawanych dóbr konsumpcyjnych, gdzie dostępne są

[1495] Prawie wszystkie inteligentne urządzenia mobilne z systemem operacyjnym innym niż iOS korzystają z Androida, a we Włoszech z Androida jest używany na około trzech czwartych smartfonów i połowie tabletów. Decyzja AGCM z 27.04.2021 r. w sprawie A529, *Google vs. Enel X*, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), pkt 376.

[1496] W związku z tym, dostęp do JuicePass przez smartfon nie jest porównywalny z dostępem przez Android Auto. Dzieje się tak, zdaniem AGCM, ze względów bezpieczeństwa oraz wygody użytkowników. Używanie JuicePass na smartfonie podobno nie jest tak bezpieczne jak korzystanie z deski rozdzielczej samochodu, a zatrzymywanie samochodu w celu skorzystania z aplikacji nie byłoby wygodne. Decyzja AGCM z 27.04.2021 r. w sprawie A529, *Google vs. Enel X*, https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf (data dostępu: 14.01.2023 r.), pkt 380-381.

[1497] W tym zakresie zob. pytanie prejudycjalne sądu włoskiego z 13.04.2023 r. w sprawie C-233/23, *Google/Enel.* Pytanie prejudycjalne postawione przez włoski sąd w sprawie *Google/Enel* dotyczy interpretacji wymogu niezbędności produktu w kontekście art. 102 TFUE. Sąd zadał pytanie prejudycjalne do TS, czy produkt, którego dostawy odmawia się, musi być niezbędny do prowadzenia konkretnej działalności na rynku sąsiednim, czy też wystarczające jest, aby dostęp do tego produktu był niezbędny dla bardziej komfortowego korzystania z produktu lub usługi oferowanej przez przedsiębiorstwo wnioskujące o dostęp. W szczególności, czy podstawowa funkcja produktu będącego przedmiotem odmowy dostawy polega na ułatwieniu i bardziej wygodnym korzystaniu z już istniejących produktów lub usług.

[1498] Pytanie prejudycjalne sądu włoskiego z 13.04.2023 r. w sprawie C-233/23, *Google/Enel*, pkt 18.

[1499] B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010, s. 142-143.

liczne tradycyjne metody sprzedaży, takie jak sklepy stacjonarne czy własne sklepy internetowe użytkowników biznesowych.

W procesie oceny, czy dana platforma lub infrastruktura stanowi urządzenie kluczowe, przydatne jest rozróżnienie na platformy zapewniające dopasowania, takie jak platformy transakcyjne (np. platformy *e-commerce*), oraz platformy innowacyjne, które umożliwiają tworzenie nowych programów komputerowych (np. sklepy z aplikacjami)[1500]. Platformy transakcyjne są oceniane głównie pod kątem skali, czyli możliwości dotarcia do szerokiej bazy konsumentów, podczas gdy platformy innowacyjne mają kluczowe znaczenie dla rozwoju technologicznego i są fundamentalne dla ekosystemu cyfrowego. Platformy transakcyjne umożliwiają sprzedaż produktów i usług poprzez zapewnienie punktu spotkania dla sprzedawców i konsumentów. Znaczenie takich platform wiąże się z dostępnością i zasięgiem; usunięcie oferty z takiej platformy nie eliminuje jednak możliwości sprzedaży produktów za pośrednictwem alternatywnych kanałów dystrybucji. Natomiast platformy innowacyjne, takie jak systemy operacyjne i sklepy z aplikacjami, odgrywają bezpośrednią rolę w tworzeniu i rozpowszechnianiu innowacji technologicznych. Są one nie tylko kanałem dystrybucji, ale również środowiskiem, w którym tworzone są nowe produkty cyfrowe[1501]. Usunięcie lub ograniczenie dostępu do takiej platformy może zahamować lub nawet uniemożliwić dalsze innowacje, ponieważ deweloperzy i przedsiębiorcy tracą platformę do dystrybucji i rozwoju swoich produktów. W związku z powyższym, platformy innowacyjne są bardziej skłonne do bycia uznawanymi za urządzenia kluczowe, ponieważ ich rola w umożliwianiu i wspieraniu innowacji jest bezpośrednia i niezastąpiona. Z drugiej strony, platformy transakcyjne, takie jak wyszukiwarki internetowe czy platformy handlu elektronicznego, które służą przede wszystkim jako pośrednicy w dopasowywaniu oferty do popytu, zwykle nie są uznawane za urządzenia kluczowe w tym samym stopniu, ponieważ ich funkcje można łatwiej zastąpić lub obejść przez inne środki dystrybucji[1502].

Nie jest jednoznacznie ustalone, czy obszerne zbiory danych stanowią urządzenie kluczowe, a odmowa dostępu do nich mogłaby być uznana za przejaw antykonkurencyjnej odmowy dostaw. Kluczowym aspektem analizy jest ustalenie momentu, w którym konkretny zbiór danych jest uznawany za niezbędny. W niektórych przypadkach, specyficzne dane mogą zostać nabyte od

[1500] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 161-162.
[1501] *Ibidem*, s. 162-163.
[1502] *Ibidem*, s. 163-167.

zewnętrznych dostawców, co dodatkowo komplikuje ocenę ich wyjątkowego charakteru. Wartość rozległych zbiorów danych może wynikać nie tyle z samych surowych informacji, co z metod ich przetwarzania, organizacji i analizy. Surowe dane bez odpowiedniego przetworzenia mogą nie posiadać istotnej wartości. Istotne jest zatem rozróżnienie między danymi, które zapewniają przewagę konkurencyjną, a tymi, które są niezbędne do prowadzenia działalności konkurencyjnej lub stworzenia innowacyjnych rozwiązań. Należy również wziąć pod uwagę specyficzne cechy danych, które różnią je od innych typów aktywów. Dane, w przeciwieństwie do innych zasobów, mogą być zarówno nierywalizujące w użytkowaniu, jak i ekskluzywne w dostępie. Te ich unikalne właściwości wymagają szczególnej uwagi w kontekście regulacji antymonopolowych i oceny, czy i kiedy dane stają się niezbędnym elementem umożliwiającym konkurencję na rynku[1503].

W sprawie *Google/DoubleClick* Komisja wskazała, że połączenie danych Google dotyczących wyszukiwań z danymi dotyczącymi przeglądania stron internetowych przez użytkowników zachowanie DoubleClick nie zapewniłoby podmiotowi powstałemu w wyniku połączenia przewagi konkurencyjnej, której nie mogliby dorównać konkurenci. Komisja zauważyła, że podobne dane były już dostępne dla konkurentów Google, takich jak Microsoft i Yahoo!, oraz że mogły one być również kupione od podmiotów trzecich[1504]. Podobne argumenty KE przywołała w odniesieniu do koncentracji Facebook i WhatsApp. Zdaniem Komisji – pomimo koncentracji – nadal będzie istnieć duża ilość danych użytkowników Internetu, które są cenne dla celów reklamowych i które nie znajdują się pod wyłączną kontrolą Facebooka[1505]. Oprócz Facebooka na rynku funkcjonowali inni dostawcy usług reklamowych online, tacy jak Google, Apple, Amazon, eBay lub Microsoft, którzy gromadzili i wykorzystywali dane użytkowników. Powyższe przykłady dotyczące kontroli koncentracji wydają się sugerować, że jest mało prawdopodobne, aby dane przedsiębiorstwa dominującego zostały uznane za niezbędne do świadczenia ukierunkowanych usług reklamowych[1506].

[1503] Kwestia uznannia wielkich zbiorów danych za urządzenie kluczowe zostało przeanalziowne w literaturze, stąd wątek ten nie będzie dalej rozwijany w nieniejszej parcy doktorskiej. Zob. szerzej: I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 239-245; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 249-279; OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 27-29.
[1504] Decyzja KE z 11.03.2008 r. w sprawie COMP/M.4731, *Google/ DoubleClick*, pkt 364-366.
[1505] Decyzja KE z 3.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, pkt 187-189.
[1506] Decyzja KE z 3.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, pkt 187-189.

1.4.2. Kryterium wykluczenia konkurencji

Jeśli dostęp do urządzenia (wkładu) zostanie uznany za niezbędny, należy również stwierdzić, że odmowa dostarczenia tego urządzenia (wkładu) eliminuje wszelką skuteczną konkurencję na rynku niższego szczebla. Aż do sprawy *Microsoft*[1507] wszelka konkurencja musiałaby zostać wyeliminowana, aby ten wymóg został spełniony[1508]. Dodatkowo, w odniesieniu do odmowy udzielenie licencji na prawa własności intelektualnej w orzecznictwie unijnym wypracowano dodatkowy wymóg w postaci uniemożliwienia powstania „nowego produktu", na który jest potencjalny popyt wśród konsumentów[1509].

W sprawie *Microsoft*, Sąd doprecyzował, że na potrzeby wykazania naruszenia art. 102 TFUE wystarczające jest wykazanie, że odmowa licencjonowania może spowodować skutek w postaci wyeliminowania efektywnej konkurencji na rynku, a nie jakiejkolwiek konkurencji[1510]. Kryterium uniemożliwienia powstania nowego produktu można interpretować szerzej jako kryterium ograniczenia postępu technicznego na szkodę konsumentów. Jednocześnie, uniemożliwienie powstania nowego produktu nie jest jedynym wyznacznikiem tego, czy odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może przynieść szkodę konsumentom w rozumieniu art. 102 lit. b) TWE. Taka szkoda może powstać nie tylko w przypadku ograniczania produkcji lub rynków zbytu, ale także postępu technicznego[1511]. W związku z tym, kryterium uniemożliwienia powstania nowego produktu można interpretować szerzej jako kryterium ograniczenia postępu technicznego na szkodę konsumentów[1512].

Powyższe można zobrazować włoską decyzją w sprawie *Google/Enel*. Zdaniem AGCM, działanie Google polegające na odmowie publikacji aplikacji JuicePass (wcześniej Enel X Recharge) na platformie Android Auto miało na celu wykluczenie skutecznej konkurencji.

[1507] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289.

[1508] Wyroki TS z: 6.04.1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P oraz C-242/91 P, *Magill*, EU:C:1995:98, pkt 56; z 29.042004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257, pkt 52.

[1509] Jednocześnie uprawniony z praw własności intelektualnej (przedsiębiorca dominujący) sam nie oferuje na rynku. Potencjalne zapotrzebowanie wśród konsumentów na nowy produkt powinno być stałe, regularne i odnoszące się konkretnie do tego produktu. Analiza orzecznictwa TS dotycząca odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej została przeprowadzona w literaturze. Zob.: M. Surdek, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 59-65; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 220-229.

[1510] Marginalna obecność konkurentów przedsiębiorcy dominującego w pewnych niszach rynkowych nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że rynek jest konkurencyjny. Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 560-564.

[1511] Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289, pkt 643-647.

[1512] Zob. szerzej: M. Surdek, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 77-81.

Google, poprzez brak definiowania i implementacji rozwiązań umożliwiających publikację tej aplikacji lub jej bezpieczne użytkowanie za pomocą wyłącznie komend głosowych, utrzymywało aplikację JuicePass poza platformą Android Auto. Tymczasem aplikacja Google Maps była dostępna na Android Auto i rozwijana bez ograniczeń typowych dla szablonu[1513]. Działania Google, które uniemożliwiły powstanie nowego produktu, polegały na odmowie publikacji aplikacji Enel X Italia na platformie Android Auto. Google nie wdrożyło rozwiązań informatycznych, które umożliwiłyby rozwój wersji aplikacji możliwej do publikacji na Android Auto lub jej użytkowanie wyłącznie za pomocą poleceń głosowych. Google odmówiło również zapewnienia interoperacyjności aplikacji Enel X Italia z platformą Android Auto. Takie działanie Google było ukierunkowane na wykluczenie aplikacji Enel X Italia, co przyniosło korzyści aplikacji Google Maps, będącej w konkurencyjnym stosunku z aplikacjami związanymi z ładowaniem elektrycznym, w tym z aplikacją Enel X Italia[1514].

W związku z powyższym, w ocenie AGCM, działania podjęte przez Google spowodowały szereg negatywnych konsekwencji dla konkurencji. Przede wszystkim, użytkownicy zostali pozbawieni możliwości korzystania z bardziej rozbudowanych usług, co narusza zasadę wolnego wyboru i ogranicza innowacyjność. Po drugie, rozproszenie inwestycji dokonanych przez Enel X Italia w rozwój aplikacji JuicePass osłabiło jej pozycję na rynku i zredukowało potencjał tej innowacji. Kolejnym skutkiem było utrudnienie wprowadzenia na rynek nowych produktów, które już generują popyt. Brak dostępu do odpowiednich danych wejściowych uniemożliwił Enel X Italia opracowanie konkurencyjnej oferty handlowej oraz infrastruktury sieciowej. Z perspektywy AGCM, ostatnia z wymienionych konsekwencji – blokowanie dostępu do danych – została oceniona jako szczególnie poważna. Rynek samochodów elektrycznych jest nowym i dynamicznie rozwijającym się rynkiem, a dostęp do odpowiednich danych jest kluczowy dla rozwoju infrastruktury ładowania. Infrastruktura ta jest niezbędna dla popularyzacji pojazdów elektrycznych i przyczynia się do przemian w kierunku zrównoważonej mobilności. Ograniczenie dostępu do danych i infrastruktury jest więc działaniem, które może bezpośrednio wpłynąć na rozwój całego sektora i opóźnić przejście na bardziej zrównoważone formy transportu. Postępowanie to mogło trwale zmienić strukturę rynku usług związanych z ładowaniem elektrycznym oferowanym przez aplikację, co mogłoby prowadzić do straty inwestycji technologicznych Enel X Italia i utraty alternatywnego modelu

[1513] Biorąc pod uwagę czas i koszty niezbędne do zapewnienia kompatybilności każdej aplikacji z aplikacją Android Auto, spółka Google opracowuje rozwiązania dla całych kategorii aplikacji w postaci szablonów, które umożliwiają zewnętrznym programistom tworzenie własnych wersji aplikacji kompatybilnych z aplikacją Android Auto.
[1514] Decyzja AGCM w sprawie *Google przeciwko Enel*, s. 131-136.

biznesowego w porównaniu do Google Maps, stanowiąc przeszkodę dla innowacji w sektorze usług związanych z mobilnością elektryczną[1515].

1.5. Odmowa dostawy jako konkurencja merytoryczna oraz obiektywne uzasadnienie

W kontekście odmowy dostaw przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą, kluczowe znaczenie ma ocena wykonalności tej transakcji. Aby przedsiębiorstwo mogło być zobowiązane do udzielania dostępu do danego elementu, musi to być możliwe zarówno technicznie, jak i operacyjnie. Zatem, jeśli zasób jest niemożliwy do udostępnienia lub dzielenia, odmowa dostępu nie może być uznana za nieuprawnioną[1516]. Przykładowo, AGCM w odniesieniu do argumentów Google uznał, że dowody zgromadzone w aktach ujawniają, że odmowa Google opublikowania aplikacji Enel X Recharge (obecnie JuicePass) na Android Auto nie wynikała z kwestii technicznych, ale z decyzji biznesowej dotyczącej publikacji aplikacji na Android Auto. Zdaniem włoskiego organu, Google powinno było opracować i udostępnić rozwiązanie, które pozwoliłoby Enel X Italia na rozwój aplikacji JuicePass z funkcjami wyszukiwania i nawigacji podobnymi do tych w Google Maps, ale także z dodatkowymi funkcjami, takimi jak rezerwacja i rozpoczęcie sesji ładowania, uznawanymi przez Enel X Italia za kluczowe[1517].

W kontekście zapewnienia dostępu do urządzenia kluczowego pod kątem technicznym, znaczące jest rozważenie, czy i w jakim zakresie przedsiębiorca dominujący, który kontroluje platformę internetową (uznaną za urządzenie kluczowe), powinien być zobligowany do adaptacji istniejących produktów lub do opracowywania nowych rozwiązań, aby umożliwić dostęp do tych produktów innym podmiotom rynkowym. Odpowiedzialność ta wiąże się z rozstrzygnięciem, czy przedsiębiorca dominujący powinien reagować na ogólne zapotrzebowanie rynku, czy też na konkretne potrzeby poszczególnych przedsiębiorstw ubiegających się o dostęp do zasobów uznanych za niezbędne do prowadzenia ich działalności. W kontekście prawnych zobowiązań wynikających z pozycji dominującej, można rozważyć, czy przedsiębiorca dominujący powinien uwzględniać te potrzeby w procesie projektowania i oferowania swoich produktów. Dodatkowo, zważywszy na specjalną odpowiedzialność, jaką przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą ponosi na gruncie art. 102 TUE (art. 9 u.o.k.k.), pojawia się pytanie, czy powinien on ustalić obiektywne kryteria oceny wniosków o dostęp, które byłyby z góry określone i transparentne dla wszystkich potencjalnych interesariuszy.

[1515] Decyzja AGCM w sprawie *Google przeciwko Enel*, s. 131-135.
[1516] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 29.
[1517] Decyzja AGCM w sprawie *Google przeciwko Enel*, s. 135-136.

Takie kryteria mogłyby obejmować, np., znaczenie danego zasobu dla konkurencji na rynku, jego wpływ na innowacyjność, czy też potencjalne efekty skali i zakresu, które mogą się pojawić w wyniku udzielenia dostępu. Ponadto, w kontekście oceny wykonalności danej transakcji (na przykład, gdy organ antymonopolowy stwierdza, że opóźnienia w zapewnieniu dostępu przez przedsiębiorcę dominującego stanowią odmowę kontraktowania), należy określić rozsądny czas, w jakim przedsiębiorca dominujący jest zobowiązany doprowadzić swoje oprogramowanie (lub urządzenie kluczowe) do stanu umożliwiającego dostęp (na przykład aplikacji innego przedsiębiorcy ubiegającego się o dostęp).

Aspekty bezpieczeństwa są również istotne, szczególnie gdy udostępnienie dostępu do infrastruktury mogłoby realnie zagrozić bezpieczeństwu użytkowników z powodu niedostatecznych testów bezpieczeństwa aplikacji. W takich przypadkach, ochrona bezpieczeństwa może być uznana za obiektywne uzasadnienie odmowy. Przykładowo, w sprawie *Google/Enel*, Google argumentował, ze opublikowanie aplikacji JuicePass w aplikacji Android Auto nie jest możliwe ze względów związanych z bezpieczeństwem i koniecznością racjonalnego podziału zasobów niezbędnych do wymaganego rozwoju. AGCM odrzucił argumenty Google w tym zakresie wskazując m.in., że Enel X Italia wyraziło gotowość do testowania swojej aplikacji zgodnie ze standardami bezpieczeństwa opracowanymi przez Google, ale przedsiębiorca ten nie odpowiedział na to żądanie[1518].

Obiektywne uzasadnienia odmowy dostępu do zasobu mogą wynikać z konieczności dokonania inwestycji lub ryzyka ujawnienia tajemnic handlowych. Te czynniki stanowią ważne aspekty, które przedsiębiorca dominujący może rozważyć, decydując o odmowie dostępu. Ponadto, w sytuacjach, gdy przedsiębiorca dominujący rozwija nowy produkt pośredni i inwestuje w swoje operacje wstępne, aby ułatwić interoperacyjność i integrację między różnymi poziomami rynku, kontynuacja dostarczania wkładu innym klientom pośrednim może generować znaczne koszty lub prowadzić do istotnych nieefektywności. W takich okolicznościach odmowa dostępu może być uzasadniona z perspektywy biznesowej, ponieważ utrzymanie umowy dostaw może przynieść więcej szkód niż korzyści zarówno dla przedsiębiorstwa, jak i dla rynku[1519].

Wymogi finansowe mogą być również rozważane jako obiektywne uzasadnienie, szczególnie gdy udzielenie dostępu wymagałoby znacznych inwestycji, które nie byłyby proporcjonalne do oczekiwanych korzyści ekonomicznych. W sytuacjach, gdy inwestycje te przewyższają

[1518] *Ibidem*.
[1519] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 29.

możliwości finansowe operatora platformy lub gdy brak jest wystarczającej liczby użytkowników, aby uzasadnić te koszty, kwestie finansowe mogą stanowić uzasadnienie odmowy dostępu do infrastruktury. Przykładowo, Google twierdziło, że niska liczba użytkowników Android Auto i JuicePass nie uzasadniała dalszych inwestycji w rozszerzenie gamy aplikacji na Android Auto, a także, że brak publikacji aplikacji Enel X Italia na Android Auto nie ograniczałby jej rozpowszechnienia wśród użytkowników końcowych. W ocenie AGCM, Google jako jedna z głównych przedsiębiorstw Big Tech, światowego lidera w sektorze sprzętu i usług cyfrowych, dysponuje znaczącą siłą finansową, która pozwoliłaby na szybkie pozyskanie ewentualnych brakujących zasobów technicznych. Google mogłoby również poprosić Enel X Italia o proporcjonalny wkład w zwiększenie zasobów poświęconych na Android Auto, zarówno finansowych, jak i technicznych[1520].

Innym uzasadnieniem jest bezpieczeństwo i prywatność użytkowników platformy. Zapewnienie bezpieczeństwa konsumentów jest niezwykle ważne dla każdej platformy. Dlatego na przykład Amazon zabrania dużej liczbie niebezpiecznych produktów (i ich dostawców) na swoim Marketplace. Bezpieczeństwo jest szczególnie istotne dla platform innowacyjnych, dlatego sklepy z aplikacjami mają rozbudowane procesy weryfikacyjne, które eliminują aplikacje zawierające złośliwe oprogramowanie (w tym adware), które wpływają na integralność urządzeń mobilnych. Większość tych odmów (a także późniejszych usunięć) ze względów bezpieczeństwa jest niekwestionowana – rzeczywiście, surowe standardy w tej kwestii zasługują na uznanie. Są jednak trudniejsze przypadki. Na przykład, Apple odmawia aplikacjom dostępu do swojego chipa komunikacji bliskiego zasięgu (NFC), który umożliwia płatności mobilne bezkontaktowe, podczas gdy własna usługa Apple Pay z niego korzysta. Google, z drugiej strony, udostępnia swój czip NFC deweloperom, ale związano to z obawami o bezpieczeństwo. Apple może polegać na takich obawach, aby uzasadnić zachowanie swojego chipa NFC wyłącznie dla siebie, jednak akceptacja tego uzasadnienia wymaga zweryfikowania tych obaw, zrównoważenia ich z antykonkurencyjnymi skutkami i rozważenia mniej restrykcyjnych alternatyw[1521].

Dodatkowym argumentem, który może być wykorzystany jako obiektywne uzasadnienie odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury kontrolowanej przez operatora platformy internetowej, są wymogi jakościowe i zapewnienie odpowiedniego doświadczenia

[1520] Decyzja AGCM w sprawie *Google przeciwko Enel*, s. 137-138.
[1521] F. Bostoen, *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023, s. 214-215.

użytkowników. Operatorzy platform mogą odmawiać dostępu do pewnych technologii lub aplikacji, jeśli uznają, że mogą one negatywnie wpływać na ogólne doświadczenie użytkownika z platformy. Przykładem tego jest decyzja Apple o niezintegrowaniu technologii Flash z iPhone'em, iPod Touch i iPadem. Apple argumentowało swoją decyzję wskazując na szybkie zużycie energii, awarie komputerów, słabą wydajność na urządzeniach mobilnych oraz kwestie bezpieczeństwa związane z Flashem[1522]. Takie decyzje są często podjęte w celu zapewnienia wyższej jakości usług, stabilności działania urządzeń oraz bezpieczeństwa i wygody użytkowników. Operatorzy platform internetowych mają prawo i obowiązek dbać o jakość i spójność oferowanych usług, co może wymagać selektywnego podejścia do technologii i aplikacji dostępnych na ich platformach.

1.6. Konkretyzacja *ex ante* w prawie konkurencji

W obliczu stwierdzenia przypadku wykluczenia spowodowanego antykonkurencyjną praktyką odmowy kontraktowania przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą, organy ochrony konkurencji stają przed znaczącym wyzwaniem związanym z opracowaniem środków zaradczych o charakterze *ex ante*. Takie środki mogą przybierać różne formy, od tych wymagających głębokiej ingerencji, takich jak separacja strukturalna, czyli wymóg sprzedaży operacji wstępnych lub pośrednich, do bardziej umiarkowanych, takich jak operacyjne oddzielenie tych operacji oraz stosowanie warunków dostępu do wkładu wejściowego. W sytuacji, gdy odmowa kontraktowania jest warunkowa, środek zaradczy może polegać jedynie na usunięciu tych warunków. Natomiast w kontekście odmowy bezwarunkowej apeluje się o ostrożność, a nawet unikanie interwencji antymonopolowej. Niewłaściwie skonstruowane środki zaradcze mogą przynieść korzyści konkurentom bez dostarczania wartości konsumentom lub nawet narzucić warunki, które pogorszą dobrobyt konsumentów i dynamikę konkurencji na rynku w perspektywie długoterminowej. Ostrożność jest zalecana w przypadkach bezwarunkowej odmowy kontraktowania ze względu na charakter środków zaradczych[1523].

Nałożenie obowiązku współpracy na dominującego przedsiębiorcę wymaga wyważenia różnych sprzecznych interesów rynkowych. Zasadnicze znaczenie ma ustalenie warunków tego obowiązku tak, aby nie były one na tyle ograniczające, że uniemożliwiałyby zawieranie

[1522] G. G. Parker, M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016, s. 214.
[1523] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 30; I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 246.

korzystnych umów handlowych. Obowiązek współpracy nie powinien prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której jego warunki faktycznie zniechęcają do transakcji. Takie działanie byłoby sprzeczne z celem promowania efektywnej konkurencji, zgodnie z artykułem 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.). Równie ważne jest, aby warunki te nie przyczyniały się do nieuzasadnionej utraty wartości własności przedsiębiorcy, ani nie stwarzały barier wejścia na rynek, które faworyzowałyby nieefektywne działania rynkowe. Niejasności dotyczące obowiązku współpracy mogą mieć negatywny wpływ na skłonność przedsiębiorców do handlu, co z kolei może zahamować inwestycje i innowacje. Wobec tego, niezbędne jest przyjęcie jasnych i sprawiedliwych wytycznych dotyczących obowiązku współpracy, które będą sprzyjać uczciwej konkurencji i stymulować aktywność gospodarczą, nie narażając przy tym dominujących przedsiębiorców na nieproporcjonalne obciążenia[1524]. Ustanowienie warunków, na których przedsiębiorca zaczyna dostarczać urządzenie kluczowe swoim konkurentom, będzie wymagało od organów antymonopolowych rozwiązania wielu złożonych kwestii: (i) po jakiej cenie dostęp powinien być udzielony; (ii) na jakich warunkach; (iii) w jakich ilościach; (iv) na jak długo; (v) jak rozstrzygać potencjalne spory[1525].

Kompetencje organów antymonopolowych nie obejmują roli regulatora rynkowego z uprawnieniami do ustalania cen za dostęp do infrastruktury (urządzeń kluczowych). Takie działanie wymagałoby szczegółowej analizy rynkowej i zrównoważenia wielu złożonych interesów, co wykracza poza tradycyjne ramy działania organów antymonopolowych. Należy podkreślić, że ustalanie cen w kontekście dostępu do urządzeń kluczowych nie jest jedynie kwestią administracyjną, ale decydującym czynnikiem sukcesu środka zaradczego. Nieodpowiednio ustalone ceny mogą być równie szkodliwe dla rynku jak brak interwencji – mogą hamować innowacyjność, ograniczać konkurencję lub nadmiernie obciążać przedsiębiorców dominujących. Przykładem wyzwania, z którym muszą się zmierzyć organy regulacyjne, była sprawa KE przeciwko Microsoftowi[1526]. W tej sprawie Komisja początkowo nie określiła konkretnych stawek opłat za licencje, odwołując się jedynie do ogólnego terminu „rozsądnej rekompensaty". Taka nieokreśloność prowadziła do przedłużającego się procesu i trudności w ustaleniu właściwych warunków, co pokazuje, jak skomplikowane może być znalezienie właściwej równowagi. Aby uniknąć obciążeń związanych z tymi typami środków zaradczych, KE w decyzji w sprawie przeciwko Microsoftowi wymagała mianowania

[1524] R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 932.
[1525] OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020, s. 30.
[1526] Decyzja KE z 24.03.2004 r. w sprawie COMP37.792, *Microsoft.*

niezależnych kuratorów do monitorowania zgodności. Alternatywnie, mechanizmy aukcyjne mogą być przydatne do zapewnienia równego dostępu do zasobu lub sieci dystrybucyjnej kontrolowanej przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą. Niemniej jednak, środki zaradcze związane z dostępem są zazwyczaj obciążające dla organu antymonopolowego, wymagają dużo zasobów do opracowania i monitorowania, oraz wiążą się z wysokim ryzykiem błędu[1527]. W sprawie *Dystrybucji biletów kolejowych online w Hiszpanii* (AT. 40735), KE przyjmując zobowiązanie Renfe, zasiedziałego operatora kolejowego, przyjęła warunki dotyczące dostępu do danych Renfe dla zewnętrznym platformom sprzedaży biletów. Wskazano w nich m.in., że Renfe będzie mogło tymczasowo zawiesić dostęp konkurencyjnej platformy do swojego systemu sprzedaży tylko w przypadku przekroczenia obowiązującego maksymalnego współczynnika L2B[1528], co albo negatywnie wpłynie na system sprzedaży Renfe, albo bezpośrednio grozi utrudnieniem sprzedaży biletów Renfe[1529].

Kolejnym przykładem potencjalnych problemów z przyjęciem środka zaradczego w postaci obowiązku kontraktowania (zapewnienia interoperacyjności) jest środek przyjęty przez włoski organ antymonopolowy – AGCM w sprawie *Google/Enel*. W odpowiedzi na stwierdzone działania antykonkurencyjne Google, AGCM nałożył na Google behawioralny środek zaradczy majacy na celu przywrócenie równych warunków działania aplikacji oferujących usługi ładowania pojazdów elektrycznych. W ramach tego środka Google musi bez zbędnej zwłoki stworzyć nowy szablon dla systemu Android Auto, który umożliwi publikację aplikacji takich jak JuicePass[1530]. Innymi słowy organ włoski nakazał Google udostępnienie swojemu rywalowi, Enel, jak również każdemu innemu twórcy aplikacji, narzędzia programistyczne

[1527] R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013, s. 933.
[1528] Tj. maksymalny średni miesięczny współczynnik Look-to-Book (L2B) to stosunek liczby zapytań o dostępność związanych ze sprzedażą biletów („wygląd") złożonych w systemie sprzedaży biletów Renfe do liczby rzeczywistej sprzedaży („książka") w danym okresie.
[1529] Komunikat prasowy KE z 17.01.2024 r., *Komisja przyjmuje zobowiązania Renfe dotyczące otwarcia konkurencji w zakresie internetowych biletów kolejowych w Hiszpanii*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_24_201 (data dostępu: 17.01.2024 r.).
[1530] Aplikacja ta była wcześniej wykluczona z ekosystemu Android Auto, co ograniczało możliwości wyboru dla użytkowników i przyczyniało się do zniechęcenia inwestycji w rozwój technologii związanych z pojazdami elektrycznymi. Należy zauważyć, że charakter nałożonych zobowiązań sugeruje przyjęcie przez AGCM bardziej regulacyjnego podejścia do sprawy. Uznając platformę Android Auto za niezbędny element rynku usług cyfrowych, AGCM dorozumianie potwierdziło potrzebę uregulowania działalności dominujących operatorów platform internetowych. Działanie to w pewnym sensie implikuje, że systemy opracowane przez konkurentów mogą nie być w stanie rozwijać się i konkurować bez odpowiedniego dostępu do tych kluczowych platform. Jednocześnie, poprzez umożliwienie wszystkim twórcom aplikacji prezentacji ich produktów na Android Auto, AGCM dąży do eliminacji różnic pomiędzy platformami. Chociaż taka polityka może wydawać się sprzyjać otwartości i równości, może także, jako niezamierzona konsekwencja, ograniczyć dynamiczną konkurencję między platformami cyfrowymi w dłuższej perspektywie. Obowiązek współpracy, który jest zasadniczym elementem prawa antymonopolowego, powinien być stosowany ostrożnie, aby nie prowadzić do niepożądanych skutków na rynku.

aplikacji, które są kompatybilne z Android Auto[1531]. AGCM będzie monitorować efektywne i prawidłowe wdrożenie nałożonych zobowiązań poprzez niezależnego eksperta, któremu Google musi udzielić wszelkiej niezbędnej współpracy i informacji[1532].

W kontekście uznawania, że wielkie zbiory danych, zawierające dane osobowe, byłyby przedmiotem udostępnienia, mogą pojawić się potencjalne problemy związane z prywatnością i ochroną danych. Na gruncie RODO w doktrynie wskazano, że istnieją dwie możliwe legalne metody udzielania konkurentom dostępu do danych osobowych. Pierwsza opcja to udostępnienie żądanych danych po ich zanonimizowaniu, co oznacza, że dane stają się danymi nieosobowymi. Takie udostępnienie jest możliwe, pod warunkiem, że zanonimizowanie nie pozbawia danych ich konkurencyjnej wartości. Drugą opcją jest udzielanie konkurentom dostępu do danych osobowych, co jednak jest możliwe tylko na podstawie zgody użytkowników lub innych uzasadnionych podstaw przetwarzania[1533]. Z kolei udostępnianie danych nieosobowych niepodlegających RODO może budzić obawy w kontekście art. 102 TFUE jako antykonkurencyjnej wymiany informacji. W takim przypadku odmowa udzielenia dostępu mogłaby jednak być uważana za obiektywnie uzasadnioną[1534].

1.7. Konkretyzacja *ex ante* w przepisach sektorowych

Zakazy ograniczania oraz obowiązki zapewnienia interoperacyjności[1535] pomiędzy produktami lub usługami wyznaczonej platformy a produktami i usługami oferowanymi przez podmioty trzecie występują we wszystkich nowych regulacjach dotyczących platform. Co więcej, nowe regulacje platform zawierają również zasady promujące łatwość przełączania oraz możliwość korzystania z wielu usług jednocześnie.

Różne produkty lub usługi są interoperacyjne, jeżeli mogą „współdziałać", co oznacza, że mogą one wykorzystywać niektóre wspólne funkcjonalności w sposób wymienny, dzięki odpowiedniej wymianie informacji. DMA wprowadza dwie formy interoperacyjności: (i)

[1531] Środek zaradczy Władzy opiera się na rozwiązaniu zaproponowanym przez Google w trakcie dochodzenia, a mianowicie na wersji beta nowego szablonu umożliwiającego tworzenie aplikacji do ładowania pojazdów elektrycznych, który to szablon Google uznało za najbardziej odpowiednie techniczne rozwiązanie na spełnienie żądania Enel.

[1532] OECD, *Annual Report on Competition Policy Developments in Italy*, Paryż 2021, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2022)19/en/pdf (data dostępu: 19.12.2023 r.), pkt 51-52.

[1533] I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021, s. 247-253; Raport Crémera, s. 77-87.

[1534] Zob. szerzej: Raport Crémera, s. 87-91.

[1535] Interoperacyjność to ogólnie zdolność systemu, produktu lub usługi do komunikowania się i funkcjonowania z innymi (technicznie odmiennymi) systemami, produktami lub usługami. Podczas gdy w telekomunikacji dominuje interoperacyjność między systemami, w świecie cyfrowym jest ona znacznie mniej rozwinięta. Cyfrowa interoperacyjność pozioma to zdolność do komunikowania się konkurencyjnych produktów, usług lub platform. Cyfrowa interoperacyjność pionowa odnosi się do zdolności produktu, usługi lub platformy do komunikowania się z komplementarnymi produktami i usługami.

poziomą, ograniczoną do usług komunikacyjnych, zdefiniowanych jako „usługi interpersonalnej komunikacji niezależnej od numeru", zgodnie z artykułem 7 DMA; oraz (ii) pionową, poprzez obowiązek zapewnienia dostępu do kluczowych funkcjonalności systemów operacyjnych lub możliwości sprzętowych konkretnego urządzenia (artykuł 6 ust. 7 DMA) oraz możliwość instalacji sklepów z aplikacjami stron trzecich i aplikacji z innych źródeł niż oficjalny sklep z aplikacjami (artykuł 6 ust. 4 DMA)[1536]. Przedstawiono to w poniższej tabeli Tabela 12.

Tabela 12 – interoperacyjność w DMA

Rodzaj Interoperacyjności	**Definicja**	**Cele**	**Przepisy DMA**
Pozioma	Ograniczona do usług komunikacyjnych, czyli usług interpersonalnej komunikacji niezależnej od numeru.	Dzielenie efektów sieciowych między konkurentami, wyrównywanie szans między mniejszymi a większymi graczami.	Artykuł 7
Pionowa	Obejmuje dostęp do kluczowych funkcjonalności systemów operacyjnych lub możliwości sprzętowych urządzenia, a także instalację sklepów z aplikacjami stron trzecich i aplikacji z innych źródeł.	Umożliwienie innowacyjnym dostawcom usług wejścia na rynek i konkurowania na równych warunkach z kontrolującym kluczowe zasoby strażnikiem dostępu.	Artykuł 6 ust. 7 i 6 ust. 4

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 12 wskazuje, że interoperacyjność pozioma umożliwia dzielenie efektów sieciowych między konkurentami, mając na celu wyrównanie szans między mniejszymi a większymi graczami. Interoperacyjność pionowa pozwala innowacyjnym dostawcom usług wejść na rynek i konkurować na równych warunkach z kontrolującym kluczowe zasoby strażnikiem dostępu, takim jak niezbędna funkcjonalność systemu operacyjnego lub sprzętu. Artykuł 6 ust. 4 DMA[1537] reguluje możliwość instalacji sklepów z aplikacjami stron trzecich i aplikacji, art. 6

[1536] M. Bourreau, *DMA Horizontal and Vertical Interoperability Obligations* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 145.

[1537] Zgodnie z tym przepisem: „*Strażnik dostępu umożliwia – także pod względem technicznym – instalację i skuteczne korzystanie z oferowanych przez osoby trzecie aplikacji lub sklepów z aplikacjami korzystających z jego systemu operacyjnego lub współpracujących z jego systemem operacyjnym oraz zapewnia możliwość uzyskania dostępu do tych aplikacji lub sklepów z aplikacjami w inny sposób niż za pośrednictwem odpowiednich podstawowych usług platformowych tego strażnika dostępu*".

ust. 7 DMA[1538] nakłada obowiązek interoperacyjności systemów operacyjnych i wirtualnych asystentów[1539], a art. 7 nakłada obowiązek interoperacyjności usług przesyłania wiadomości.

W DMA interoperacyjność pozioma odnosi się do obowiązku zapewnienia dostępu dla strażników dostępu świadczących usługi komunikacyjne. Obowiązek zapewnienia dostępu dotyczy tylko części funkcjonalności usług komunikacyjnych oferowanych przez strażników dostępu, tzw. „funkcjonalności podstawowych" zdefiniowanych w artykule 7 ust. 2 DMA[1540]. Dostęp jest zapewniany na żądanie podmiotu ubiegającego się o dostęp i jest bezpłatny. Celem tego przepisu jest promowanie kontestowalności rynku. Jak podkreślono w motywie 64 DMA, brak interoperacyjności pozwala strażnikom dostępu, którzy świadczą usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów, wykorzystywać silne efekty sieciowe, co przyczynia się do osłabienia kontestowalności. Artykuł 7 DMA stanowi również, że obowiązki interoperacyjności poziomej nie powinny obniżać poziomu bezpieczeństwa ani prywatności użytkowników końcowych. Jednak osiągnięcie interoperacyjności bez wpływu na bezpieczeństwo lub prywatność jest wyzwaniem. W literaturze rozważono dwa możliwe podejścia do opracowania interoperacyjnych usług komunikacyjnych: (i) udostępnianie dostępu do Interfejsów Programowania Aplikacji (API), które strażnicy dostępu mogą już

[1538] Zgodnie z tym przepisem: „*Strażnik dostępu umożliwia nieodpłatnie dostawcom usług i dostawcom sprzętu skuteczną interoperacyjność z tymi samymi funkcjami sprzętu i oprogramowania jakimi dysponują usługi świadczone lub sprzęt dostarczany przez strażnika dostępu, do których to funkcji uzyskuje się dostęp lub które to funkcje są kontrolowane za pośrednictwem systemu operacyjnego lub wirtualnego asystenta wymienionych w decyzji o wskazaniu na podstawie art. 3 ust. 9, a także umożliwia tym dostawcom dostęp do tych funkcji do celów interoperacyjności. Strażnik dostępu umożliwia ponadto nieodpłatnie użytkownikom biznesowym i alternatywnym dostawcom usług świadczonych wraz z odpowiednimi podstawowymi usługami platformowymi lub wspierających takie usługi skuteczną interoperacyjność z tym samym systemem operacyjnym i tymi samymi funkcjami sprzętu i oprogramowania – niezależnie od tego, czy funkcje te są częścią systemu operacyjnego – jakimi dysponuje lub z których korzysta ten strażnik dostępu, świadcząc takie usługi, a także umożliwia tym użytkownikom i dostawcom dostęp do tego systemu i do tych funkcji do celów interoperacyjności*".

[1539] Zgodnie z tym przepisem: „*Strażnik dostępu umożliwia nieodpłatnie dostawcom usług i dostawcom sprzętu skuteczną interoperacyjność z tymi samymi funkcjami sprzętu i oprogramowania jakimi dysponują usługi świadczone lub sprzęt dostarczany przez strażnika dostępu, do których to funkcji uzyskuje się dostęp lub które to funkcje są kontrolowane za pośrednictwem systemu operacyjnego lub wirtualnego asystenta wymienionych w decyzji o wskazaniu na podstawie art. 3 ust. 9, a także umożliwia tym dostawcom dostęp do tych funkcji do celów interoperacyjności. Strażnik dostępu umożliwia ponadto nieodpłatnie użytkownikom biznesowym i alternatywnym dostawcom usług świadczonych wraz z odpowiednimi podstawowymi usługami platformowymi lub wspierających takie usługi skuteczną interoperacyjność z tym samym systemem operacyjnym i tymi samymi funkcjami sprzętu i oprogramowania – niezależnie od tego, czy funkcje te są częścią systemu operacyjnego – jakimi dysponuje lub z których korzysta ten strażnik dostępu, świadcząc takie usługi, a także umożliwia tym użytkownikom i dostawcom dostęp do tego systemu i do tych funkcji do celów interoperacyjności*".

[1540] Na początku „funkcjonalności podstawowe" obejmują komunikację tekstową jeden do jednego oraz udostępnianie obrazów, wiadomości głosowych, filmów wideo i innych plików. Te interoperacyjne funkcjonalności powinny być dostępne dla komunikacji grupowej w ciągu dwóch lat. Następnie, w ciągu czterech lat, rozmowy głosowe i wideokonferencje także powinny stać się interoperacyjne. W związku z tym interoperacyjność jest tylko częściowa, a nie pełna. Wymóg interoperacyjności dotyczy tylko niektórych „standardowych" funkcjonalności, pomijając inne „niestandardowe" funkcjonalności. Ten częściowy poziom interoperacyjności odzwierciedla kompromis między skutecznością przepisu z jednej strony, a złożonością, kosztami implementacji i możliwościami różnicowania z drugiej strony. M. Bourreau, *DMA Horizontal and Vertical Interoperability Obligations* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 149.

używać dla swoich własnych systemów; oraz (ii) przyjęcie i wdrożenie uniwersalnego, otwartego i bezpiecznego standardu (szyfrowania)[1541].

Interoperacyjność pionowa umożliwia współpracę usług na różnych poziomach cyfrowego łańcucha wartości. DMA wprowadza dwa wymogi dotyczące interoperacyjności pionowej: (i) instalowanie aplikacji i sklepów z aplikacjami z innych źródeł niż oficjalne sklepy, czyli tzw. *side-loading*) (art. 6 ust. 4 DMA); oraz (ii) dostęp do kluczowych funkcjonalności systemów operacyjnych (art. 6 ust. 7 DMA).

Art. 6 ust. 4 DMA zawiera obowiązek umożliwienia instalacji aplikacji i sklepów z aplikacjami stworzonych przez osoby trzecie. Przepis ten stanowi, że strażnicy dostępu zarządzający systemami operacyjnymi są zobowiązani do zapewnienia możliwości instalacji oraz użytkowania aplikacji lub sklepów z aplikacjami, które zostały stworzone przez inne podmioty. Innymi słowy, strażnicy dostępu nie mają prawa utrudniać użytkowania wyżej wspomnianych zewnętrznych aplikacji w ramach ich systemów operacyjnych. Oznacza to, że użytkownicy mogą używać różnych sklepów z aplikacjami w tym samym systemie operacyjnym lub pobierać aplikacje bez korzystania ze sklepu aplikacji strażnika dostępu. Przykładowo, oznacza to, że Apple, jako wyznaczony strażnik dostępu systemu operacyjnego iOS, musi pozwolić na instalację innych sklepów z aplikacjami niż własny na urządzeniach Apple. Te aplikacje muszą być w stanie działać z systemem operacyjnym strażnika dostępu. Jeśli użytkownik zdecyduje, może ustawić te pobrane aplikacje lub sklepy jako domyślne na swoim urządzeniu, a strażnik dostępu powinien to ułatwić. Podobnie jak w art. 6 ust. 3 DMA, w przepisie tym przewidziano wyjątki dotyczące wypełniania tego przepisu. Wyjątki te odnoszą się do integralności sprzętu lub systemu operacyjnego strażnika dostępu oraz potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników końcowych. W związku z tym, strażnik dostępu może podjąć niezbędne i proporcjonalne działania, aby zapewnić, że aplikacje innych przedsiębiorców nie zagrażają bezpieczeństwu sprzętu lub systemu operacyjnego, ale musi to należycie uzasadnić. Dodatkowo, strażnik dostępu ma prawo stosować odpowiednie środki i ustawienia (inne niż domyślne) dla ochrony bezpieczeństwa użytkowników w odniesieniu do aplikacji innych przedsiębiorców, pod warunkiem należytego uzasadnienia tych działań.

Drugi wymóg dotyczący interoperacyjności pionowej wprowadzony w art. 6 ust. 7 DMA dotyczy dostępu do kluczowych funkcjonalności sprzętowych lub oprogramowania systemu

[1541] Zob. szerzej: M. Bourreau, *DMA Horizontal and Vertical Interoperability Obligations* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 150-151; J. Len, E. Ghosh, P. Grubbs, P. Rösler, *Interoperability in End-to-End Encrypted Messaging*, „Cryptology ePrint Archive" 2023, nr 386.

operacyjnego, które są używane przez strażników dostępu dla ich własnych produktów lub usług (takich jak sprzęt i oprogramowanie do komunikacji bliskiego zasięgu – tzw. NFC – wykorzystywane w płatnościach zbliżeniowych[1542]). Strażnik dostępu (systemu operacyjnego lub wirtualnego asystenta), musi umożliwiać innym przedsiębiorcom korzystanie z jego systemu operacyjnego, funkcji sprzętu i oprogramowania za darmo. Oznacza to, że podmioty trzecie mogą zapewnić sprawne działanie swoich produktów lub usług z systemem strażnika dostępu. Strażnik dostępu może jednak podjąć niezbędne działania, aby zapewnić, że ta współpraca z innymi podmiotami nie zagraża bezpieczeństwu jego systemu operacyjnego, sprzętu czy oprogramowania. Ważne jest, aby te działania były odpowiednio uzasadnione przez strażnika dostępu.

Poszczególne regulacje rynków cyfrowych nakładają na wyznaczonych operatorów platform obowiązek zapewnienia, aby użytkownicy biznesowi uzyskali dostęp do danych wygenerowanych przez nich lub ich użytkowników końcowych na platformie (np. art. 6 ust. 10 DMA). DMA idzie o krok dalej, nakładając obowiązek na operatora wyszukiwarki internetowej pełniącego rolę strażnika dostępu, aby udzielał dostępu do swoich danych konkurencyjnym operatorom wyszukiwarek (art. 6 ust. 11 DMA)[1543].

Regulacje dotyczące proponowania interoperacyjności lub udostępniania danych są również zawarte w krajowych regulacjach rynków cyfrowych. Przykładowo, art. 19a ust. 2 GWB wśród zakazanych zachowań przedsiębiorstwa o statusie „PSCAM" zawiera odmawianie interoperacyjności produktów lub usług lub przenoszenia danych.

W Rozporządzenie P2B zawarto również warunki, które maja znaczenie dla zapewnienia przejrzystości w nawiązywaniu oraz utrzymywaniu relacji kontraktowej między operatorem platformy a użytkownikiem biznesowym. Artykuł 8 lit b) Rozporządzenia P2B wymaga, aby operatorzy platform informowali w swoich warunkach korzystania z usług o możliwości rozwiązania umowy na świadczenie usług pośrednictwa internetowego. Operatorzy ci muszą zatem wskazywać warunki, na których stosunek umowny łączący ich z użytkownikami biznesowymi może zostać przez nich rozwiązany. Artykuł 9 Rozporządzenia P2B reguluje z

[1542] Przepis ten mógł być inspirowany doświadczeniem w egzekwowaniu unijnym reguł konkurencji. Przykładowo, w postępowaniu KE w sprawie *Apple (NFC)* przedmiot analizy dotyczył ograniczenia przez Apple dostępu do funkcji *Near Field Communication* (NFC) („dotknij i idź") na iPhone'ach w przypadku płatności w sklepach stacjonarnych dla konkurencyjnych usług operatorów płatniczych względem usług Apple (tj. Apple Pay). Na urządzeniach z Androidem wiele usług płatniczych może oferować płatności zbliżeniowe za pomocą chipa NFC, ale na iPhone'ach żadne konkurencyjne usługi nie mogą wykorzystywać sprzętu NFC. Komunikat prasowy KE z 2.05.2022 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2764 (data dostępu: 18.12.2023 r.).

[1543] Zob. szerzej: J. Krämer, *Data access provisions in the DMA* [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023, s. 119-141.

kolei obowiązek udzielania informacji dotyczących dostępu do danych. Operator platformy musi wskazać, czy (i ewentualnie w jakim zakresie) posiada on dostęp do danych, a także jaki dostęp nich mają użytkownicy biznesowi. Rozporządzenie P2B zawiera również nakazy określonych zachowań. Operatorzy platform nie mogą np. zmieniać warunków korzystania z platform bez uprzedniego powiadomienia użytkowników. W tym zakresie muszą oni przekazywać użytkownikom komercyjnym odpowiednie informacje na trwałym nośniku co najmniej 15 dni przed każdą zmianą (art. 3 ust. 2 Rozporządzenia P2B). Przewidziano również sankcję nieważności warunków niezgodnych z tym wymogiem. Art. 4 Rozporządzenia P2B zawiera zakaz zawieszania lub ograniczania usług pośrednictwa internetowego na rzecz użytkowników biznesowych bez uprzedniego ich powiadomienia oraz wskazania im powodu tych działań.

1.8. Konkluzje

Tradycyjne kwestie odmowy kontraktowania, jakie były rozpatrywane przez sądy i organy antymonopolowe, często dotyczyły sytuacji, w których przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą odmawiał zawarcia umowy z innym przedsiębiorcą bez uzasadnionego powodu, co mogło prowadzić do nieuzasadnionej blokady dostępu do rynku lub usług. Przykłady takich praktyk obejmowały odmowę sprzedaży produktu lub świadczenia usługi, które były niezbędne dla działalności innego przedsiębiorcy (np. na rynku niższego szczebla).

Jednakże, w erze rynków cyfrowych kontekst odmowy kontraktowania uległ zmianie i nabrał dodatkowych wymiarów. Odmowa kontraktowania na rynkach cyfrowych może nie dotyczyć już tylko prostej odmowy sprzedaży lub świadczenia usługi. Wiele z tych spraw dotyczy braku zapewnienia pełnej interoperacyjności pomiędzy różnymi aplikacjami lub usługami. Interoperacyjność – czyli zdolność różnych systemów informatycznych do współpracy – jest kluczowym elementem funkcjonowania rynków cyfrowych, na których produkty i usługi są często złożone i oparte na współdziałaniu wielu komponentów. Na rynkach cyfrowych, odmowa kontraktowania może przybierać formę nieudostępniania API (interfejsów programistycznych aplikacji) lub innych technicznych środków niezbędnych do zapewnienia współpracy między aplikacjami. Taka odmowa może uniemożliwiać nowym lub istniejącym przedsiębiorcom wejście na rynek lub rozwój, ponieważ ich aplikacje lub usługi nie będą mogły efektywnie współpracować z dominującymi platformami lub systemami operacyjnymi. To z kolei może prowadzić do sytuacji, w której użytkownik końcowy jest zmuszony do korzystania

z ograniczonego zestawu usług lub aplikacji, co ogranicza jego wybór i może zahamować innowacje.

Organy antymonopolowe stają przed wyzwaniem dostosowania tradycyjnych ram prawnych do nowych realiów rynków cyfrowych, gdzie interoperacyjność staje się jednym z kluczowych kryteriów oceny praktyk przedsiębiorstw dominujących pod kątem ich zgodności z zasadami uczciwej konkurencji. W kontekście gospodarczym, na który wpływają unikalne charakterystyki rynków cyfrowych, może być uzasadnione stosowanie elastycznej interpretacji tradycyjnych zasad, co umożliwi dostosowanie stosowania art. 102 TFUE w sposób odpowiadający duchowi tego przepisu. Ocena odmowy dostępu w kontekście gospodarki platformowej nasuwa dwie zasadnicze kwestie: moment, w którym należy polegać na tej teorii szkód oraz metodologię jej aplikacji. W odniesieniu do pierwszego zagadnienia, odmowy dostarczania nie są łatwe do jednoznacznej interpretacji, zwłaszcza że kryteria wypracowane w ramach orzecznictwa sprawy *Bronner* wyznaczają wyższy próg niż w przypadku innych form nadużycia pozycji dominującej (w tym kryterium niezbędności oraz wykluczenia wszelkiej konkurencji). Ta kwestia nabiera szczególnej wagi w odniesieniu do innowacyjnych modeli platform internetowych. Platformy te, kontrolując kluczowe elementy ekosystemu, takie jak system operacyjny, mają potencjał do eliminowania kompatybilności technicznej (interfejsów API), co w efekcie może skutkować eliminacją ofert konkurencyjnych z rynku.

Organy antymonopolowe muszą starannie rozważyć, czy postępowanie dotyczące nadużycia pozycji dominującej i związane z nim środki zaradcze są najlepszym sposobem na adresowanie obaw związanych z kontrolą nad urządzeniem kluczowym sprawowaną przez dominującego przedsiębiorcę. Rozsądne warunki dostępu mogą nie być oczywiste, np. gdy nie istnieją porównywalne umowy dotyczące dostępu na rynku, lub jeśli przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą nie współpracował w przeszłości z konkurentami. W takim wypadku organy antymonopolowe mogą rozważyć, czy podejmowanie działań na podstawie regulacji *ex ante* nie jest lepszym podejściem niż działania na gruncie prawa konkurencji. W tym zakresie DMA wprowadza szczegółowe i daleko idące wymogi dotyczące udostępniania danych oraz interoperacyjności, mając na celu promowanie otwartości i współdziałania między różnymi usługami cyfrowymi.

ZAKOŃCZENIE

Głównym celem pracy doktorskiej było zbadanie, w jakim stopniu zakaz nadużywania pozycji dominującej, regulowany w art. 102 TFUE i art. 9 u.o.k.k., wraz z regulacjami rynków cyfrowych (w szczególności nakazami i zakazami określonych zachowań uregulowanych w DMA), mogą efektywnie wspierać działanie innowacyjnych platform internetowych i ich bezpłatnych usług, minimalizując ryzyka, takie jak ograniczenie konkurencji związane z przenoszeniem siły rynkowej.

W wyniku przeprowadzonego badania pozytywnie zweryfikowano pierwszą hipotezę, zgodnie z którą konieczne jest zmodyfikowanie istniejących koncepcji praktyk uznawanych za nadużycie pozycji dominującej. Zmiany te mają na celu dostosowanie egzekwowania przepisów antymonopolowych do unikatowych charakterystyk darmowych usług internetowych oraz innowacyjnych platform internetowych. Badanie wykazało, że tradycyjne podejście do analizowania nadużyć pozycji dominującej – w głównej mierze skoncentrowane na konkurencji cenowej – może nie być w pełni skuteczne w kontekście cyfrowym, gdzie modele biznesowe często opierają się na darmowych usługach, a wartość generowana jest poprzez gromadzenie danych i reklamy. Te specyficzne cechy rynków cyfrowych wymagają od organów ochrony konkurencji nowego podejścia, które uwzględnia te unikalne aspekty działalności platform internetowych. Zmodyfikowane koncepcje powinny brać pod uwagę, jak działania dominujących przedsiębiorstw, które oferują darmowe usługi, mogą wpływać na konkurencję i jej parametry takie innowacja, jakość, w tym ochronę prywatności, bezpieczeństwo i funkcjonalność usług. Praktyki związane z faworyzowaniem własnych usług lub produktów oraz formy wiązania technicznego lub odmowy interoperacyjności, a także wpływ tych działań na konkurencję, wymagają szczegółowej analizy poszczególnych kryteriów zakazu nadużywania pozycji dominującej, z uwzględnieniem uprzedzeń behawioralnych konsumentów występujących na rynkach cyfrowych.

Rynki cyfrowe charakteryzują się tworzeniem ekosystemów, które integrują różne produkty i usługi, potencjalnie obniżając ceny dla konsumentów i zwiększając wartość oferty. Niemniej jednak ekosystemy te mogą napotykać wyzwania, szczególnie w kontekście ochrony konkurencji, gdy siła rynkowa jest przenoszona na sąsiednie rynki, co nazywane jest transferem

nadużycia. Transfer nadużycia stanowi nieodłączny element strategii rozwoju operatorów platform internetowych. Dlatego też kontrola takich działań w prawie konkurencji oraz regulacji rynków cyfrowych powinna być jednym z głównych priorytetów tych przepisów. Przepisy prawa konkurencji, w szczególności zakaz nadużywania pozycji dominującej określony w art. 102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k., mogą efektywnie wspierać rozwój i funkcjonowanie innowacyjnych platform internetowych oraz oferowanych przez nie bezpłatnych usług cyfrowych. Wspomniane przepisy prawa konkurencji odgrywają kluczową rolę w kształtowaniu rynków cyfrowych, zapewniając konkurencję i zapobiegając szkodliwym praktykom antykonkurencyjnym związanych z przenoszeniem siły rynkowej operatorów platform internetowych.

Ze względu na unikalne cechy rynków cyfrowych, istnieje potrzeba reinterpretacji przepisów prawa konkurencji. Tradycyjne ramy analityczne prawa konkurencji, stosowane w odniesieniu do tradycyjnych rynków offline, mogą nieodpowiednio oddać funkcjonowanie konkurencji na rynkach cyfrowych, gdzie operują platformy internetowe. Wyjątkowe natężenie cech ekonomicznych obserwowanych na rynkach cyfrowych wpływają na nowe wyzwania, które mogą być trudne do rozwiązania za pomocą tradycyjnych narzędzi prawa konkurencji. Chociaż zarówno te platformy, jak i rynki, na których działają, posiadają unikalne cechy, które wymagają uwzględnienia w analizie prawa konkurencji, narzędzia służące do określania rynku właściwego, oceny pozycji dominującej oraz nadużywania tej pozycji są wystarczająco elastyczne, aby można je było stosować odpowiednio do usług (produktów) cyfrowych oraz strategii biznesowych związanych z przenoszeniem siły rynkowej operatorów platform.

Preferencyjne traktowanie własnych produktów lub usług przez operatorów platform internetowych może być uznane za nadużycie, jeśli prowadzi do wzmocnienia ich pozycji na rynku powiązanym i nie jest obiektywnie uzasadnione. Ta praktyka powinna być oceniana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności i nie może być domniemywana jako antykonkurencyjna wyłącznie na podstawie jej formy. Praktyka wiązania produktów lub usług w kontekście gospodarki cyfrowej jest bardziej złożona niż na tradycyjnych rynkach. W świecie cyfrowym, gdzie produkty i usługi są często wzajemnie zależne, trudno jest rozróżnić wiązanie od efektywnej integracji. W związku z tym, w porównaniu do tradycyjnych rynków, organy antymonopolowe muszą spełniać wyższy standard dowodowy, aby stwierdzić nielegalność takich praktyk na rynkach cyfrowych. Kontekst odmowy kontraktowania również uległ zmianie w erze rynków cyfrowych. Może to obejmować nie tylko proste odmowy sprzedaży lub

świadczenia usług, ale także brak zapewnienia pełnej interoperacyjności między aplikacjami lub usługami. To dodaje dodatkowych wymiarów do analizy i interpretacji takich praktyk.

W rezultacie, rozwijające się ekosystemy cyfrowe i innowacyjne modele biznesowe wymagają od organów antymonopolowych większej elastyczności w interpretacji prawa konkurencji oraz rozwoju nowych teorii szkody dostosowanych do realiów gospodarki cyfrowej. Podczas klasyfikacji danego zachowania z uwzględnieniem tych zachodzących zmian, organ antymonopolowy musi wyjaśnić, dlaczego zachowanie to różni się od wcześniejszych form pozycji dominującej (stwierdzanych wcześniej na tradycyjnych rynkach praktyk nadużywania pozycji dominującej) oraz czy ustalone wcześniej kryteria prawne mają zastosowanie, czy też powinny być reinterpretowane biorąc pod uwagę kontekst gospodarczy rynków cyfrowych. Niekiedy wymaga to porównania prawdopodobnych antykonkurencyjnych skutków praktyki na rynku lub w określonym wymiarze konkurencji (np. konkurencji cenowej) z prawdopodobnymi prokonkurencyjnymi skutkami tej samej praktyki na innym rynku lub w innym wymiarze (np. konkurencji pozacenowej). To zadanie staje się jeszcze bardziej skomplikowane, gdy weźmiemy pod uwagę ograniczenia wynikające z porównywania rzeczywistych warunków ekonomicznych z wyidealizowanymi modelami. Organy regulacyjne oraz organy antymonopolowe muszą opierać swoje decyzje na dogłębnym zrozumieniu specyfiki i dynamiki rzeczywistych warunków rynkowych, a nie tylko na teoretycznych możliwościach lub wyimaginowanych alternatywach dotyczących możliwych form konkurencji lub rozwoju rynku. Jednocześnie ważne jest branie pod uwagę nie tylko krótkoterminowych skutków, ale również długoterminowych konsekwencji dla innowacyjności, a także rozwoju i otwartości rynku.

Przeprowadzone badanie pozwoliło także pozytywnie zweryfikować hipotezę, według której efektywna kontrola przenoszenia siły rynkowej przez operatorów platform internetowych wymaga połączenia elastycznego i twórczego stosowania prawa konkurencji przez organy ochrony konkurencji z precyzyjnie zdefiniowanymi zakazami i nakazami określonych zachowań w regulacjach rynków cyfrowych. Takie połączenie elastycznego stosowania prawa konkurencji z konkretnymi regulacjami może umożliwić szybką adaptację tych przepisów do dynamicznych zmian na rynkach cyfrowych i zapewnić szybszą interwencję w przypadku najbardziej szkodliwych praktyk operatorów platform internetowych. Odpowiednia równowaga między elastyczną interpretacją prawa konkurencji a precyzyjnymi regulacjami rynków cyfrowych jest kluczowa dla ochrony konkurencji w erze cyfrowej. Postępowania prowadzone na gruncie prawa konkurencji odgrywają kluczową rolę

w identyfikowaniu nowych zagrożeń dla konkurencji oraz w formułowaniu nowych teorii szkody. Dzięki analizie konkretnych przypadków i praktyk rynkowych, organy antymonopolowe mogą zauważać i reagować na istotne zmiany w dynamice rynkowej, które mogą wpływać na proces konkurencji. Ta zdolność do adaptacji i reakcji jest szczególnie ważna w kontekście szybko rozwijających się rynków cyfrowych, gdzie innowacyjne modele biznesowe i technologiczny postęp mogą stwarzać nowe rodzaje wyzwań z perspektywy ochrony konkurencji. Z kolei precyzyjnie zakazy lub nakazy określonych praktyk mają na celu ochronę długoterminowej otwartości rynków oraz zwiększanie wyboru konsumentów. Takie podejście pozwala na konkretniejszą i bardziej bezpośrednią interwencję wobec praktyk, które zostały zidentyfikowane jako szkodliwe dla konkurencji i dobrobytu konsumentów.

Prawo konkurencji definiuje zakazy praktyk ograniczających konkurencję na rynkach cyfrowych oparte na szerokich standardach i klauzulach generalnych. Z kolei regulacja sektorowa stosowana jest w obszarach z naturalnymi niedoskonałościami rynków, w tym cyfrowych, i może wymagać zastąpienia tradycyjnych mechanizmów rynkowych oraz standardów prawa konkurencji przez publiczną interwencję w postaci pozytywnych obowiązków regulacyjnych skierowanych do operatorów platform internetowych. Takie regulacje są często bardziej szczegółowe, dostosowane do konkretnych wymogów sektora cyfrowego, i eliminują potrzebę indywidualnej analizy każdej sytuacji. W przeciwieństwie do prawa konkurencji, które nakłada głównie obowiązki reaktywne, regulacje sektorowe *ex ante* wprowadzają obowiązki proaktywne. Prawo konkurencji jest stosowane indywidualnie i epizodycznie, podczas gdy regulacje sektorowe mają szerszy zasięg i są stosowane stale, tworząc strukturalne ramy dla rynków cyfrowych. Różnią się również w zakresie środków zaradczych – regulacje sektorowe skupiają się na obowiązkach behawioralnych, takich jak ustalanie uczciwych i przejrzystych zasad działania operatorów platform internetowych, a nie na karach finansowych.

Prawo konkurencji i obserwowane na jego gruncie problemy dotyczące możliwych ograniczeń konkurencji na rynkach cyfrowych, stanowiły impuls do przyjęcia odrębnej od reguł konkurencji regulacji rynków cyfrowych. Ta nowa forma regulacji została wprowadzona w odpowiedzi na specyficzne wyzwania, jakie niosą ze sobą innowacyjne modele biznesowe i dynamiczny charakter rynków cyfrowych. Rozpoznanie, że tradycyjne podejście do prawa konkurencji może nie być wystarczająco skuteczne w adresowaniu unikalnych problemów związanych z działalnością platform internetowych, doprowadziło do rozwijania ram prawnych ukierunkowanych na rynki cyfrowe. Jednocześnie poszczególne jurysdykcje przyjmują

zróżnicowane podejścia regulacyjne, często rozszerzając doświadczenia wynikające z prawa konkurencji o dodatkowe aspekty i cele, takie jak sprawiedliwość i przejrzystość. W UE oraz krajach takich jak Niemcy, Wielka Brytania i Włochy, istnieje zgoda na konieczność wdrożenia regulacji *ex ante* rynków cyfrowych, by ochronić ich otwartość i możliwości konkurencyjne („kontestowalność").Te regulacje mają na celu uzupełnienie istniejących przepisów konkurencji, dostarczając narzędzi bardziej dopasowanych do specyfiki rynków cyfrowych i umożliwiając efektywniejsze rozwiązywanie kwestii takich jak nadużywanie pozycji dominującej czy nieuczciwe praktyki rynkowe. W ten sposób, połączenie przepisów konkurencji z dedykowaną regulacją rynków cyfrowych ma na celu zapewnienie bardziej kompleksowego podejścia do ochrony konkurencji w szybko zmieniającym się świecie cyfrowej gospodarki.

DMA nakłada na strażników dostępu obowiązki, które wcześniej były identyfikowane jako nadużycie pozycji dominującej. Mimo że DMA ma cele podobne do prawa konkurencji, metody realizacji tych celów różnią się. Prawo konkurencji UE koncentruje się na konkretnych zachowaniach rynkowych, które zakłócają konkurencję i opiera się na zasadach określonych w art. 101 i 102 TFEU. Natomiast DMA ma charakter prewencyjny, skupiając się na zapobieganiu potencjalnym zakłóceniom konkurencji. W przeciwieństwie do prawa konkurencji, DMA nie wymaga udowadniania antykonkurencyjnego celu lub skutku w konkretnych przypadkach. Granice pomiędzy prawem konkurencji a DMA nie są jasno określone, co może prowadzić do konfliktów. Regulacje *ex ante*, takie jak DMA, uzupełniają prawo konkurencji, podczas gdy inne regulacje, takie jak badania (śledztwa) rynkowe, są stosowane subsydiarnie. Regulacje te adresują specyficzne wyzwania rynków cyfrowych, w tym problemy strukturalne, które trudno rozwiązać wyłącznie za pomocą tradycyjnego prawa konkurencji. Z kolei Rozporządzenie P2B wpływa na ocenę praktyk rynkowych z perspektywy prawa konkurencji, stanowiąc istotny punkt odniesienia do oceny poszczególnych zachowań rynkowych w kontekście wzorca konkurencji merytorycznej.

Istotna jest koordynacja postępowań na gruncie regulacji *ex ante* i prawa konkurencji. Taka koordynacja ma na celu zapewnienie spójnego i skutecznego stosowania obu obszarów prawa, unikając jednocześnie potencjalnych napięć i konfliktów między tymi przepisami. Na podstawie mechanizmu koordynacyjnego ustanowionego w DMA, Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji powinny współpracować, aby efektywnie wykorzystywać dostępne zasoby i unikać powielania działań egzekwujących. Celem tej współpracy powinno być zapewnienie efektywności w egzekwowaniu prawa konkurencji i DMA, przy jednoczesnym

zapewnieniu gwarancji prawnej przedsiębiorców (adresatów tych przepisów). Gdy istnieje ryzyko nakładania się działań egzekwujących prawa konkurencji i DMA, instytucje te powinny wspólnie ustalić, która z nich powinna podjąć działania w danym przypadku, uwzględniając istotne aspekty sprawy, takie jak zakres merytoryczny lub geograficzny. DMA, jako narzędzie regulacyjne rynku wewnętrznego, pozwala na szybsze działania egzekwujące niż tradycyjne prawo konkurencji, szczególnie w przypadku postępowań strażnika dostępu. Z tego względu wskazano, że w sytuacji, gdy Komisja prowadzi dochodzenie na podstawie DMA w odniesieniu do określonej podstawowej usługi platformowej, krajowe organy ochrony konkurencji powinny unikać równoczesnych dochodzeń w ramach prawa konkurencji dotyczących tego samego zachowania tego samego strażnika dostępu.

Nie ma jednomyślności co do najlepszego podejścia do regulacji rynków cyfrowych, a odpowiedni środek regulacji zależy od wielu czynników, w tym elastyczności, szczegółowości, dotkliwości sankcji, oraz ich zindywidualizowania z uwzględnieniem różnych rynków cyfrowych. Każda metoda regulacji ma swoje wady i zalety w kontekście skuteczności i pewności prawnej. Jednoczesne stosowania prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych może łączyć zalety obu podejść, minimalizując ich wady. W tym zakresie przeanalizowane różnorodne kryteria (sposoby) regulacyjne. Kluczowym czynnikiem jest czas interwencji regulacyjnej. Podejście *ex ante*, polegające na wprowadzeniu przepisów przed działaniem przedsiębiorców, jest prewencyjne i zapewnia im jasność i pewność prawną. Natomiast podejście *ex post* reaguje na działania już po ich wystąpieniu, co może być bardziej elastyczne, ale jednocześnie kosztowne i czasochłonne. Stopień szczegółowości przepisów również wpływa na skuteczność regulacji. Regulacje horyzontalne są bardziej elastyczne, ale mogą być niejasne, podczas gdy regulacje sektorowe są bardziej precyzyjne, ale mogą nie pasować do wszystkich modeli biznesowych. Zindywidualizowane podejście do regulacji pozwala dostosować je do konkretnych okoliczności, ale jest kosztowne i skomplikowane. Model „uniwersalny" jest szybszy do wdrożenia, ale może nie uwzględniać unikalnych cech rynku. Rodzaj sankcji jest kolejnym ważnym aspektem. Środki behawioralne, mniej dotkliwe dla przedsiębiorców, mogą być mniej skuteczne, podczas gdy środki strukturalne, bardziej dotkliwe, mogą lepiej eliminować problemy antymonopolowe. Sankcje karne są surowsze i odstraszające, podczas gdy administracyjne skupiają się na narzuceniu konkretnych środków. Prawo konkurencji opiera się na ogólnym i „otwartym" zakazie nadużywaia pozycji dominującej, podczas gdy regulacja sektorowa jest bardziej szczegółowa i dostosowana do specyfiki rynku. W przeciwieństwie do prawa konkurencji, które jest reaktywne, regulacje

sektorowe są proaktywne. DMA zawiera precyzyjną listę zakazów i obowiązków (ang. *dos and don'ts*) dla strażników dostępu, podczas gdy brytyjski model regulacji jest bardziej elastyczny, pozwalając na indywidualne dostosowanie wymagań. Niemieckie przepisy, mieszczące się między prawem konkurencji a regulacją sektorową, wprowadzają założenia dotyczące szkodliwości działań dominujących platform internetowych (o statusie PSCAM**)**, zamiast stosować sztywne reguły *per se*.

Badania przeprowadzone w niniejszej pracy doktorskiej pozytywnie zweryfikowały także trzecią hipotezę, zgodnie z którą efektywna i szybka kontrola nad działaniami operatorów platform internetowych musi być zrównoważona z koniecznością zapewnienia praw przedsiębiorców, zwłaszcza pewności prawa. Oznacza to, że podczas elastycznego stosowania zakazów nadużywania pozycji dominującej oraz projektowania i wdrażania regulacji oraz mechanizmów kontrolnych, niezwykle istotne jest uwzględnienie wpływu tych działań na stabilność prawno-gospodarczą. Takie podejście umożliwia przedsiębiorcom działanie w przewidywalnym i sprawiedliwym środowisku, co jest kluczowe dla efektywnej ochrony konkurencji i innowacyjności na rynkach cyfrowych. Wnioski z badania podkreślają, że chociaż niezbędne jest skuteczne kontrolowanie działań operatorów platform internetowych dotyczących przenoszenia ich siły rynkowej, równie ważne jest, aby te działania nie ograniczały niepotrzebnie swobody gospodarczej oraz nie naruszały pewności prawa. To równoważenie interesów wymaga od organów regulacyjnych i antymonopolowych szczególnej uwagi na konsekwencje prawne i gospodarcze swoich decyzji. Efektywna regulacja rynków cyfrowych wymaga nie tylko restrykcyjnych działań przeciwko praktykom antykonkurencyjnym, ale również zapewnienia, że te działania nie będą hamować innowacyjności i rozwoju gospodarczego, utrzymując jednocześnie środowisko sprzyjające pewności prawa dla wszystkich uczestników rynku.

Klauzula generalna nadużycia pozycji dominującej wyrażona w art. 102 TFUE sama w sobie nie stanowi problemu w świetle wymogu pewności prawa oraz określoności czynów zabronionych, o ile ukształtowane orzecznictwo i praktyka decyzyjna zawierają wystarczające wytyczne co do znaczenia i zakresu tego przepisu. Ochrona pewności prawa nie oznacza, że organy antymonopolowe nie mogą wyinterpretować („odkrywać") nowych form nadużyć. Wręcz przeciwnie – otwarte brzmienie art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.) ma tę zaletę, że pozwala na dostosowanie regulacji antymonopolowej do zmian zachodzących w gospodarce. Nowe teorie szkody lub nowatorska interpretacja nowych zachowań w ramach tradycyjnych ram prawa konkurencji (stosowalnych do rynków offline, gdzie przeważającym parametrem

konkurencji była cena) wymaga starannego zrównoważenia między efektywnością prawa konkurencji a respektowaniem praw przedsiębiorcy, w tym zapewnieniem pewności prawnej. Jest to szczególnie istotne, gdy interwencja antymonopolowa dotyczy samej istoty modelu biznesowego, jakim jest projektowanie produktów lub sposobu generowania przychodów z tego modelu oraz świadczonej usługi. Organy antymonopolowe i regulacyjne muszą rozważyć, w jaki sposób ich działania mogą wpłynąć na innowacyjność, zdolność przedsiębiorców do eksperymentowania z nowymi modelami biznesowymi oraz ogólny postęp technologiczny. Wyzwaniem jest znalezienie równowagi, która pozwala na rozwój innowacyjnych modeli biznesowych, jednocześnie zachowując rynek otwarty i uczciwy dla wszystkich uczestników.

Niejednoznaczność i „otwartość" definicji nadużywania pozycji dominującej znacznie utrudnia rozróżnienie między normalną konkurencją a zakazanymi, antykonkurencyjnymi praktykami. Stwierdzenie nielegalności zachowań operatorów platform internetowych, dotyczących przenoszenia siły rynkowej na rynki powiązane, w świetle zakazu nadużywania pozycji dominującej, jest nieoczywiste i wymaga starannej oceny ich skutków oraz wskazania kryteriów odróżniających te zachowania od wzorca konkurencji merytorycznej. Tradycyjne teorie szkód, opracowywane na gruncie art. 102 TFUE (i krajowych odpowiadnikach tego przepisu), choć na pierwszy rzut oka mają zastosowanie do omawianych strategii rynkowych, to w rzeczywistości mogą dotyczyć również innowacyjnego i prokonkurencyjnego zachowania. Przykładowo, ulepszenie usługi cyfrowej poprzez dodanie nowej funkcjonalności do platformy internetowej, co jest zupełnie powszechnym i pożądanym społecznie zjawiskiem, można jednocześnie uznać jako nielegalne wiązanie lub formę *self-preferening*. Wyjaśnienie, dlaczego pewne działania mogą być uznane za szkodliwe dla konkurencji (w długim okresie), mimo ich pozornie pozytywnego wpływu na innowacyjność i rozwój rynku (w krótkim okresie), jest kluczowe w ocenie zgodności z prawem konkurencji.

Kategoryzacja określonych zachowań, z precyzyjnymi testami prawnymi, ułatwia ich ocenę w świetle art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.). Zdefiniowanie i konstrukcja testu prawnej oceny zachowań przedsiębiorców dominujących wykorzystujących model biznesowy platformy internetowej jest kluczowa dla organów antymonopolowych i sądów, gdyż wpływa na efektywność (operacyjność) procesu decyzyjnego. W zależności od klasyfikacji prawnej danego zachowania (kategorii), wymagany poziom dowodowy odnośnie do wystąpienia

antykonkurencyjnych skutków jest różny [1544] . Jednocześnie, klarowność kryteriów poszczególnych przejawów (form) nadużywania pozycji dominującej pozwala przedsiębiorstwom na adekwatną samoocenę ryzyka prawnego i zgodności z obowiązującymi regułami antymonopolowymi. Stosowane w prawie konkurencji domniemania prawne, zawarte w poszczególnych testach prawnych, odzwierciedlają akceptowalny poziom ryzyka związanego z błędami interwencji lub jej brakiem. Oznacza to, że przepisy te uwzględniają możliwość, że działania antymonopolowe mogą niekiedy niesłusznie ograniczać konkurencję (błąd pierwszego rodzaju) lub nie interweniować, gdy jest to konieczne (błąd drugiego rodzaju). Przyjęte zasady mają na celu zrównoważenie tych ryzyk, umożliwiając organom antymonopolowym skuteczne działanie, jednocześnie minimalizując negatywne skutki dla niezakłóconej konkurencji i innowacyjności.

Praktyki oceniane jako odmowa dostępu, muszą spełniać surowe wymogi „wyjątkowych okoliczności". Jednak w przypadku złożonych strategii rynkowych obserwowanych na rykach cyfrowych często trudno jest jednoznacznie ocenić, czy dane działanie dotyczy odmowy dostaw, co może prowadzić do różnych interpretacji przez organy konkurencji i stwarzać ryzyko niepewności prawnej. W debacie akademickiej podnosi się, że wymóg „niezbędności" powinien być różnie interpretowany w zależności od rodzaju środków zaradczych: środki prewencyjne wymagają jego spełnienia, podczas gdy środki nakazujące zaprzestanie naruszeń już nie. Z kolei orzecznictwo unijne różnicuje podejście do odmowy kontraktowania w porównaniu do innych nadużyć (np. *self-preferencing*), w zależności od tego, czy przedsiębiorca dominujący aktywnie działa przeciwko konkurencji, czy tylko pasywnie blokuje dostęp do swoich zasobów. Orzecznictwo to zmniejszyło wymogi dotyczące niezbędności, jednocześnie zwiększając zdolność organów antymonopolowych do elastycznego reagowania na przenoszenie siły rynkowej operatorów platform na rynki powiązane. Zmniejszenie tego wymogu ułatwia organom antymonopolowym egzekwowanie art. 102 TFUE do strategii „otwarta najpierw – zamknięta później" – OFCL. Nie muszą wykazywać, że brak dostępu do tych zasobów całkowicie eliminuje konkurencje – wystarczy, że ograniczenie dostępu ma efekt wykluczający.

Na gruncie praktyki egzekwowania zakazu nadużywania pozycji dominującej, nadal występuje jednak wyraźna problematyka dotycząca niejednoznacznej klasyfikacji określonych zachowań

[1544] Przykładowo, gdy klasyfikuje się zachowanie jako „odmowę dostępu", wymagane jest spełnienie rygorystycznych kryteriów, w tym kryterium „niezbędności". Natomiast w przypadkach takich jak dyskryminacja (*self-preferencing*) wymagane jest spełnienie mniej wymagających przesłanek oceny (tj. wystąpienia niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej).

operatorów platform internetowych, co ma swoje odzwierciedlenie w równie nieprecyzyjnie określonych środkach zaradczych. Podejmowane środki zaradcze w odpowiedzi na praktyki wiązania lub faworyzowania własnych usług lub produktów przez tych operatorów, choć w teorii nie podlegają kryterium niezbędności oraz nie wymagają udostępniania infrastruktury, w praktyce okazują się wymagać przyznania określonej formy dostępu do zasobów operatora platformy. Z uwagi na brak precyzji organów antymonopolowych w przyjmowaniu tych środków zaradczych, mogą one stwarzać dalsze wyzwania w skutecznym egzekwowaniu prawa konkurencji przy braku zapewnienia wystarczającej pewności prawnej dla adresatów tych przepisów.

Na rynkach cyfrowych pojawiły się nowe zachowania i strategie rynkowe, prowadzące do pojawienia się nowych teorii szkody. Budzą one kontrowersje, gdyż nie pasują do ustalonych kryteriów analizy, wprowadzając niepewność dla przedsiębiorców działających na rynku. Innymi słowy, kategorie antymonopolowe, stosowane do omówionych w pracy strategii biznesowych operatorów platform, nie są jednoznaczne: możliwe jest przedstawienie faktów sprawy jako pasujących do więcej niż jednej konkretnej kategorii antymonopolowej. Mimo to, w niektórych przypadkach można znaleźć podobieństwa między nowymi a bardziej ugruntowanymi teoriami, co ułatwia ich analizę i ocenę. Przykładem są praktyki lewarujące, jak *self-preferencing*, czyli preferowanie własnych usług przez operatora platformy, co było przedmiotem sprawy *Google Shopping*. Takie działania nie pasowały do klasycznych form nadużyć, tworząc nowe wyzwania z perspektywy skuteczności i przewidywalności egzekwowania art. 102 TFUE, Niemniej jednak, to zachowanie spełniało ogólną przesłankę nadużycia. Komisja wykazała, z jednej strony, dlaczego to zachowanie odbiegało od wzorca konkurencji merytorycznej, a z drugiej strony, wskazała faktyczne dowody na wykluczenie konkurentów.

W rozprawie doktorskiej zidentyfikowano kluczowe kryteria zapewniające pewność prawa w zakresie stosowania prawa konkurencji i regulacji rynków cyfrowych. Do tych kryteriów należą: jednolita interpretacja prawa, stosowanie instrumentów prawa miękkiego do wyjaśniania priorytetów i kryteriów prawnych, identyfikacja zamiaru antykonkurencyjnego, stosowanie odpowiedniego standardu dowodowego, zapewnienie proporcjonalności interwencji, unikanie podwójnego karania oraz stosowanie odpowiedniej polityki karania.

Zagrożeniem dla pewności prawnej jest jednak odmienna interpretacja tego samego przepisu przez różne sądy i organy antymonopolowe, zwłaszcza gdy oceniają podobne stany faktyczne. Taka rozbieżność prowadzi do braku spójności i trudności w przewidywaniu konsekwencji

działań przez przedsiębiorców. Instrumenty prawa miękkiego są ważne w redukcji niepewności prawnej i zwiększaniu spójności w egzekwowaniu polityki antymonopolowej. Pomagają one przedsiębiorcom przewidzieć, jakie zachowania mogą być uznane za antykonkurencyjne, i są kluczowe dla sądów i organów konkurencji w podejmowaniu decyzji. Publikacja tych instrumentów ogranicza dyskrecjonalną władzę regulatorów i zwiększa transparentność. Wytyczne dotyczące art. 102 TFUE powinny być elastyczne, aby obejmować różnorodne praktyki i precyzyjnie określać wymagany stopień prawdopodobieństwa skutków antykonkurencyjnych. Powinny one również opierać się na jasno zdefiniowanym celu politycznym, jakim jest dobrobyt konsumentów, co ułatwi ocenę skutków antykonkurencyjnych, w tym za pomocą dowodów ekonomicznych.

W procesie egzekwowania art. 102 TFUE (art. 9 u.o.k.k.), kluczowe dla zapewnienia pewności prawnej jest zastosowanie testów prawnych i standardów dowodowych w sposób, który odpowiada zarówno formalnym, jak i merytorycznym wymogom prawa. Oznacza to, że interwencje antymonopolowe muszą być nie tylko zgodne z przepisami, ale także merytorycznie uzasadnione, szczególnie w kontekście zakazu nadużywania pozycji dominującej. Organy antymonopolowe muszą opierać się na przekonujących i wiarygodnych dowodach, które spełniają określone testy prawne i standard dowodowy. W przypadku nowych teorii szkód lub adaptowania klasycznych teorii do nowych sytuacji, wymagane są bardziej przekonujące dowody, aby zapewnić pewność prawną. Ciężar dowodu w sporze o naruszenie reguł konkurencji spoczywa na organie antymonopolowym, który musi udowodnić spełnienie warunków określonego testu prawnego.

Zamiar, zarówno subiektywny, jak i obiektywny, powinien być brany pod uwagę jako uzupełnienie oceny obiektywnych elementów przy stwierdzaniu nadużycia pozycji dominującej. Uwzględnienie zamiaru może sprzyjać pewności prawnej, szczególnie na rynkach cyfrowych o dynamicznym rozwoju. Analiza wewnętrznych dokumentów przedsiębiorców może pomóc w zrozumieniu ich działań, zwłaszcza w kontekście nowych form nadużycia. Zastosowanie zasady proporcjonalności w kontekście skomplikowanych modeli biznesowych jest wyzwaniem. Organom antymonopolowym i regulacyjnym trudno jest bowiem przewidzieć długoterminowe skutki ich decyzji, co może prowadzić do nadmiernych lub niewystarczających interwencji antymonopolowych lub regulacyjnych. W rezultacie, wybór najbardziej odpowiedniego środka regulacyjnego, który zrównoważy ochronę konkurencji z unikaniem ograniczeń dla innowacyjności, wpływa na pewność prawną i przewidywalność.

W pracy doktorskiej wskazano, że nakładające się różne ramy regulacyjne na rynkach cyfrowych mogą prowadzić do niepewności co do dozwolonych działań, naruszeń przepisów i potencjalnych konsekwencji. Ryzyko wielokrotnego ścigania i karania za te same działania w różnych jurysdykcjach może naruszać zasadę *ne bis in idem* i hamować innowacyjność. Nakładanie dotkliwych kar finansowych w przypadku nowych i innowacyjnych modeli biznesowych może być również problematyczne. Przedsiębiorcy dominujący mogą być mniej skłonni do wprowadzania innowacji, jeśli obawiają się, że zostaną ukarani za osiągnięty sukces. Organy antymonopolowe powinny zatem zachować ostrożność przy nakładaniu sankcji w kontekście rynków cyfrowych, gdzie brak jest jasnych wzorców oceny.

BIBLIOGRAFIA

1. Literatura przedmiotu

1.1. Artykuły

1. Affre J., K. Witek, *Soft law Prezesa UOKiK na przykładzie „Informacji o sposobie składania wniosków o ograniczenie prawa wglądu w postępowaniach”*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 5.
2. Aghion P., N. Bloom, R. Blundell, R, Griffith, P, Howitt, *Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship*, “The Quarterly Journal of Economics” 2005, nr 2.
3. Akman P., *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, “European Law Review” 2022, nr 1.
4. Akman P., *The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance*, “European Law Review”, 2014, nr 3.
5. Akman P., *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, “Journal of Law, Technology and Policy” 2017, nr 2.
6. Alexiadis P., A. de Streel, *Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms*, “EUI Working Papers” 2020, nr 14.
7. Alstyne van M. W., G. G. Parker, S. P. Choudary, *Pipelines, Platforms and the New Rules of Strategy*, “Harvard Business Review” 2016, nr 4.
8. Ammori A., *Failed Analogies: Net Neutrality vs. ‘Search’ and ‘Platform’ Neutrality’*, SSRN 2016.
9. Andriychuk O., *Can We Protect Competition without Protecting Consumers?*, „Competition Law Review” 2009, nr 1.
10. Armstrong M., *Competition in Two-Sided Markets*, “The RAND Journal of Economics” 2006, nr 3.
11. Bailey D., *Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU*, “Common Market law Review” 2012, nr 2.
12. Balasingham B., *Exclusionary innovation in the European Commission’s decisions against Google*, “European Competition Journal” 2022, nr 3.
13. Bania K., *Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the “without prejudice” clause*, “European Competition Journal” 2023, nr 1.
14. Barczentewicz M., *German Big Tech Actions Undermine the DMA*, “International Center for Law & Economics” 2013.
15. Baumol J., J. C. Panzar, R. D. Willig, *Fixed costs, sunk costs, entry barriers, and sustainability of monopoly*, „The Quarterly Journal of Economics” 1981, nr 3.
16. Beems B., *The DMA in the broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspective*, “European Competition Journal” 2022, nr 1.
17. Behringer S., L. Filistrucchi, *Areeda-Turner in Two-Sided Markets*, “CentER Discussion Paper Series” 2014, nr 38.
18. Belloso N. M., N. Petit, *The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove*, “European Law Review” 2023, nr 48
19. Bernatt M., *Koncepcja powściągliwości sądowej w prawie ochrony konkurencji*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 6.
20. Biernat S., *Skuteczność prawa konkurencji UE a gwarancje praw przedsiębiorstw*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 10.
21. Bobek M., *Legal reasoning of the Court of Justice*, “Research Paper in Law” 2014, nr 2.
22. Bork R. H., J. Gregory Sidak, *What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google?*, “Journal of Competition Law & Economics” 2012, nr 4.
23. Bostoen F., D. Mândrescuc, *Assessing abuse of dominance in the platform economy*, “European Competition Journal” 2020, nr 2-3
24. Bostoen F., D. van Wamel, *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, “TILEC Discussion Paper” 2023, nr DP 2023-19.
25. Bostoen F., *Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation*, “Internet Policy Review” 2018, nr 7.
26. Botta M, A Svetlicinii, M Bernatt, *The Assessment of the Effect on Trade by the National Competition Authorities of the “New” Member States: Another Legal Partition of the Internal Market?*, “Common Market Law Review” 2015, nr 5.
27. Boudreau K., *Open Platform Strategies and Innovation: Granting Access vs. Devolving Control*, “Management Science” 2010, nr 56.

28. Bougette P., O. Budzinski, F. Marty, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, "GREDEG Working Paper" 2022, nr 2022-01.
29. Bourreau M., *Some Economics of Digital Ecosystem*, OECD 2020.
30. Bouzoraa Y., *Between Substance and Autonomy: Finding Legal Certainty in Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2022, nr 2.
31. Brzezińska-Rawa A., *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, „Państwo i Prawo" 2011, nr 1.
32. Buccirossi P., *Vertical restraints on e-commerce and selective distribution*, "Journal of Competition Law & Economics" 2015, nr 3.
33. Caillaud B., B. Jullien, *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, "The RAND Journal of Economics" 2003, nr 2.
34. Calvano E., M. Polo, *Market power, competition and innovation in digital markets: A survey*, "Information Economics and Policy" 2021, nr 54.
35. Candeub A., *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, "A Journal of Law and Policy" 2014, nr 9.
36. Cappai M., G. Colangelo *Applying ne bis in idem in the aftermath of bpost and Nordzucker: The case of EU competition policy in digital markets*, "Common Market Law Review" 2023, nr 2.
37. Christensen M., J. L. Bower, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, „Harvard Business Review" 1995, nr 1.
38. Christensen M., M. E. Raynor, R. McDonald, *What Is Disruptive Innovation?*, "Harvard Business Review" 2015, nr 11.
39. Claassen R., A. Gerbrandy, *Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach*, "Utrecht Law Review" 2016, nr 1.
40. Clark J. M., *Toward a Concept of Workable Competition*, „The American Economic Review" 1940, nr 2.
41. Colomo I. P., *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, "Journal of Competition Law & Economics" 2021, nr 2.
42. Colomo I. P., *Restrictions on Innovation in EU competition law*, "LSE Research Online" 2016, nr 4.
43. Colomo I. P., *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, "World Competition" 2020, nr 4.
44. Colomo P. I., *Exclusionary discrimination under Article 102 TFEU*, "Common Market law Review" 2014, nr 1.
45. Colomo P. I., *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, nr 9.
46. Colomo P. I., *Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, nr 7.
47. Colomo P. I., *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2021, nr 12.
48. Condorelli D., J. Padilla, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World*, "Journal of Competition Law & Economics" 2020, nr 2.
49. Corniere de A., G. Taylor, *A model of biased intermediation*, "The RAND Journal of Economics" 2019, nr 4.
50. Costa-Cabral F., O. Lynskey, *Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law*, „Common Market Law Review" 2017, nr 1.
51. Crane A., *Legal Rules for Predatory Innovation*, „Concurrences" 2013, nr 4.
52. Crémer J., G.S. Crawford, D. Dinielli, A. Fletcher, P. Heidhues, M. Schnitzer, F.M. Scott Morton, K. Seim, *Fairness and Contestability in the Digital Markets Act*, "Yale Journal on Regulation" 2023, nr 40.
53. Crocioni P., *Leveraging of market power in emerging markets: A review of cases, literature, and a suggested framework*, "Journal of Competition Law and Economics" 2008, nr 2.
54. Czarnomska-Bokowy U., *Prawo konkurencji a projekt rozporządzenia w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym – kto przypilnuje strażników?*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2022, nr 1.
55. D. S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, "Competition Policy International" 2007, nr 1.
56. D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Free*, "Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics" 2011, nr 555.
57. D. S. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, "Yale Journal on Regulation" 2003, nr 2.
58. Day G., A. Stemler, *Are Dark Patterns Anticompetitive?*, "Alabama Law Review" 2020, nr 1.
59. Demsetz H., *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, "The Journal of Law & Economics" 1969, nr 1.
60. Deutscher E., *Reshaping Digital Competition: The New Platform Regulations and the Future of Modern Antitrust*, "The Antitrust Bulletin" 2022, nr 2.

61. Dobosz K., *The Housekeeping of the Court of Justice: the ne bis in idem Principle and the Territorial Scope of NCA Decisions Case Comment to the Nordzucker Judgment of the Court of Justice of 22 March 2022, Case C-151/20,* "Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2022, nr 15.
62. Doligalski T., *Platformy wielostronne: istota i rozwój relacji z klientami*, „e-mentor" 2013, nr 1.
63. Dunne N., *Dispensing with Indispensability*, "LSE Legal Studies Working Paper" 2019, nr 15.
64. Dunne N., *Platforms as Regulators*, "Journal of Antitrust Enforcement" 2021, nr 2.
65. Dunne N., *Pro-competition Regulation in the Digital Economy: The United Kingdom's Digital Markets Unit*, "The Antitrust Bulletin" 2022, nr 2.
66. Dworkin R., *Hard cases*, "Harvard Law Review" 1975, nr 6.
67. Eilmansberger T., *How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses*, "Common Market Law Review" 2005, nr 1.
68. Eisenmann T., G. Parker, M.van Alstyne, *Platform Envelopment*, "Strategic management Journals" 2011, nr 12.
69. Evans D. S., *The Antitrust Economics of Free*, "Competition Policy International" 2011, nr 1.
70. Evans D., *Governing Bad Behavior by Users of Multi-Sided Platforms*, "Berkeley Technology Law Journal" 2012, nr 2.
71. Ezrachi A, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, "Oxford Legal Studies Research Paper" 2018, nr 17.
72. Famirska S., *Wpływ regulacji typu soft law na orzecznictwo sądów polskich orzekających w sprawach kar nakładanych za praktyki ograniczające konkurencję (na wybranych przykładach)*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5.
73. Farrell J., P. J. Weiser, *Modularity Modularity, Vertical Integr tical Integration, and Open Access P ation, and Open Access Policies: olicies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*, "Harvard Journal of Law & Technology" 2003, nr 1.
74. Feldman R., *Defensive Leveraging in Antitrust*, "Georgetown Law Journal" 1999, nr. 87.
75. Feng Z., L. Qihong, *Competing with complementors: An empirical look at Amazon.com,* "Strategic Menagment Journal" 2018, nr 10.
76. Ferro M. S., *De Gratis Non Curat Lex: Abuse of Dominance in Online Free Services*, "The Competition Law Review" 2017, nr 2.
77. Filistrucchi L., *A SSNIP Test for Two-sided Markets: The Case of Media*, "Net Institute" 2008, nr 8-34.
78. Filistrucchi L., D. Gerardin, E. van Damme. *Identifying Two-Sided Markets*, "Dipartimento di Scienze Economiche Università degli Studi di Firenze. Working Paper Series" 2012, nr 1.
79. Fletcher A., *Digital competition policy: Are ecosystems different?,* OECD 2020.
80. Fox E. M., *We Protect Competition, you protect competitors*, "World Competition" 2003, nr 26.
81. Franck J.-U., M. Peitz, *Digital platforms and the new 19a tool in the German Competition Act*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2021, nr 12.
82. Franck J.-U., M. Peitz, *Market Definition in the Platform Economy,* "Discussion Paper Series" 2021, nr 259.
83. Gal S. M., D. L. Rubinfeld, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, „Antitrust Law Journal" 2016, nr 3.
84. Gaudin G., D. Mantzari, *Google Shopping and the As-Efficient Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead,* "Journal of European Competition Law & Practice" 2022, nr 2.
85. Geradin D., D. Katsifis, *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform markets*, "European Competition Journal" 2022, nr 2.
86. Geradin D., D. Katsifis, *The antitrust case against the Apple App Store*, "TILEC Discussion Paper" 2020, nr 35.
87. Geradin D., *Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche,* "Journal of Competition Law & Economics" 2015, nr 11.
88. Geradin D., *The Uncertainties Created by Relying on the Vague 'Competition on the Merits' Standard in the Pharmaceutical Sector: The Italian Pfizer/Pharmacia Case*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2014, nr 5.
89. Gerber D. J., *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, „Fordham International Law Journal" 2007, nr 5.
90. Graef I., *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, "Yearbook of European Law" 2019, nr 38.
91. Graef I., *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, "TILEC Discussion Paper" 2019, nr 2019-028.
92. Guggenberger N., *Essential Platforms*, "Stanford Technology Law Review" 2021, nr 2.
93. Hagiu A., T-H. Teh, J. Wright, *Should platforms be allowed to sell on their own marketplaces?*, "The RAND Journal of Economics" 2022, nr 2.
94. Hildebrand D., *The emergence of the European School*, „Concurrences" 2012, nr 2.

95. Holzweber S., *Tying and bundling in the digital era*, "European Competition Journal" 2018, nr 2-3.
96. Höppner T., A. Schulz, *Die EU-Verordnung 2019/1150 für Fairness und Transparenz von Online-Vermittlungsdiensten („P2B-Verordnung")*, "Zeitschrift für Wirtschaftsrecht" 2019, nr 49.
97. Höppner T., *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse*, "European Competition and Regulatory Law Review" 2017, nr 3.
98. Hovenkamp H., F. M. S. Morton, *Framing the Chicago School of Antitrust Analysis*, "University of Pennsylvania Law School. Institute for Law and Economics Research paper" 2019, nr 19-44.
99. Hovenkamp H., *Post-Chicago Antitrust: A review and critique*, "Columbia Business Law Review" 2001, nr 2.
100. Iacobucci E., F. Ducci, *The Google search case in Europe: tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets*, "European Journal of Law and Economics" 2019, nr 47.
101. Iwaniec M., *Soft law – współczesny instrument regulacji życia gospodarczego*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5.
102. Jacobides M. G., C. Cennamo, A. Gawer, *Distinguishing between Platforms and Ecosystems: Complementarities, Value Creation and Coordination Mechanisms*, 2020.
103. Jacobides M. G., C. Cennarmo, A. Gawer, *Towards a theory of ecosystems*, "Strategic Management Journal" 2018, nr 8.
104. Jacobides M. G., I. Lianos, *Ecosystems and competition law in theory and practice*, "Industrial and Corporate Change" 2021, nr 5.
105. Jebsen P., R. Stevens, *Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under Article 86 of the European Union*, „Antitrust Law Journal" 1996, nr 64.
106. Jenny F., *Competition Law and Digital Ecosystems: Learning to Walk Before We Run*, "Industrial and Corporate Change" 2021, nr 5.
107. Jenny F., *Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Platforms and Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward*, SSRN 2021.
108. Jia J., G. Z. Jin, L. Wagman, *Platform as a Rule Maker: Evidence from Airbnb's Cancellation Policies*, 2021.
109. Johnson E, D. Goldstein, *Do Defaults Save Lives?*, "Science" 2003, nr 5649.
110. Kadar M., *European Union* competition *law in the digital era*, „Zeitschrift für Wettbewerbsrecht" 2015, nr 4.
111. Kalintiri A., *Has the standard of proof been raised in modern EU competition enforcement?*, "Concurrences" 2021, nr 4.
112. Kanton K., J. Łukawski, Sz. Murek, *Rynek uwagi: pojęcie i wyzwania przy antymonopolowej ocenie koncentracji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8.
113. Katsamakas E., H. Madany, *Effects of user cognitive biases on platform competition*, "Journal of Decision Systems" nr 2.
114. Kerber W., H. Schweitzer, *Interoperability in the Digital Economy*, "Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law" 2017, nr 1.
115. Khan L. M., *Amazon's Antitrust Paradox*, "The Yale Law Journal" 2017, nr 126.
116. Khan L. M., *The Separation of Platforms and Commerce*, "Columbia Law Review" 2019, nr 4, s. 981.
117. Kiczka K., *Administracja gospodarcza w warunkach Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2015, nr 3661.
118. Kieres L., *Konstytucyjne publiczne prawo gospodarcze*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2014, nr 4.
119. Kierska M., T. Marek, *Zasada* ne bis in idem *w kontekście orzecznictwa ETPCz*, „Monitor Prawniczy" „2015", nr 21.
120. Kittaka Y., S. Sato, Y. Zennyo, *Self-Preferencing by Platforms: A Literature Review*, „CPRC Discussion Paper Series Competition Policy Research Center" 2023.
121. Knapstad T., *Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're out?*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2013, nr 3.
122. Kohutek K., *Naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych (RODO) a nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4.07.2023 r., C-252/21, Meta Platforms Inc. (dawniej Facebook Inc.) przeciwko Bundeskartellamt*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2023, nr 10.
123. Kohutek K., *Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1.
124. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014, nr 10.
125. Kolasiński M. K., A. Kustra, *Konstytucyjne standardy ochrony przedsiębiorcy a środki zaradcze we wspólnotowym prawie konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2008, nr 5.
126. Kolasiński M. K., *Interpretation of the Remedy in the Google Shopping Decision and Its Consequences*, "European Competition and Regulatory Law Review" 2020, nr 4.

127. Kolasiński M. K., *Środki zaradcze stosowane w przypadkach sprzedaży wiązanej (na tle decyzji Komisji Europejskiej)*, „Państwo i Prawo" 2013, nr 3.
128. Krasnodębska-Tomkiel M., *Konwergencja systemów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2015, nr 7.
129. Lao M., *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, "Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property" 2013, nr 11.
130. Len J., E. Ghosh, P. Grubbs, P. Rösler, *Interoperability in End-to-End Encrypted Messaging*, „Cryptology ePrint Archive" 2023, nr 386.
131. Lianos I., E. Motchenkova, *Market Dominance and Search Quality inthe Search Engine Market*, "Journal of Competition Law & Economics" 2013, nr 2.
132. Lindeboom J., *Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on Google Shopping*, "Journal of European Competition Law & Practice", nr 2.
133. Luca M., S. Couvidat, W. Seltzer, T. Wu, D. Frank, *Does Google Content Degrade Google Search? Experimental Evidence*. "Harvard Business School Working Paper" 2016, nr 35.
134. Luchetta G., *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*, "Journal of Competition Law & Economics" 2012, nr 4.
135. Lynskey O., *Regulating 'Platform Power'*, "LSE Law, Society and Economy Working Papers" 2017, nr 1.
136. Mäihäniemi B., *The role of behavioural economics in shaping remedies for facebook's excessive data gathering*, "Computer Law & Security Review" 2022, nr 46.
137. Małobęcka I., *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, "internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2017, nr 3.
138. Mandrescu D., *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, "Computer Law & Security Review" 2021, nr 4.
139. Manne G., J. Wright, *Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google*, "Harvard Journal of Law and Public Policy" 2011, nr 1.
140. Mantzari D., *Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications for Digital Markets*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2020, nr 11.
141. Mardsen P., *Google Shopping for the Empress's New Clothes – When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it)*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2020, nr 10.
142. Marsden F., *Google Shopping for the Empress's New Clothes – When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it)*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2020, nr 10.
143. Materna G. , *Prawnokarne źródła inspiracji w prawie ochrony konkurencji i konsumentów*, „Studia Iuridica" 2022, nr 93.
144. Materna G., *Klauzule o zakazie konkurencji jako bariera rozwoju alternatywnych kanałów rezerwacji taksówek w świetle decyzji Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato z 27 czerwca 2018 r. (sprawa I801B, Taxi – Milano)*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2018, nr 8.
145. Materna G., *Wyjaśnienia, komunikaty i inne, czyli akty prawa miękkiego w praktyce stosowania prawa konkurencji (od redaktora prowadzącego)*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5.
146. Mlostoń-Olszewska A., *Kilka uwag krytycznych na temat wydanych przez Prezesa UOKiK w dniu 9 grudnia 2019 r. wyjaśnień przepisów prawa pn. „Wyjaśnienia dla przedsiębiorców – Przeszukania UOKiK"*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 5.
147. Molski R., *Antykonkurencyjne innowacje – oksymoron czy realne wyzwanie prawa antymonopolowego?*, „Studia Prawa Publicznego" 2017, nr 2.
148. Molski R., *Domniemania w prawie konkurencji – przejaw pragmatyzmu czy analityczna droga na skróty w ochronie konkurencji przez państwo?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2022, nr 4101.
149. Montagnani M. L., *Predatory and Exclusionary Innovation: Which Legal Standard for Software Integration in the Context of the Competition versus Intellectual Property Rights Clash?*, „IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law" 2006, nr 3.
150. Monti G., *The Digital Markets Act: Institutional Design and Suggestions for Improvement*, „TILEC Discussion Paper" 2021, nr 4.
151. Motta M., *Self- Preferencing and Foreclosure in Digital Markets: Theories of Harm for Abuse Cases*, "BSE Working Papper" 2022, nr 1374.
152. Newman J. M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*, "Washington University Law Review" 2016, nr 1.
153. Newman J. M., *The Myth of Free*, "The George Washington Law Review" 2018, nr 2.
154. Noel M. D., 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.
155. Padilla J., J. Perkins, S. Piccolo, *Self-Preferencing in Markets with Vertically Integrated Gatekeeper Platforms*, "The Journal of Industrial Economics" 2022, nr 2.

156. Parker G., M. van Alstyne, *Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design*, "Management Science" 2005, nr 10.
157. Pauer N. I., *The 11th Amendment of the German Act Against Restraints of Competition – A 'New Competition Tool', Facilitated Disgorgement and the DMA's Enforcement*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2023, nr 6.
158. Perinetto P. A., *Intent and competition law assessment: useless or useful tool in the quest for legal certainty?*, "European Competition Journal" 2019, nr 1.
159. Petit N., D. J. Teece, *Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy*, OECD 2020.
160. Polański J., *Neobrandeisianizm i polityczność ochrony konkurencji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2020, nr 9.
161. Polański J., *Rynki nierelewantne*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2023, nr 5.
162. Posner R. A., *Antitrust in the New Economy*, "Law & Economics Working Papers" 2000, nr 106.
163. Posner R., Rational Choice, *Behavioral Economics and the Law*, "Stanford Law Review" 1998, nr 5.
164. Rato M. P. L., N. Petit, *Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered?*, "European Competition Journal" 2013, nr 1.
165. Ritter C., *Presumptions in EU Competition Law*, "Journal of Antitrust Enforcement" 2018, nr 2.
166. Robertson V., *Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems*, "Concurrences" 2021, nr 2.
167. Rochet J.-C, J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, "Journal of the European Economic Association" 2003, nr 4.
168. Rochet J.-C., J. Tirole, *Cooperation among Competitors: Some Economics of* Payment Card Associations, "The RAND Journal of Economics" 2002, nr 4.
169. Rochet J.-C., J. Tirole, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, "The RAND Journal of Economics" 2006, nr 3.
170. Rokita K., *Test równie efektywnego konkurenta w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2016, nr 4.
171. Scheibe A., *Korzyści sieci i efekt „zamknięcia konsumenta" a lojalność konsumentów w e-businessie*, „Ekonomiczne Problemy Usług" 2010, nr 58.
172. Schroeter B., A. Hoyng, *De Digital Markets Act als instrument voor het mededingingsbeleid in perspectief*, "Markt & Mededinging" 2021, nr 4-5.
173. Schweitzer H., *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal* (2021).
174. Shekhar S., *Zero Pricing Platform Competition. MPRA*, "MPRA Paper" 2020, nr 99364.
175. Shelanski H., *Antitrust and Deregulation*, "Yale Law Journal" 2018, nr 7.
176. Shelanski H., *Information, innovation, and competition policy for the Internet*, „University of Pennsylvania Law Review" 2013, nr 6.
177. Sipe M., *Covering Prying Eyes with an Invisible Hand: Privacy, Antitrust, and the New Brandeis Movement*, "Harvard Journal of Law & Technology" 2023, nr 2.
178. Skoczny T., *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny" 2011, nr 2.
179. Skoczny T., *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, „Problemy zarządzania" 2004, nr 3.
180. Spulber D. F., *Antitrust and Innovation*, "Competition Journal of Antitrust Enforcement" 2023, nr 1.
181. Streel de A., B. Liebhaberg, A. Fletcher, R. Feasey, J. Crämer, G. Monti, *The European Proposal for a Digital Markets Act: A First Assessment*, „CERRE Assessment Paper" 2021.
182. Streel de A., *Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal*, Namur 2018.
183. Stucke M. E., *Money, Is That What I Want?: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics*, "Santa Clara Law Review" 2010, nr 50.
184. Swora M., *Prawo ochrony konkurencji a przedsiębiorstwa nowej gospodarki - aktualne problemy*, „Prawo i Administracja" 2006, nr 5.
185. Szmigielski A., *Między skutecznością równoległego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej a ochroną praw podstawowych – rozważania o zakazie podwójnego karania w jednym postępowaniu antymonopolowym w świetle sprawy C-617/17, PZU*, „Europejski Przegląd Sadowy" 2018, nr 9.
186. Szmigielski A., *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2019, nr 10.
187. Szmigielski A., *Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2016, nr 6.
188. Szmigielski A., *Regulacja dystrybucji selektywnej a ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym w świetle unijnego prawa konkurencji*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2016, nr 2.

189. Szmigielski A., *Regulacja nieuczciwych i nietransparentnych praktyk handlowych w relacji między użytkownikami biznesowymi a platformami — znaczenie prawa antymonopolowego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2020, nr 9.
190. Szmigielski A., *Rola polityki antymonopolowej Unii Europejskiej w erze cyfrowej – wyzwania oraz praktyczne implikacje*, „Refleksje" 2017, nr 15.
191. Sznajder M., *No Strings Attached? Zero-Price Practices on Social Media Markets under EU Abuse of Dominance Assessment*, "Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2021, nr 14, s. 39.
192. Szwarc M., *Effectiveness of EU law and protection of fundamental rights – in search of balance in the context of the ne bis in idem principle*, „Studia Prawnicze" 2019, nr 4
193. Szydło M., *Nadużycie pozycji dominującej a cel działania przedsiębiorcy (uwagi na tle art. 82 TWE)*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 10.
194. Thaler R. H., *From Cashews to Nudges: The Evolution of Behavioral Economics*, "American Economic Review" 2018, nr 6.
195. Thépot F., *Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, „World Competition" 2013, nr 2.
196. Todd P. F., *Digital Platforms and the Leverage Problem*, "Nebraska Law Review" 2019, nr 2.
197. Tombal t., *Ensuring contestability and fairness in digital markets through regulation: a comparative analysis of the EU, UK and US approaches*, "European Competition Journal" 2022, nr 3.
198. Tonazzi A., G. Carovano, *Digital Platforms and Self-Preferencing*, "Antitrust Chronicle" 2021, nr 6.
199. Tonna-Barthet C., L. O'Carroll, *Procedural justice in the age of tech giants – justifying the EU Commission's approach to competition law enforcement*, "European Competition Journal" 2020, nr 2-3.
200. Tversky A., D. Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, "Science" 1981, nr 4481.
201. Twigg-Flesner Ch., *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, "Journal of European Consumer and Markets Law" 2018, nr 6.
202. Valdivia A., *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business*? "World Competition" 2018, nr 1.
203. Vesterdorf B., K. Fountoukakos, *An Appraisal of the Remedy in the Commission's Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2018, nr 1.
204. Vesterdorf J., *Article 102 TFEU and Sanctions: Appropriate When?*, "European Competition Law Review" 2011, nr 11.
205. Walker M., *Competition policy and digital platforms: six uncontroversial propositions*, "European Competition Journal" 2020, nr 1.
206. Wen W., F. Zhu, *Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses: Evidence from the Mobile App Market*, "Harvard Business School Working Paper" 2017, nr 18-036.
207. Whinston M. D., *Tying, Foreclosure and Exclusion*, "The American Economic Review" 1990, nr 4.
208. Wiaderek F., *New Competition Tool – (utracona) szansa na rozwiązanie algorytmicznych problemów prawa konkurencji*, „Prawo Mediów Elektronicznych" 2021, nr 4.
209. Wils P. J., *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, "World Competition: Law and Economics Review" 2004, nr 2.
210. Wils W. P., *Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network*, "World Competition" 2020, nr 1.
211. Wils P. J., *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance*, "World Competition" 2014, nr 4.
212. Wils P. J., *The Principle of 'Ne Bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, "World Competition" 2003, nr 2.
213. Witt C., *The Digital Markets Act – Regulating the Wild West*, "Common Market Law Review" 2023, nr 3.
214. Woźniak-Cichuta M., *Koniec „zabójczych przejęć" czy pewności prawa? Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2022, nr 4.
215. Vesterdorf B., *Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?* "Competition Law & Policy Debate" 2015, nr 1.
216. Yunsieg K., *A Revolution Without a Cause: The Digital Markets Act and Neo-Brandeisian Antitrust*, "Wisconsin Law Review" 2023, nr 4.
217. Zhu F., L. Qihong, *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, "Strategic Management Journal" 2018, nr. 10.

218. Zimmer D., M. Blaschczok, *Most-favoured-customer clauses and two-sided*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2014, nr 4.
219. Zingales N., *Antitrust intent in an age of algorithmic nudging*, "Journal of Antitrust Enforcement" 2019, nr 3.

1.2. Książki, komentarze, rozdziały w pracach zbiorowych

1. Akman P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oxford-Portland-Oregon 2012.
2. Allott N., *The limits of law*, Londyn 1980.
3. Bailey D., L. E. John (red.), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, Oksford 2018.
4. Baldwin R., M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oksford 2011.
5. Banasiński C., *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015.
6. Banasiński C., *Podstawy i zakres prawa konkurencji Unii Europejskiej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024
7. Belleflamme P., M. Peitz, *The economics of platforms. Concepts and strategies*, Cambridge 2021.
8. Berbece S., *'Let There Be Light!' Dark Patterns Under the Lens of the EU Legal Framework*, Leuven 2019.
9. Bernatt M., L. Zoboli, *Competition Law*, [w:] M. Scholten (red.), *Research Handbook on the Enforcement of EU Law*, Northampton 2023.
10. Bernatt M., *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.
11. Bishop S., M. Walker, *The Economics of EC competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2002.
12. Błachucki M., *Ponadnarodowe sieci organów administracji publicznej oraz ich wpływ krajowy porządek prawny*, Warszawa 2019.
13. Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012.
14. Bockel van B., *The ne bis in idem principle in EU law: a conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden 2009.
15. Bongard C., D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007.
16. Bork R. H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oksford 1997.
17. Bostoen F., *Abuse of Platform Power - leveraging conduct in digital markets under EU competition law and beyond*, Nowy Jork 2023.
18. Bourreau M., *DMA Horizontal and Vertical Interoperability Obligations*, [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023.
19. Castillo de la Torre F., E. Gippini Fournier, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, 2017.
20. Collingridge D., *The Social Control of Technology*, Londyn 1980.
21. Colomo P. I., '*Regulatory' and 'Antitrust' Remedies in EU Competition Law*, [w:] D. Gerard, A. Komninos (red.), *Remedies in EU Competition Law Substance, Process and Policy*, Alphen aan den Rijn 2020.
22. Colomo P. I., A. Lamadrid, *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring (red.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruksela 2017.
23. Colomo P. I., *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018.
24. Crane D. A., *The Institutional Structore of Antitrust Enforcment*, Oksford 2011.
25. Cusumano A., A. Gawer, D. B. Yoffie, *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power*, Nowy Jork 2019.
26. Czarny B., *Wstęp do ekonomii*, Warszawa 2006.
27. Czerniak M., *Ochrona konkurencji a własność intelektualna na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2018.
28. Czuchryta A., *Standard dowodowy w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2021.
29. Demsetz H., *The Economics of the Business Firm: Seven Critical Commentaries*, Cambridge 1995.
30. Dobosz K., *Jednolitość stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez organy i sądy Państw Członkowskich*, Warszawa 2018.
31. Doniec A., *Stosowanie kar pieniężnych w unijnym i polskim prawie konkurencji w świetle wymogów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2016.
32. Donoghue R. O', J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oksford-Portland 2013.
33. Dubejko U., *Wykorzystanie analizy ekonomicznej przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorców w sprawach z zakresu nadużywania pozycji dominującej i kontroli łączeń*, [w:] C. Balasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007.
34. Dunne N., *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge 2015.
35. Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Massachusetts 1977.

36. Edlin A., *Predatory Pricing*, [w:] E. R. Elhauge (red.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Cheltenham-Northampton 2012.
37. Evans D. S., R. Schmalensee, *Kod katalizatora. Strategie najbardziej dynamicznych firm świata*, Warszawa 2010.
38. Evans D. S., R. Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Boston 2016.
39. Evans D. S., R. Schmalensee, *Multi-sided Platforms*, [w:] *The New Palgrave Dictionary of Economics* Londyn 2017.
40. Ezrachi A, M.E. Stucke, *Virtual competition*, Londyn 2016.
41. Faull J., A. Nikpay. *The EC Law of Competition*, Oxford 2007.
42. Fletcher A., *DMA switching tools and choice screens*, [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023.
43. Frąckowiak-Adamska A., *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty europejskiej*, Warszawa 2009.
44. Friedman M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, Nowy Jork 1975, s. 45.
45. Geradin D., A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oksford 2012.
46. Gerber D. J., *Global Competition. Law, Markets and Globalization*, Oksford 2010.
47. Gilbert R. J., *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*, Cambridge-Londyn 2020.
48. Graef I., *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn 2016
49. Graf Th., D. R. Little, *Tying and Bundling*, [w:] F. E. Gonzalez-Diaz, R. Snelders (red.), *EU Competition Law Volume V – Abuse of Dominance: Under Article 102 TFEU*, Deventer-Leuven 2013.
50. Grochowski M., *Komentarz do art. 15 Rozporządzenia platform-to-business*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024.
51. Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Oksford 1994.
52. Hoff W., *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008.
53. Hull D. W., *Tying: A Transatlantic Perspective*, [w:] P. Marsden (red.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, s. 287-318, Cheltenham-Northampton 2006.
54. Jabłonowska A., *Komentarz do art. 5 Rozporządzenia platform-to-business*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024.
55. Jaroszyński K., M. Wierzbowski, *Organy regulacyjne*, [w:] M. Dyl (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 6*, Warszawa 2011, s. 312-313.
56. Jones A., B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oksford 2017.
57. Jurkowska-Gomułka A., *Komentarz do art. 9 u.o.k.k.*, [w:] T. Skoczny. (red.), *Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2014.
58. Jurkowska-Gomułka A., *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013.
59. Kalintiri A., *Evidence Standards in EU Competition Enforcement: The EU Approach*, Oksford, 2019.
60. Kępiński M., *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, w: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 15. Prawo konkurencji*, Warszawa 2014.
61. Klemt T., *Metody i narzędzia regulacji rynków kluczowych z perspektywy współczesnej gospodarki*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2022.
62. Klincewicz K., *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.
63. Kohutek K., *Komentarz do art. 9 u.o.k.k.*, [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
64. Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012.
65. Kohutek K., *Zakaz nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024.
66. Kornobis-Romanowska D., *Pewność prawa w Unii Europejskiej. Pomiędzy autonomią jednostki a skutecznością prawa UE*, Warszawa 2018.
67. Kowalik-Bańczyk K., *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012
68. Krämer J., *Data access provisions in the DMA*, [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023.
69. Król-Bogomilska M., *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001.

70. Król-Bogomilska M., *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013.
71. Christensen M., *The Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston 1997.
72. Maciej W., *Pewność prawa*, Gdańsk 2014.
73. Małobęcka-Szwast I., *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, Warszawa 2021.
74. Małobęcka-Szwast I., *Komentarz do art. 5 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024.
75. Małobęcka-Szwast I., *Komentarz do art. 6 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024.
76. Małobęcki I., *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013.
77. Mândrescu D., *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms*, Bodegraven 2022
78. Materna G., A. Szmigielski, *Komentarz do art. 1 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024.
79. Materna G., *Komentarz do art. 30 DMA*, [w:] M. Grochowski (red.), *Rynek cyfrowy. Akt o Usługach Cyfrowych. Akt o Rynkach Cyfrowych. Rozporządzenie platform-to-business. Komentarz*, Warszawa 2024.
80. Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009.
81. Materna G., *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 365.
82. Menszig-Wiese K., *Odpowiedzialność antymonopolowa pomocnika kartelu w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2022.
83. Meyer M. H., A. P. Lehnerd, *The Power of Product Platforms*, Nowy Jork 1997.
84. Miąsik D., *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player*, [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii* Warszawa 2008.
85. Miąsik D., *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012.
86. Miąsik D., *Zasada efektywności*, [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010.
87. Miąsik D., *Zasady i prawa podstawowe. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2022.
88. Molski R., *Formy nadużywania pozycji dominującej*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka, A. Piszcz (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2024.
89. Monti G., *EC Competition Law*, Cambridge 2012.
90. Nazzini R., *The Foundations of European Union Competition Law. The Objective and Principles of Article*, Oksford 2011.
91. Østerud E., *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU: the Spectrum of Tests*, Alphen aan den Rijn 2010.
92. Parker G., M. W. Van Alstyne, S. P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – and How to Make Them Work for You*, Nowy Jork-Londyn, 2016.
93. Piszcz A., *Komentarz do działu VII. Kary pieniężne*, [w:] T. Skoczny (red.), *Komentarz do Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014.
94. Piszcz A., *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013
95. Peitz M., *The prohibition of self-preferencing in the DMA*, [w:] Alexandre de Streel *et. al.* (red.), *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, "Centre in Regulation in Europe" 2023.
96. Półtorak N., *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010.
97. Polański P., *Europejskie prawo handlu elektronicznego. Mechanizmy regulacji usług społeczeństwa informacyjnego*, Warszawa 2014.
98. Posner R. A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago 1976.
99. Powolny M., *Postępowanie antymonopolowe w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2020.
100. Rousseva E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oksford 2010.
101. Sauter W., *Coherence in EU Competition Law*, Oksford 2016.
102. Schumpeter J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Londyn 1994
103. Schwarze J., *European Administrative Law*, Londyn 1992.
104. Senden L., *Soft Law in European Community Law*. Oxford 2004.
105. Skoczny T., *Przedmowa*, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009.
106. Solan M., *The Language of Judges*, Chicago 1993.

107. Stawicki E., *Komentarz do art. 18 u.o.k.k.*, [w:] A. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016
108. Stefaniuk M., *Pojęcie rynku i konkurencji w publicznoprawnych regułach konkurencji*, [w:] M. Stefaniuk (red.), *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Lublin 2005.
109. Surdek M., *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows*, [w:] D. Miąsik T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.
110. Śledziewska K., K. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020.
111. Szmigielski A., *Między efektywnością prawa konkurencji UE a ochroną praw przedsiębiorców – analiza działań dochodzeniowych i sankcyjnych Prezesa UOKiK w latach 2017–2020*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2022.
112. Szmigielski A., *Otwarty charakter praktyk ograniczających konkurencję w świetle zasady pewności prawa*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków – na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2020.
113. Szmigielski A., *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016.
114. Szmigielski A., *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez organy administracji publicznej*, [w:] R. Grzeszczak, A. Szczerba-Zawada (red.), *Prawo administracyjne Unii Europejskiej*, Warszawa 2016.
115. Szmigielski A., *Zakres i znaczenie wolności gospodarczej dla regulacji rynku*, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców*, Warszawa 2022.
116. Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010.
117. Szydło M., *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010.
118. Szydło W., *Polskie organy regulacji sektorowej jako instytucje prawa prywatnego*, Wrocław 2019.
119. Targański B., *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010.
120. Tiersma P., *Legal Language*, Chicago 1999.
121. Tridimas T., *The General Principles of EU Law*, Nowy Jork 2007.
122. Tzanaki A., J. Nowag, *The Institutional Framework of the DMA: From Hybrid to Mature?*, [w:] Ch. Ahlborn, P. I. Colomo, W. Leslie (red.), *The Law and Economics of the Digital Markets Act*, 2023.
123. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn 2021.
124. Wu T., *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, Nowy Jork 2010.

1.3. Raporty i ekspertyzy

1. AC, *Digital ecosystems, Big Data and algorithms. Issues Paper*, 2019.
2. ACCC, *Digital platforms inquiry - final report*, 2019.
3. AGCM, *Raport na temat propozycji reform konkurencyjnych* (wł. *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*).
4. Aziewicz D., J. Górka, T. Skoczny, *Ekspertyza naukowa. Analiza antymonopolowa w przypadku koncentracji przedsiębiorców na rynkach dwustronnych*, Warszawa 2015.
5. Bundeskartellamt, AdC, *Competition Law and Data* (2016)
6. Bundeskartellamt, *Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 11. GWB-Novelle*, Bonn 2023,
7. Bundeskartellamt, *Working Paper The Market Power of Platforms and Networks Executive Summary* (2016).
8. CMA, *Merger Assessment Guidelines*, Londyn 2021
9. CMA, *Mobile Ecosystems Market Study*, Londyn 2022.
10. CMA, *Online platforms and digital advertising Market study final* report, Londyn 2020.
11. CMA, *Online search: Consumer and firm behaviour. A review of the existing literature*, Londyn 2017
12. CMA, *The CMA's Digital Markets Strategy*, Londyn 2019.
13. Commission 'Competition Law 4.0', *A New Competition Framework for the Digital Economy* (2019).
14. Commission Nationale de L'informatique et des Libertés (CNIL), *Shaping Choices in the Digital World. From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI Design on user empowerment (2019)*
15. Crémer J., D. Schnurr, A. de Streel, *Internet Platforms and Non*-Discrimination. Project Report, "Centre on Regulation in Europe" 2017.
16. Crémer J., Y.-A. de Montjoye H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Bruksela 2019.
17. Demary V., *The platformization of digital markets: Comments on the public consultation of the European Commission on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, "IW Policy Paper" 2015, nr 39,
18. Departament Handlu Stanów Zjednoczonych, *Competition in the Mobile App Ecosystem*, 2023.

19. Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych, *Single-Firm Conduct Under Section 2 Of The Sherman Act* (2008).
20. Furman J., *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel* (2019).
21. G7, *Common Understanding of G7 Competition Authorities on "Competition and the Digital Economy"*, Paryż, 2019.
22. Google, *Consultation on the European Commission's Inception Impact Assessment Concerning the possible Ex Ante Regulation of Platforms and the New Competition Tool*, 2020.
23. GSMA, *Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem* (2016).
24. House of Lords, European Union Committee, *Defining 'online platforms', Online Platforms and the Digital Single Market* (2016).
25. ICN, *Report on the Results of the ICN Survey on Dominance/Substantial Market Power in Digital Markets*, 2020.
26. Jurkowska A., T. Skoczny, *Dyskryminacja pozacenowa w polskim i wspólnotowym prawie ochrony konkurencji*, „Raport z badań. Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych" Warszawa 2008.
27. KE, *Study on evaluation of the Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (the P2B Regulation) – Final report, Publications Office of the European Union*, Bruksela 2023.
28. Monopolkommission, *Competition policy: The challenge of digital markets. Special Report* (2015).
29. Monti G., A. de Streel, *Report. Improving EU Institutional Design to Better Supervise Digital Platforms*, CERRE 2022.
30. OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, Paryż 2020.
31. OECD, *Annual Report on Competition Policy Developments in Italy*, Paryż 2021.
32. OECD, *Competition and Innovation, Part I: A theoretical perspective*, Paryż 2023.
33. OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Paryż 2021.
34. OECD, *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies*, Paryż 2020.
35. OECD, *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021.
36. OECD, *Executive Summary of the Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems*, Paryż 2020.
37. OECD, Executive Summary of the Roundtable on Competition Enforcement and Regulatory Alternatives, Paryż 2021.
38. OECD, *Global Forum on Competition. Abuse of dominance in digital markets. Summary of Discussion*, Paryż 2022.
39. OECD, *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement*, Paryż 2022.
40. OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets*, Paryż 2018.
41. OECD, *Refusals to Deal. Policy roundtables*, Paryż 2007.
42. OECD, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, Paryż 2014.
43. OECD, *Remedies and commitments in abuse cases*, Paryż 2022.
44. OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paryż 2018.
45. OECD, *Roundtable on Two-Sided Markets*, Paryż 2009.
46. OECD, *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law*, Paryż 2017.
47. OECD, *Summary of Discussion of the Roundtable on Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, Paryż 2021.
48. OECD, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, Paryż 2010.
49. OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, Paryż 2022.
50. OECD, *The Role of Innovation in Competition Enforcement*, Paryż 2023.
51. OECD, *The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment*, Paryż 2021.
52. Oxera, *Two-sided market definition: some common misunderstandings*, Paryż 2022.
53. Positive Competition, *Feedback on the New Competition Tool and ex-ante regulation of digital undertakings with gatekeeping power*, Belgia 2020.
54. Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report, Chicago 2019.
55. *The Role of Innovation in Enforcement Cases – Note by Spain*, OECD 2023.
56. United States House Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report And Recommendations* (2020), https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/html/CPRT-117HPRT47832.htm (data dostępu: 14.01.2023).
57. Whish R., *New Competition Tool – Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular Focus on the UK's market investigation tool – Expert study*, Bruksela 2020.

2. Akty normatywne, akty *soft law*, projekty aktów prawnych oraz dokumenty powiązane

2.1. Europejskie akty prawne (UE, Rada Europy)

1. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego, Dz. U. z 14.1.2019, L 11, s. 3-33.
2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/1535 z 9.09.2015 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, Dz. U. z 17.9.2015 r., L 241, s. 1.
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2019/770 z 20.05.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych, Dz. U. z 22.5.2019, L 136, s. 1-27.
4. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej, Dz. U. z 17.12.2018, L 321/36, s. 36-214.
5. Dyrektywy Parlamentu europejskiego i Rady 2019/944 z dnia 5.06.2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniająca dyrektywę 2012/27/UE, Dz. U. z 14.6.2019, L 158/125, s. 125-199.
6. Karta praw podstawowych, Dz. Urz. C 326 z 26.10.2012 r., s. 391.
7. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r., Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.
8. Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.U. z 30.06.2009 r. L nr 1, s. 1 ze zm.
9. Rozporządzenie nr 2019/1150 w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego, Dz.U. z 11.7.2019, L 186, s. 57-79.
10. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U. z 4.05.2016 r. L 119, s. 1-88.
11. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2022/1925 z 14.09.2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych), Dz.U. L 265 z 12.10.2022, s. 1-66.
12. Rozporządzenie Rady nr 1024/2013 z 15.10.2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi, Dz. U. z 29.10.2013, L 287/63, s. 63-89.
13. Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1971 z 11.12.2018 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Agencję Wsparcia BEREC (Urząd BEREC), zmieniające rozporządzenie (UE) 2015/2120 oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1211/2009, D. Urz. z 17.12.2018, L 321/1, s. 1-35.
14. Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 326 z 26.10.2012, s. 47-390.

2.2. Polskie akty prawne

1. Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.
2. Ustawa z 14.06. 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. z 2023 r. poz. 775.
3. Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. z 2023 r. poz. 1689, ze zm.
4. Ustawa z 6.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców, Dz. U. z 2023 r. poz. 221, ze zm.
5. Ustawa z 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. z 2024 r. poz. 34.
6. Ustawa z 17.11.2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, Dz.U. z 2023, poz. 351.

2.3. Akty prawne państw członkowskich

1. Brytyjska Ustawa o Przedsiębiorczości (Enterprise Act 2002) z 7.11.2002 r., zmieniona 6.04.2013, UK Public General Acts 2002.
2. Niemiecka ustawa o konkurencji z 26.06.2013 r., Bundesgesetzblatt (Federalny Dziennik Urzędowy) I, 2013, s. 1750, 3245, zmieniona 19.07.2022 r., Federalny Dziennik Urzędowy I, s. 1214.
3. Duńska ustawa nr 740 z 30.05.2020 r. o wykonaniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie promowania uczciwości i przejrzystości dla użytkowników usług pośrednictwa internetowego.
4. Rumuńskie rozporządzenie nr 23 z 31.03.2021 r., w sprawie działań mających na celu wykonanie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1.150 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie promowania uczciwości i

przejrzystości dla przedsiębiorców korzystających z usług pośrednictwa internetowego oraz o zmianie i uzupełnieniu Prawa konkurencji.

2.4. Akty prawa miękkiego (wytyczne, obwieszczenia, priorytety)

1. KE, *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu [obecnie 101 ust. 3 TFUE]*, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97-118.
2. KE, *Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) Rozporządzenia 1/2003*, Dz. U. z 2006 r. 1.09.2006 C 210, s. 2-5.
3. KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE [obecnie 102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz.U. z 24.2.2009, C 45/02, s. 7-20.
4. KE, *Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji*, Dz. U. z 9.12.1997, C 372, s. 5-13.
5. KE, *Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji*, Dz. U. C/2024/1645 z 22.02.2024 r.
6. Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję (2021.03.31).*

2.5. Projekty aktów oraz dokumenty

1. Francuski projekt ustawy z 19.02.2020 r. pt. „Wolny wybór konsumentów w cyberprzestrzeni" (*fr.Libre choix du consommateur dans le cyberespace*).
2. Konsultacje społeczne dotyczące brytyjskiej ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych z 2021 r., https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1003913/Digital_Competition_Consultation_v2.pdf.
3. Brytyjski projekt ustawy o dotyczącej regulacji rynków cyfrowych przedstawiony w Izbie Gmin 25.04.2023 (projekt ustawy nr 294).
4. KE, *Commission Staff Working Document*. *A Digital Single Market for Europe: Analysis and Evidence*, SWD(2015)100, Bruksela 2015.
5. KE, *Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy*, COM/2016/0288 final, Bruksela 2016.
6. KE, *Przegląd zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji*, Bruksela 2022.
7. KE, *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, Bruksela 2015.
8. KE, *Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy*, COM(2015) 192 final, Bruksela 2015.
9. KE, *Support study accompanying the Commission Notice on the evaluation of the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, Bruksela 2021.
10. KE, *Uzasadnienie Wniosku Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych)*, COM(2020) 842 final, Bruksela 2020.

3. Orzecznictwo, decyzje, opinie

3.1. Wyroki sądów europejskich (Sądu, TS, ETPC)

1. Wyrok Sądu z 12.12.1991 r. w sprawie T-30/89, *Hilti AG przeciwko Komisji*, EU:T:1991:70.
2. Wyrok Sądu z 6.10.1994 r. w sprawie T-83/91, Tetra *Pak International SA przeciwko Komisji*, EU:T:1994:246.
3. Wyrok Sądu z 15.09.1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T 375/94, T-384/94 oraz T-388/94, *European Night Services i inni przeciwko Komisji*, EU:T:1998:198.
4. Wyrok Sądu z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97, *Irish Sugar plc przeciwko Komisji*, EU:T:1999:246.
5. Wyrok Sądu z 6.07.2000 r. w sprawie T-62/98, *Volkswagen przeciwko Komisji*, EU:T:2000:180.
6. Wyroki Sądu z 30.09.2003 r. w sprawie T-191/98 i od T-212/98 od T-214/98, *Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji*, EU:T:2003:245.
7. Wyrok Sądu z 30.09.2003 r. w sprawie T-191/98 i od T-212/98 od T-214/98, *Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji*, EU:T:2003:245.
8. Wyrok Sądu z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01, *Michelin przeciwko Komisji*, EU:T:2003:250.
9. Wyroki Sądu z 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98, *Van den Bergh Foods przeciwko Komisji*, EU:T:2003:281.
10. Wyrok Sądu z 8.07.2004 r. w sprawie T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG przeciwko Komisji*, EU:T:2004:218.
11. Wyrok Sądu z 25.10.2005 r. w sprawie T-38/02, *Groupe Danone przeciwko Komisji*, EU:T:2005:367.

12. Wyrok Sądu z 7.06.2006 r. w sprawie T-213/01 *Österreichische Postsparkasse v. Komisja*, EU:T:2006:151.
13. Wyrok Sądu z 27.09.2006 r. w sprawie T-59/02, *Archer Daniels Midland Co. przeciwko Komisji*, EU:T:2006:272.
14. Wyrok Sądu z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft*, EU:T:2007:289.
15. Wyrok Sądu z 8.10.2008 r. w sprawie T-69/04, *Schunk GmbH*, EU:T:2008:415.
16. Wyrok Sądu z 15.12.2010 r. w sprawie T-427/08, *CEAHR przeciwko Komisji*, EU:T:2010:517.
17. Wyrok Sądu z 3.03.2011 r. w sprawie T-110/07, *Siemens przeciwko Komisji*, EU:T:2011:68.
18. Wyrok Sądu z 8.07.2011 r. w sprawie T-50/00, *Dalmine SpA przeciwko Komisji*, EU:T:2004:220.
19. Wyrok Sądu z 13.07.2011 r. w sprawie T-138/07, *Schindler Holding Ltd i in. przeciwko Komisji*, EU:T:2011:362.
20. Wyrok Sądu z 29.03.2012 r. w sprawie T-336/07, *Telefónica i Telefónica de España przeciwko Komisji*, EU:T:2012:172.
21. Wyrok Sądu z 24.05.2012 r. w sprawie T-111/08, *MasterCard*, EU:T:2012:260.
22. Wyrok Sądu z 16.09.2013 r. w sprawie T-396/10, *Zucchetti Rubinetteria SpA przeciwko Komisji*, EU:T:2013:446.
23. Wyrok Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel przeciwko Komisji*, EU:T:2014:547.
24. Wyrok Sądu z 12.12.2018 r., T-705/14, *Unichem Laboratories Ltd przeciwko Komisji*, EU:T:2018:915.
25. Wyrok Sądu z dnia 18.11.2020 r. w sprawie T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai AB przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:T:2020:545.
26. Wyrok Sądu z 21.03.2021 w sprawiue T-50/06, *RENV - Irlandia przeciwko Komisji*, EU:T:2012:134.
27. Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17, *Google Shopping*, EU:T:2021:763.
28. Wyrok Sądu z 15.06.2022 r. w sprawie T-235/18, *Qualcomm, Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:T:2022:358.
29. Wyrok Sądu z 14.09.2022 w sprawie T-604/18, *Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Android)*, EU:T:2022:541.
30. Wyrok TS z 21.02.1973 r. w sprawie 6/72, *Continental Can przeciwko Komisji*, EU:C:1973:22.
31. Wyrok TS z 6.03.1974 r. w sprawie 6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation przeciwko Komisji*, EU:C:1974:18.
32. Wyrok TS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76, *United Brands and United Brands Continental przeciwko Komisji*, EU:C:1978:22.
33. Wyrok TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, EU:C:1979:36.
34. Wyrok TS z 9.11.1983 r. w sprawie C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*, EU:C:1983:313.
35. Wyrok TS z 3.10.1985 r. w sprawie 311/84, *CBEM przeciwko CLT and IPB*, EU:C:1985:394.
36. Wyrok TS z 13.12.1989 r. w sprawie C-322/88, *Salvatore Grimaldi przeciwko Fonds des maladies professionnelles*, EU:C:1989:646.
37. Wyrok TS z 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90, *Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH*, EU:C:1991:161.
38. Wyrok TS z 3.07.1991 r. w sprawie C-62/86, *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji*, EU:C:1991:286.
39. Wyrok TS z 6.04.1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P oraz C-242/91 P, *Magill*, EU:C:1995:98.
40. Wyrok TS z 18.06.1998 w sprawie C-35/96, *Komisja przeciwko Włochom*, EU:C:1998:303.
41. Wyrok TS z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569.
42. Wyrok TS z 17.12.1998 r. w sprawie C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH przeciwko Komisji*, EU:C:1998:608.
43. Wyrok TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257.
44. Wyrok TS z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P, *British Airways przeciwko Komisji*, EU:C:2007:166
45. Wyrok TS z 3.05.2007 r. w sprawie C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW przeciwko Leden van de Ministerraad*, EU:C:2007:261
46. Wyrok TS z 22.05. 2008 r. w sprawie C-266/06 P, *Evonik Degussa przeciwko Komisji i Radzie*, EU:C:2008:295.
47. Wyrok TS z 1.07.2008 r. w sprawie C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) przeciwko Elliniko Dimosio*, EU:C:2008:376.
48. Wyrok TS z 16.09.2008 r. w sprawie C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia EE i inni przeciwko GlaxoSmithKline*, EU:C:2008:504
49. Wyrok TS z 18.11.2008 r. w sprawie C-158/07, *Jacqueline Förster przeciwko Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, EU:C:2008:630.
50. Wyrok TS z 10.03.2009 r. w sprawie C-345/06, Gottfried Heinrich, EU:C:2009:140.
51. Wyrok TS z 10.09. 2009 r. w sprawie C-201/08, Plantanol GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Darmstadt, EU:C:2009:539.
52. Wyrok TS z 6.10.2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji*, EU:C:2009:610
53. Wyrok TS z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, EU:C:2010:603.
54. Wyrok TS z 7.11.2010 w sprawie C-439/08, *VEBIC*, EU:C: 2010:739.
55. Wyrok TS z 17.02. 2011 r. w sprawie C-52/09, *TeliaSonera*, EU:C:2011:83.

56. Wyrok TS z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10, *Toshiba Corporation e.a*, EU:C:2012:72.
57. Wyrok TS z 27.03.2012 w sprawie C 209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172.
58. Wyrok TS z 12.07.2012 w sprawie C-138/11, *CompassDatenbank GmbH przeciwko Republice Austrii*, EU:C:2012:449.
59. Wyrok TS z 6.12.2012 r., C-457/10 P, *AstraZeneca AB i AstraZeneca plc przeciwko Komisji*, EU:C:2012:770.
60. Wyrok TS z 26.02.2013 r. w sprawie C-617/10, *Åklagaren przeciwko Hansowi Åkerbergowi Franssonowi*, EU:C:2013:105.
61. Wyrok TS z 14.3.2013 r. w sprawie C 32/11, *Allianz Hungária Biztosító i in. przeciwko Gazdasági Versenyhivatal*, EU:C:2013:160.
62. Wyrok TS z 18.07.2013 r. w sprawie C-499/11 P, *The Dow Chemical Company i in. przeciwko Komisji*, EU:C:2013:482.
63. Wyrok TS z 11.12.2013 r. w sprawie T-79/12, *Cisco Systems przeciwko Komisji*, EU:T:2013:635.
64. Wyrok TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204.
65. Wyrok TS z 4.12.2014 r. w sprawie C 413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media przeciwko Staat der Nederlanden*, EU:C:2014:2411.
66. Wyrok TS z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark*, EU:C:2015:651.
67. Wyrok TS z 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P, *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*, EU:C:2015:717.
68. Wyrok TS z 30.01.2017 r. sprawie T-340/03, *France Telecom przeciwko Komisji*, EU:T:2007:22.
69. Wyrok TS z 6.09.2017 r. C-413/14 P, *Intel przeciwko Komisji*, EU:C:2017:632.
70. Wyrok TS z 20.03.2018 r. w sprawie C-524/15, *Menci*, EU:C:2018:197.
71. Wyrok TS z 30.01.2020 r. w sprawie C 307/18, *Generics (UK) i in.*, EU:C:2020:52.
72. Wyrok TS z 25.03.2021 r. w sprawie C-165/19 P, Slovak Telekom przeciwko Komisji, EU:C:2021:239.
73. Wyrok TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20, *bpost*, EU:C:2022:202.
74. Wyrok TS z 12.05.2022 r. w sprawie C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale i in.*, EU:C:2022:379.
75. Wyrok TS z 19.01.2023 r. w sprawie C-680/20, *Unilever*, EU:C:2023:33.
76. Wyrok TS z 4.07.2023 r. w sprawie C-252/21, *Meta Platforms*, EU:C:2023:537.
77. Wyrok ETPC z 8.06.1976 r. w sprawie 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *Engel i in. przeciwko Niderlandom*, HUDOC.
78. Wyrok ETPC z 22.06.2000 r. w sprawach 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, *Coëme i in. przeciwko Belgii*, HUDOC.
79. Wyrok ETPC z 10.02.2009 r. w sprawie 14939/03, *Sergey Zolotukhin przeciwko Rosji*, HUDOC.
80. Wyrok ETPCz z 27.09.2011 r. w sprawie 43509/08, *Menarini Diagnosticts S.R.L. przeciwko Włochom*, HUDOC.
81. Wyrok ETPC z 15.11.2016 r. w sprawie 24130/11 i 29758/11, *A i B przeciwko Norwegii, HUDOC.*

3.2. Orzecznictwo sądów polskich (SOKiK, Sąd Antymonopolowy, SN)

1. Wyrok SA w Warszawie z 27.03.2018 r., sygn. akt VI ACa 1117/2014.
2. Wyrok Sądu Antymonopolowego z 11.12.2000 r., sygn. akt XVII Ama 45/00.
3. Uchwała SN z 21.01.2016 r., sygn. akt III SZP 4/15.
4. Wyrok SN z 14.11.2008 r., sygn. akt III SK 9/08.
5. Wyrok SN z 19.02.2009 r., sygn. akt III SK 31/08.
6. Wyrok SN z 19.09.2019 r., sygn. akt I NSK 81/18.
7. Wyrok SN z 20.03.2018 r., sygn. akt: III SK 5/17.
8. wyrok SN z 20.05.2015 r., sygn. akt III SK 53/14.
9. Wyrok SN z 29.05.2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.
10. Wyrok SN z 6.12.2007 r., sygn. akt III SK 16/07.
11. Wyrok SN z 9.09.2006 r., sygn. akt III SK 6/06.
12. Wyrok SN z dnia 19.10.2016 r., sygn. akt V CSK 93/16.
13. Wyrok SOKiK z 4.01.2008 r., sygn. akt: XVII Ama 72/07.
14. Wyrok SOKiK z 4.03.2008 r., sygn. akt: XVII Ama 70/07.
15. Wyrok SOKiK z 4.08.2008 r., sygn. akt: XVII Ama 4/08.
16. wyrok SOKiK z 28.11.2008 r., sygn. akt: XVII Ama 107/07
1. Wyrok SOKiK z 9.11.2006 r., sygn. akt: XVII Ama 114/05.
17. Wyrok TK z 14.06.2000 r., sygn. akt P 3/00.
18. Wyroki SN z 24.04.1996 r., sygn.. akt I CRN 49/94.
19. Wyroki SN z 27.08.2003 r., sygn.. akt I CKN 185/03.

3.3. Decyzje

1. Decyzja KE z 24.03.2004 r. w sprawie COMP37.792, *Microsoft.*
2. Decyzja KE z 18.02.2010 r. w sprawie M.5727, *Microsoft/Yahoo.*
3. Decyzja Komisji z 2.09.2011 r. w sprawie M.6281, *Microsoft/Skype.*
4. Decyzja KE z 12.12.2012 r. w sprawie AT.39847, *Apple (e-booki).*
5. Decyzja KE z 19.06.2013 w sprawie AT.39226, *Lundbeck.*
6. Decyzja KE z 29.04.2014 r. w sprawie AT.39985, *Motorola*.
7. Decyzja KE z 3.10.2014 w sprawie M.7217, *Facebook/WhatsApp.*
8. Decyzja KE z 20.09.2016 r. w sprawie AT.39759, *ARA.*
9. Decyzja KE z 6.11.2016 r. w sprawie M.8124, *Microsoft/LinkedIn.*
10. Decyzja KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740, *Google Shopping*.
11. Decyzja KE z 2.10.2017 w sprawie AT.39813, *Baltic Rail.*
12. Decyzja KE z 18.07.2018 r. w sprawie nr AT.40099, *Google Android.*
13. Decyzja KE z 20.12.2022 r. w sprawach połączonych AT.40462, AT.40703, *Amazon Marketplace i Amazon Buy Box.*
14. Decyzja AGCM z 27.06.2018 r. w sprawie I801B, *Servizi di prenotazione del trasporto mediante taksówka – Milano.*
15. Decyzja AGCM z 27.04.2021 r. w sprawie A529, *Google vs. Enel X*.
16. Decyzja AGCM z 3.10.2022 r. w sprawie A528, *Amazon*.
17. Decyzja AdC z 7.06.2023 r. w sprawie 21-D-11, *Google AdTech*.
18. Decyzja Bundeskartellamt z 20.04.2015 r. w sprawie B6-39/15, *internetowe platformy sprzedaży nieruchomości*.
19. Decyzja Bundeskartellamt z 22.10.2015 r. w sprawie B6-57/15, *Elite Partner*.
20. Decyzja Bundeskartellamt z 22.12.2015 r. w sprawie B9-121/13, *Booking.com*.
21. Decyzja Bundeskartellamt z 6.02.2019 r. w sprawie B6-22/16, *Facebook*.
22. Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2020 r. w sprawie DOK-6/2020, *Kluby fitness.*
23. Decyzja Prezesa UOKiK 1.03.2021 r. w sprawie DOK-2/2021, *Poczta Polska.*
24. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. w sprawie DOK-3/2022, *Allegro*.

3.4. Opinie rzeczników generalnych

1. Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott z 23.02.2006 r. w sprawie C-95/04 P, *British Airways przeciwko Komisji*, EU:C:2006:13.
2. Opinia rzecznika generalnego J. Mazáka z 2.09.2010 w sprawie C-52/09, *TeliaSonera*, EU:C:2010:483.
3. Opinia rzecznika generalnego J. Mazáka z 22.04.2010 r., C–280/08 P, *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, EU:C:2010:212.
4. Opinia rzecznika generalnego N. Wahla z 20.12.2017 r. w sprawie C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA przeciwko AdC*, EU:C:2017:1020.
5. Opinia rzecznika generalnego M. Bobeka z 2.09.2021 r. w sprawie C-117/20, *bpost*, EU:C:2021:680.
6. Opinia rzecznika generalnego R. Rentosa z 9.12.2021 r. w sprawie C 377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, EU:C:2021:998.

4. Publikacje internetowe

4.1. Komunikaty prasowe

1. Komunikat prasowy KE z 17.01.2009 r., *Ochrona konkurencji: Komisja potwierdza wysłanie pisemnego zgłoszenia zastrzeżeń do firmy Microsoft w sprawie powiązania przeglądarki Internet Explorer z systemem Windows*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_15.
2. Komunikat prasowy KE z 6.03.2013 r., *Przepisy antymonopolowe: Komisja nakłada na firmę Microsoft karę finansową za nieprzestrzeganie zobowiązań dotyczących wyboru przeglądarki*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_196.
3. Komunikat prasowy KE z 2.05.2022 r., *Ochrona konkurencji: Komisja przesyła Apple pisemne zgłoszenie zastrzeżeń w związku z praktykami dotyczącymi Apple Pay*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2764.
4. Komunikat prasowy KE z 14.06.2023 r., *Przepisy antymonopolowe: Komisja przesyła do Google pisemne zgłoszenie zastrzeżeń w związku z nadużyciami w technologii reklam online*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207.
5. Komunikat Komisji z 27.03.2023 r., *Ochrona konkurencji: Komisja ogłasza Wytyczne w sprawie nadużyć wykluczających i zmienia Wytyczne dotyczące priorytetów w zakresie egzekwowania prawa*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_1911.

6. Komunikat prasowy KE z 6.09.2023 r., *Ustawa o rynkach cyfrowych: Komisja wyznacza sześciu strażników*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328.
7. Komunikat prasowy KE z 17.01.2024 r., *Komisja przyjmuje zobowiązania Renfe dotyczące otwarcia konkurencji w zakresie internetowych biletów kolejowych w Hiszpanii*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_24_201.
8. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 7.02.2019 r., *Facebook FAQ's*, zob. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (dostęp: 9.09.2019 r.).
9. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 10.12.2020 r., *Bundeskartellamt bada powiązania między Oculusem a siecią Facebook*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/10_12_2020_Facebook_Oculus.html;jsessionid=3A77EB73523BFC0847DA060425FF0082.1_cid508?nn=3591568
10. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 19.01.2021 r., *Nowelizacja niemieckiej ustawy o ograniczeniach konkurencji*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html.
11. Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 7.11.2023 r., *Nowelizacja ustawy o ograniczeniach konkurencji (11. nowelizacja GWB)*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/07_11_2023_GWB-Novelle.html.
12. Materiał prasowy Bundeskartellamt z 30.10.2023 r., *Postępowania przeciwko dużym przedsiębiorstwom cyfrowym na podstawie sekcji 19a GWB (stan na październik 2023)*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Downloads/List_proceedings_digital_companies.pdf;jsessionid=C03C58B5632C2C7B3FBCDA206DAAC85F.2_cid508?__blob=publicationFile&v=15.

4.2. Publikacje w Social Science Research Network (SSRN)

1. Belloso M. N., *Epic Games v. Apple: A Case Summary*, "SSRN" 2021, https://ssrn.com/abstract=3941761.
2. Bernatt M., *Competition Law and the Digital Economy: Poland*, "SSRN" 2019, https://ssrn.com/abstract=343164.
3. Colomo I. P., *Product Design and Business Models in EU Antitrust Law*, "SSRN" 2021, https://ssrn.com/abstract=3925396.
4. Colomo I. P., *What is an Abuse of a Dominant Position? Deconstructing the Prohibition and Categorizing Practices,* "SSRN" 2021, https://ssrn.com/abstract=3864292.
5. Duque O. V., *Forced Choice vs. Inertia? An Exploratory Analysis of Choice Screens Applied in the European Microsoft Antitrust Case*, "SSRN" 2021, https://ssrn.com/abstract=3766468.
6. Huck S., J. Zhou, Ch. Duke, *Consumer behavioural biases in competition: A survey,* "SSRN" 2011, https://ssrn.com/abstract=1944446.
7. Jenny F., *Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Platforms and Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward*, "SSRN" 2021, https://ssrn.com/abstract=3857507.
8. Komninos A., *The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?*, "SSNR" 2022, https://ssrn.com/abstract=4136146.
9. Neven D. J., *The as Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines?*, "SSRN" 2023, https://ssrn.com/abstract=4599069
10. Evans D. S., *The Economics of Attention Markets*, SSRN 2020, https://ssrn.com/abstract=3044858.
11. Toskov M., *Europe's Failed Digital Market Remedies (and How to Fix Them)*, "SSRN" 2023, https://ssrn.com/abstract=4614347.

4.3. Wpisy na blogach

1. Allan R., *Platforms as Regulators*, "Regulate.tech" 2020, https://www.regulate.tech/platforms-as-regulators-6th-june-2020.
2. Manne G., *The EU's Google Android antitrust decision falls prey to the nirvana fallacy*, "Truth on the market" 2018, https://truthonthemarket.com/2018/07/18/the-eus-google-android-antitrust-decision-falls-prey-to-the-nirvana-fallacy.
3. Wamel van D., *Following Suit: The European Commission's (Possible) Antitrust Efforts to Break Up Google*, "Kluwer Competition Law Blog" 2023,

https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/06/22/following-suit-the-european-commissions-possible-antitrust-efforts-to-break-up-google/.

4. Zdzieborska M., N. Vischer, *Judge the play, not the players*, „Kluwer Competition Law Blog" 2019, https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/10/15/competition-authorities-to-investigate-mobile-application-store-dominance.

4.4. Inne

1. Chromik M. *et al., Dark Patterns of Explainability, Transparency, and User Control for Intelligent Systems*, "IUI Workshops" 2019.
2. Cioffi J., *Beyond Competition: The Regulatory Turn & the Emerging Era of Intervention in Platform Firms & Markets*, "Policy Brief in Research Project Governing Work in the Digital Age" 2021.
3. Tirole J., *Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age*, "Toulouse School of Economics" 2020.

SPIS TABEL, WYKRESÓW I RYSUNKÓW

Tabela 1 – zalety platform internetowych 45
Tabela 2 – podział platform internetowych ze względu na rodzaj zasobu 52
Tabela 3 – usługi reklamowe Google 80
Tabela 4 – przyczyny i cele interwencji na gruncie DMA 154
Tabela 5 – badania nadrzędnego znaczeniu międzyrynkowego (stan na październik 2023 r.) 207
Tabela 6 – strażnicy dostępu desygnowani przez Komisję 210
Tabela 7 – nakazy i zakazy wskazane w art. 5, 6 i 7 DMA oraz ich cele 217
Tabela 8 – zakazy praktyk z art. 19a ust. 2 GWB 221
Tabela 9 – porównanie interwencji antymonopolowej (art. 102 TFUE) do interwencji regulacyjnej (DMA) 228
Tabela 10 – kategorie praktyk nadużywania pozycji dominującej 266
Tabela 11 – analizy art. 6 ust. 3 DMA 411
Tabela 12 – interoperacyjność w DMA 447

Wykres 1 – standardy oraz reguły 123
Wykres 2 – model uniwersalny oraz model zindywidualizowany 126

Rysunek 1– wyniki wyszukiwania Google dla zapytania „nike shoes” 76
Rysunek 2 – uproszczony schemat łańcucha wartości stosu technologii reklamowych 79