



Konrad Kohutek

Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)

Dynamiczny rozwój usług internetowych doprowadził do znacznego zwiększenia ilości podmiotów korzystających z tego środka przekazu¹. Internet służy zaspokajaniu różnorodnych potrzeb, jak w szczególności: informacyjnych, handlowych, towarzyskich czy rozrywkowych. Jest on więc obecnie „miejscem” skupiającym uwagę setek milionów osób niezależnie od wieku, płci, prowadzonej działalności, zainteresowań. Dzięki szerokim możliwościom oddziaływania stał się zarazem jednym z bardziej efektywnych nośników treści reklamowych oferowanych przez przedsiębiorców. Internet stanowi tym samym istotny środek mogący przyczynić się do zwiększenia sprzedaży, z jednej strony, będąc efektywnym środkiem dotarcia do klienteli, a zarazem „ polem ” konkurencji – z drugiej strony. Doszło zatem do sporego wzrostu popytu przedsiębiorców (w tym tych w dużej mierze prowadzących działalność offline) na tzw. usługi internetowe (zwłaszcza reklamowe²). Pojęcie tego rodzaju usług jest szerokie i może obejmować w zasadzie wszelkie usługi, które są świadczone za pośrednictwem Internetu (jak np. płatności, zamawianie towarów, rezerwacja biletów).

1. Uwagi wprowadzające

Niniejszy artykuł będzie się koncentrować na jednej z istotniejszych usług internetowych, jaką jest korzystanie z wyszukiwarek sieciowych (ang. *web/online search*). stopień korzystania z wyszukiwarki Google przez użytkowników Internetu na całym świecie (z pewnymi wyjątkami – zob. poniżej) sprawił, że organy antymonopolowe różnych państw (w tym także Komisja Europejska, dalej jako Komisja) przypisały temu przedsiębiorstwu pozycję dominującą, nierzadko uznając, że jego zachowania (na ich temat poniżej, pkt 3.1.) stanowią lub mogą stanowić jej nadużycie tej pozycji, i w związku z tym skierowały do niego stosowne środki zaradcze³. Oczywiście, w poszczególnych

państwach nie zawsze zarzuty konkurentów Google zostały uznane za zasadne, prowadząc do umorzenia postępowania, względnie do jego ugodowego zakończenia. W prawie unijnym sprawa wszak nadal jest w toku (zob. poniżej).

Opracowanie będzie zawierać ocenę zasadności niektórych z zarzutów, jakie Komisja zaadresowała do tego przedsiębiorcy. Celem artykułu będzie również zwrócenie uwagi na odmienności występujące na rynkach wyszukiwarek internetowych oraz wynikające stąd implikacje dla antymonopolowej analizy.

2. Wyszukiwarki internetowe a problematyka pozycji dominującej na rynku

Zasadne postawienie zarzutu nadużywania pozycji dominującej jest warunkowane stwierdzeniem posiadania takiej pozycji po stronie danego przedsiębiorcy na określonym rynku relevantnym (art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej jak TFUE⁴) lub na rynku właściwym (art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁵). Konieczne jest zatem uprzednie wyznaczenie takiego rynku. Przynajmniej na rynkach tradycyjnych (offline) „obowiązywanie” takiej zasady nie jest kwestionowane. Należy však zaznaczyć, że w przypadku koncentracji pomiędzy Microsoft a spółką Skype Komisja dokonała oceny tej koncentracji poprzez jej oddziaływanie na – jak

1 Już po 2 latach od wejścia na rynek odnotowano ponad 7 mln „wyszukiwań” z wykorzystaniem strony Google. Z kolei z końcem 2012 r. (zatem po 8 latach od jego utworzenia) Facebook miał już ponad 1 mld użytkowników – zob. F. Thepot, *Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, „36 World Competition” 2013/2, s. 196 i powołane tam źródła. W 2014 r. odnotowano, że każdego miesiąca na tym największym na świecie portalu społecznościowym jest aktywnych 1,310 mld użytkowników, a w drugiej połowie 2014 r. wartość Facebooka przekroczyła 200 miliardów mld dolarów (notka prasowa: por. www.biznes.pl z 11.09.2014 r. pt. *Facebook wart ponad 200 mld dol. – najwięcej w historii spółki*).

2 Profity z reklam stanowią zasadnicze źródło dochodu dla przedsiębiorców internetowych. Przykładowo, w połowie 2012 r. przychody Google przekroczyły 12 mld dolarów; *Google Announces Second Quarter 2012 Financial Results*, por. http://investor.google.com/earnings/2012/Q2_google_earnings.html.

3 Jak np. we Włoszech czy we Francji – zob. M. Dolmans, A. Leyden, *Internet & Antitrust: An overview of EU and national case law*, e-Competitions, N° 45647, s. 4, por. www.concurrences.com.

4 Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010 r., s. 47.

5 Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej jako u.o.k.i.k.

to określiła – „wąskie/ściśle rynki” (ang. *narrow markets*), a zarazem takie podejście analityczne nie zostało zakwestionowane przez sąd⁶. Już choćby przykład wspomnianej fuzji świadczy o tym, że na rynkach usług internetowych możliwe (a czasem wręcz wskazane) są odstępstwa od stosowania „utartej” antymonopolowej metodologii.

2.1. Udziały rynkowe i bariery wejścia

W kontekście postępowań prowadzonych przeciwko Google – Komisja, ale także krajowe organy antymonopolowe jako odrębny wyznaczyły rynek wyszukiwarek internetowych (*online search market*)⁷. Na tak zdefiniowanym rynku udział spółki Google – kalkulowany na podstawie ilości stosowanych przez użytkowników Internetu „wyszukiwań” (ang. *web searches*) – jest wysoki (np. 65% w USA), a często bardzo wysoki (np. ponad 90% w większości państw europejskich⁸). Globalnie udział ten wynosi ok. 88%⁹. W Polsce udział tego przedsiębiorcy jest jednym z najwyższych spośród krajowych rynków geograficznych i wynosi 98,05%¹⁰. Zgodnie z prawem polskim oraz kierując się samym kryterium udziału rynkowego¹¹, można by zatem przypisać Google posiadanie nie tyle pozycji dominującej, ile praktycznie monopolistycznej. Przewidziany w art. 4 pkt 10 u.o.k.i.k. próg domniemania dominacji – znajdujący zastosowanie już w razie dysponowania 40% udziałem rynkowym – został bowiem ponad dwukrotnie przekroczony. Także na tle orzecznictwa sądów unijnych¹² bardzo duży udział w rynku (co należy odnosić do tego ponad 50%) stanowi – poza wyjątkowymi okolicznościami – samodzielny dowód na posiadanie pozycji dominującej¹³.

Co prawda, już od kilku/kilkunastu lat (zwłaszcza na tle bardziej ekonomicznego podejścia do stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej) podkreśla się, że sam udział w rynku danego przedsiębiorcy nie może być rozstrzygający i należy również zbadać, czy występują istotne bariery wejścia na ów rynek (tj. czy istnieje presja konkurencyjna zarówno

ze strony potencjalnych – nowych konkurentów, jak i tych aktualnych¹⁴). Takie ekonomiczne kryterium należy odnosić do wszelkich rynków (zatem nie tylko internetowych), a sam udział rynkowy – co wprost akcentuje Komisja – należałoby postrzegać jedynie jako „pierwszą wskazówkę” (ang. *first indication*) na temat struktury rynku i panujących na nim uwarunkowań konkurencyjnych¹⁵. Rynki wyszukiwarek internetowych charakteryzują się wysokimi barierami wejścia (co zauważa także Komisja¹⁶). Wynika to z występowania na nich efektów sieciowych oraz konieczności ponoszenia znaczących kosztów stałych (potrzebnych do zbudowania efektywnej oraz zdolnej do obsługi odpowiedniej liczby użytkowników – wyszukiwarki¹⁷, wymagającej zarazem ciągłej aktualizacji¹⁸).

2.2. Możliwość podejmowania działań w znacznym zakresie niezależnie od konsumentów i konkurentów jako zasadnicza „przesłanka definicyjna” dominacji rynkowej

Z powyższego wynika, że w zasadzie nie powinny zachodzić większe wątpliwości co do przypisania spółce Google pozycji dominującej. Tymczasem do innych wniosków prowadzi (a z pewnością może prowadzić) zastosowanie do danego przypadku samej definicji pozycji dominującej, a nie opieranie się na swego rodzaju „pomocniczych” (co bynajmniej nie oznacza, że nieistotnych) kryteriach (jakimi są: udział rynkowy oraz bariery wejścia na rynek). Chodzi zatem o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wspomniane przedsiębiorstwo zajmuje na rynku taką pozycję, która umożliwia mu utrudnianie skutecznej konkurencji na właściwym rynku, poprzez możliwość podejmowania zachowań w znacznym stopniu niezależnych od innych konkurentów, klientów oraz konsumentów?¹⁹ (na powoływanej – orzeczniczej – definicji pozycji dominującej, jaka obowiązuje w prawie unijnym, jest również wzorowana

6 Zob. pkt 9, pkt 65–68 wyroku Sądu (dawny Sąd Pierwszej Instancji) z 11.12.2013 r. w sprawie T-79/12, *Cisco Systems Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, niepubl.

7 Zob. wypowiedź J. Almunii z 1.10.2013 r., w: *The Google antitrust case: what is at stake?*, por. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-768_en.htm.

8 Zob. European Commission MEMO/13/383 of the European Commission 25/04/2013, *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers*.

9 Dane za: F. Thepot, *Market Power in Online Search...*, s. 195.

10 Dane za: P.S. Morris, *Solving Google's antitrust dilemma: cognitive habits and linking rivals when there is large market share in the relevant online search market*, „Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law” 2013/3, s. 332.

11 Co w licznych przypadkach (a tym bardziej na rynkach usług internetowych) nie jest prawidłowe (zob. poniżej).

12 Ani przepisy TFUE, ani prawa wtórnego nie przewidują „ilościowego” domniemania dominacji rynkowej jak to występuje w art. 4 pkt 10 u.o.k.i.k.

13 Zob. pkt 60 wyroku Trybunału Sprawiedliwości (dalej jako TS) 3.06.1991 r. w sprawie C-62/86, *AKZO Chemie BV przeciwko Komisji*, ECR 1991, s. I-3359, w którym wskazano, że: „odnośnie do udziałów w rynku, Sąd stwierdził, iż bardzo duże udziały jako takie oraz poza wyjątkowymi okolicznościami, stanowią dowód istnienia pozycji dominującej (...). Taka sytuacja zachodzi gdy udział w rynku wynosi 50% jak to ma miejsce w niniejszej sprawie” – ang. *With regard to market shares the Court has held that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (...). That is the situation where there is a market share of 50% such as that found to exist in this case.*

14 Pkt 12 oraz pkt 16–17 Komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE C 45 z 24.02.2009 r., s. 7), dalej jako wytyczne dotyczące praktyk wykluczających.

15 Z doświadczenia Komisji wynika, że prawdopodobieństwo wystąpienia dominacji, jeżeli udział przedsiębiorstwa w rynku właściwym wynosi mniej niż 40%, jest bardzo niewielkie (pkt 14 wytycznych dotyczących praktyk wykluczających).

16 Zdaniem Komisji, na rynku wyszukiwarek internetowych (ang. *web search*) występują „istotne bariery wejścia oraz efekty sieciowe” (ang. *significant barriers to entry and network effects*) – zob. notkę Komisji (MEMO/13/383) z 25.04.2013 r. pt. *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers*, por. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm.

17 Koszty te są generowane przede wszystkim przez badania i rozwój, w tym także na wymyślenie oraz aktualizację stosowanych algorytmów, na jakich bazuje wyszukiwarka. Przykładowo, Google w pierwszym kwartale 2013 r. na inwestycje w badania i rozwój (ang. *investments in R&D*) wydał ok. 15% swoich dochodów (czyli ponad 1,8 mld dolarów); zob. J. Verhaert, *The Challenges involved with the Application of Article 102 TFEU to the Market for Search Engines as part of the New Economy and the implications for the Google-case*, Bruksela 2013, s. 12; zob. też F. Thepot, *Market Power in Online Search...*, s. 201.

18 Wskazuje się, że Google zmienia swój algorytm wyszukiwania ok. 500 razy w ciągu roku – por. M. Ammori, L. Pelican, *Proposed remedies for search bias: search neutrality and other proposals in the Google inquiry*, „Journal of Internet Law” 2014/5, s. 13–14.

19 Zob. pkt 65 wyroku TS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji*, ECR 1978, s. 207 oraz pkt 10 wytycznych dotyczących praktyk wykluczających.

definicja przewidziana w polskiej ustawie²⁰). Chodzi zarazem o niezależność ekonomiczną, czyli możliwość podejmowania decyzji oddziałujących na różne parametry konkurencji (jak cena, jakość, innowacyjność), które są korzystne dla danego przedsiębiorcy, a szkodliwe dla konsumentów²¹.

W związku ze specyfiką rynków, na jakich działa Google, zachodzą poważne wątpliwości, czy przedsiębiorca ów dysponuje wspomnianą „niezależnością” (a tym bardziej „w znacznym zakresie”²²), co uzasadniałoby przypisywanie mu statusu dominanta w rozumieniu art. 102 TFUE (art. 4 pkt 10 u.o.k.i.k.)²³. Z dotychczasowej praktyki stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej (głównie art. 9 u.o.k.i.k.) wynika, że w odniesieniu do konsumentów (klientów) przejawem istnienia tej niezależności było podwyższanie (dyktowanie) przez przedsiębiorcę cen oferowanych towarów/usług, czy też narzucanie innych uciążliwych dla drugiej strony warunków umownych (godzących w zasadę ekwiwalentności świadczeń). Ponieważ usługi *web search* są oferowane za darmo, zjawisko podwyższania cen staje się w danym przypadku praktycznie bezprzedmiotowe (z racji braku występowania ceny). Oczywiście jest możliwe „podwyższenie cen” poprzez chociażby ich wprowadzenie; byłoby to wszak strategią biznesowo niekorzystną dla Google (ale prawdopodobnie także innych przedsiębiorstw, które by ją stosowały), prowadząc do szybkiego spadku atrakcyjności jego usług i tym samym „odwiedzalności” jego stron internetowych²⁴.

Wprawdzie deklarowane przez Komisję kryterium „zdolności podwyższania cen w sposób opłacalny” – jako czynnik mający świadczyć o braku wystarczającej presji konkurencyjnej wywieranej na danego przedsiębiorcę i tym samym dysponowaniu przez niego pozycją dominującą (siłą rynkową) – odnosi się nie tylko do cen, lecz także innych parametrów konkurencji (jak np. jakość, innowacyjność czy różnorodność towarów/usług)²⁵. Niemniej jednak także ów pozacenowy aspekt nie wydaje się podważać tezy o braku możliwości podejmowania przez Google zachowań „w znacznym zakresie” niezależnych od konsumentów. W odróżnieniu od innych rynków (rzeczywiście zdominowanych), na rynku usług wyszukiwarek internetowych konsumenci dysponują w zasadzie nieograniczoną możliwością prostej i szybkiej (dosłownie natychmiastowej) zmiany dostawcy; taka zmiana może być podyktowana chociażby

uznaniem, że wyszukiwarka rzekomego dominanta nie spełnia oczekiwań danego użytkownika, a zatem kiedy jakość/nowoczesność usługi tego przedsiębiorcy – w ocenie użytkownika – się pogorszyła (lub z innych względów nie spełnia oczekiwań tego drugiego). Jak to się nierzadko wskazuje, konkurencja dla Google „oddalona jest tylko o jedno kliknięcie” (ang. *one click away*)²⁶. Wynika to – z nieistniejącej na innych (zwłaszcza „tradycyjnych”) rynkach offline – łatwości testowania produktów konkurencyjnych i finalnie także całkowitego (względnie częściowego) „przestawienia się” przez konsumentów/nabywców (ang. *switch*) na usługi konkurenta.

Występując na rynkach wyszukiwarek internetowych, łatwość zmiany dostawy wynika z kilku względów: po pierwsze, techniczno-fizycznych (wystarczy wpisać nazwę innej wyszukiwarki i porównać wyniki, jakie zostały znalezione²⁷); po drugie, finansowych (usługa – *web search* – oferowana zarówno przez Google, jak i konkurentów jest bezpłatna) oraz po trzecie, formalnoprawnych (użytkowników nie łączy z Google żadna umowa²⁸, co wszak „funkcjonalnie” wynika przede wszystkim z faktu braku odpłatności danej usługi).

Oczywiście sam darmowy charakter usługi wyszukiwania nie determinowałby niezależności konsumentów od Google, jakkolwiek taka zależność mogłaby zachodzić jedynie w przypadku braku jakichkolwiek alternatyw, czyli braku dostępności innych (też nieodpłatnych) wyszukiwarek internetowych. Tak jednak nie jest. Obok Google porównywalne rezultaty wyszukiwania²⁹ można uzyskać, korzystając np. z wyszukiwarki „Bing” (czyli produktu innego „cyfrowo-komputerowego potentata”, jakim jest Microsoft), czy też „Yahoo” (dawnego lidera rynku wyszukiwarek); ponadto istnieją także inne, mniej znane wyszukiwarki (np. Wolfram Alpha, Blekko, DuckDuckGo³⁰). Przede wszystkim jednak należy wskazać, po pierwsze, na istotne znaczenie niektórych wyszukiwarek „krajowych” (tj. skupiających się na informacjach/treściach w danym języku, czy też sformułowanych w niearabskim alfabecie³¹), oraz, po drugie, na fenomen wyszukiwarek wertykalnych (oferujących „wyspecjalizowane” wyniki wyszukiwania), jak np. Amazon, eBay, Kayak, PriceGrabber, Allegro. W odniesieniu do ilości wyszukiwań określonych produktów na wspomnianych wyszukiwarkach jest ona (czasami nawet kilkukrotnie) wyższa niż w przypadku korzystania ze stron Google³² (na temat wyszukiwarek wertykalnych zob. też pkt 3. i pkt 5.2. niniejszego opracowania). Nie można wreszcie pomijać systematycznego wzrostu wyszukiwań

20 Zob. art. 4 pkt 10 u.o.k.i.k., zgodnie z którym pozycja dominująca to pozycja przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów.

21 Zob. pkt 11 wytycznych dotyczących praktyk wykluczających.

22 ang. *to an appreciable extent*; zob. pkt 65 wyroku w sprawie *United Brands*. Takimi słowami posługuje się też polska definicja „pozycji dominującej”.

23 Też w doktrynie wskazuje się, że spółce Google nie należy przypisywać posiadania trwałej siły monopolowej (ang. *durable monopoly power*) na podstawie wysokiego udziału w rynku, jaki aktualnie przedsiębiorstwo to posiada – zob. np. M. Lao, *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, „Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property” 2013/11, s. 297, 298. Zdaniem tej autorki, w odniesieniu do Google nie występuje także żadna z cech typowych dla dominacji rynkowej, jak (m.in.) stosowanie wysokich cen oraz brak innowacji.

24 Przykładowo, w 2002 r. w Chinach spółka Tencent wprowadziła opłaty za świadczone konsumentom usługi informacyjne (ang. *instant messaging service QQ*). Rok później wszakże powróciła do darmowego charakteru tych usług, po tym jak utraciła znaczną bazę użytkowników (ang. *lost traffic*); zob. D.S. Evans, *Attention rivalry among online platforms and its implications for antitrust analysis*, 19.01.2013 r., por. www.ssrn.com.

25 Pkt 10 i pkt 11 wytycznych dotyczących praktyk wykluczających.

26 Zob. np. F. Thepot, *Market Power in Online Search...*, s. 220.

27 Na rynkach offline nie ma takiej możliwości. Zazwyczaj jest konieczne udanie się do odpowiedniego punktu sprzedaży (względnie zamówienie) albo ustalenie spotkania z przedsiębiorcą po to, aby dowiedzieć się o (przetestować) produkty substytucyjne do tych oferowanych przez dominanta (rzekomego dominanta). To zaś wymaga czasu, przemieszczania się, a nierzadko i pewnych nakładów finansowych.

28 Przewidująca np. czas trwania, korzystania z usługi, a także np. przewidująca karę pieniężną za jej przedterminowe zerwanie (np. w związku z przejściem do konkurencji) – jak to występuje chociażby w przypadku usług telekomunikacyjnych.

29 Jakkolwiek kwestia relewantności wyników wyszukiwania jest – przynajmniej do pewnego stopnia – subiektywna.

30 M. Dolmans, *Internet & Antitrust...*, s. 2.

31 Jak np. Badiu oraz Soso w Chinach, Naver oraz Daum Communications w Korei Południowej, Yandex w Rosji, czy też Seznam w Czechach; J. Verhaert, *The Challenges involved with the Application of Article 102 TFEU...*, s. 10.

32 J. Green, *Why Vertical Search Is Threatening Google's Reign*, por. <http://searchengineland.com/why-vertical-search-is-threatening-googles-reign-158434>.

dokonywanych na urządzeniach mobilnych (jak zwłaszcza na smartfonach czy tabletach), w przypadku których ich użytkownicy korzystają ze stosownych aplikacji zainstalowanych na tych urządzeniach (a nie z Google³³).

Konkludując, **na rynku wyszukiwarek internetowych nie tylko nie występuje zjawisko zamknięcia (ang. lock-in) konsumenta**, lecz także samo ryzyko jego zaistnienia (nawet w nieznacznym stopniu) jest mało prawdopodobne. W takich okolicznościach dyskusyjne staje się twierdzenie o możliwości działania przez spółkę Google niezależnie od konsumentów, a tym bardziej działania w „znacznym zakresie niezależnie”, czego wymaga – unijna i krajowa – definicja pozycji dominującej (zob. powyżej).

Ponadto, występowanie wspomnianych wyżej konkurencyjnych wyszukiwarek (przy jednoczesnej łatwości ich dostępności/„testowalności” przez konsumentów) uzasadnia także tezę o **braku możliwości działania przez Google niezależnie od konkurentów**. Za przyjęciem takiej tezy przemawia też fakt niewystępowania na rynku wyszukiwarek internetowych ograniczeń „produkcyjnych/podażowych” (ang. *capacity constraints*) po stronie podmiotów świadczących te usługi (konkurentów Google). Zjawisko to zaś nierzadko występuje na rynkach faktycznie zdominowanych (zazwyczaj offline³⁴), oznaczając, że nawet jeśli dominant podniesie cenę powyżej poziomu konkurencyjnego, to będzie ryzykować (przynajmniej w krótkiej lub średniej perspektywie czasu) „przejściem” przez jego mniejszych konkurentów jedynie nieznaczącej części popytu (klienteli), mając tym samym możliwość działania niezależnie od konkurentów³⁵. W razie gdyby – np. z powodu spadku satysfakcji użytkowników z jakości usługi Google (wyników wyszukiwania) – część z nich zaczęła korzystać z konkurencyjnych wyszukiwarek, to nawet jeśli by miało to dotyczyć znacznej liczby konsumentów – znaczącej części popytu – wówczas jego „całościowe zaspokojenie” nie stanowiłoby problemu dla konkurentów (np. Bing czy Yahoo), którzy mogliby niezwłocznie „zwiększyć produkcję/podaż” (ang. *increase output*)³⁶.

Konsekwencją wyżej przyjętej konkluzji – kwestionującej prawidłowość przypisywania Google pozycji dominującej w rozumieniu prawa konkurencji – jest pozbawienie zasadności

zarzutów dotyczących samego nadużywania takiej pozycji, i to bez potrzeby badania praktyk tej spółki i/lub ich skutków rynkowych (w tym dla konsumentów)³⁷. Niemniej w dalszej części opracowania zostanie także dokonana ocena tych praktyk z perspektywy kryteriów analizy samego zachowania dominanta w kontekście słuszności kwalifikowania go jako nadużycie, o jakim mowa w art. 102 TFUE/art. 9 u.o.k.i.k.

3. Zachowanie Google kwestionowane przez Komisję w kontekście art. 102 TFUE: zarzut dyskryminacji innych stron internetowych

Zasadniczy zarzut (a w każdym razie wymieniany w pierwszej kolejności), jaki Komisja adresowała do Google, uznając, że dane zachowanie może naruszać art. 102 TFUE, dotyczył obniżenia w rankingu wyników darmowego wyszukiwania usług świadczonych przez konkurentów Google, tj. usług pozwalających użytkownikom na znalezienie określonego rodzaju informacji (jak np. dotyczących restauracji/hoteli w danym regionie, określonych produktów³⁸). Innymi słowy, przedmiotem zarzutu było faworyzowanie przez Google w wynikach („ogólnego” – tzw. uniwersalnego – wyszukiwania³⁹) własnych wyspecjalizowanych produktów, które również służą do wyszukiwania (jakkolwiek bardziej „szczegółowego”), jak np. Google Maps, Google Locals (wcześniej Google Places), Google Shopping⁴⁰. Tego rodzaju usługi są także świadczone przez inne podmioty, jak np. Foundem, Nextag, MapQuest, Yelp – tzw. dostawców wyspecjalizowanych wyników wyszukiwania (ang. *specialized search providers*⁴¹). Ich usługi stają się tym samym mniej widoczne w ramach wyników wyszukiwania, mimo że są (mogą być) dla użytkownika równie relewantne. Jednocześnie użytkownicy nie są informowani o fakcie „promowania” przez Google – w ramach wyników wyszukiwania – jego własnych (innych) usług. Tego rodzaju praktyki, zdaniem Komisji, „nadmiernie” (ang. *unduly*) odwracają uwagę internautów⁴² od specjalistycznych wyników wyszukiwania konkurentów Google na rzecz jego własnych specjalistycznych usług wyszukiwania (ang. *specialised search services*), poprzez zredukowanie możliwości użytkowników znajdowania potencjalnie bardziej relewantnych wyników wyszukiwania⁴³.

33 Zob. też np. C.C. Miller, *Mobile Apps Drive Rapid Change in Searches*, por. www.nytimes.com/2013/01/08/business/mobile-apps-drive-rapid-changes-in-search-technology.html?_r=0.

34 Jak np. na polskim rynku kolejowego transportu towarowego – zob. decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako Prezes UOKiK) z 7.07.2009 r. nr DOK-3/2009, por. www.uokik.gov.pl oraz wyrok Sądu Najwyższego z 3.10.2013 r. (III SK 67/12), por. www.sn.pl. Chodzi o sprawę przeciwko PKP Cargo, w której Prezes UOKiK zwracał uwagę na istnienie ograniczeń podaży („ograniczoną wielkość taboru”) konkurentów tego przedsiębiorcy wykluczających możliwość realizacji znaczących zamówień transportowych klientów przy użyciu tylko własnych wagonów i lokomotyw.

35 Zob. też pkt 36 wytycznych oraz powoływany tam wyrok Sądu z 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd przeciwko Komisji*, ECR 2003, s. II-4653. Komisja zwraca uwagę na przypadki, kiedy konkurenci mogą nie mieć możliwości konkurowania o cały popyt indywidualnego odbiorcy, ponieważ przedsiębiorstwo dominujące jest nieuniknionym partnerem handlowym przynajmniej w odniesieniu do części popytu na rynku, np. z tego powodu, że „zdolności innych dostawców są ograniczone do tego stopnia, że część popytu może być zapewniona tylko przez dostawcę dominującego” (ang. *capacity constraints on the other suppliers are such that a part of demand can only be provided for by the dominant supplier*).

36 Zob. M. Lao, *Search, Essential Facilities...*, s. 295.

37 Naruszcycielem art. 102 TFUE (jak i art. 9 u.o.k.i.k.) może być tylko przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą. Brak spełnienia tej przesłanki podmiotowej wyklucza możliwość naruszenia tego przepisu bez względu na charakter samego zachowania (przesłanka przedmiotowa).

38 Dla oceny tego zarzutu będą się ograniczać zawarte w niniejszym punkcie rozważania.

39 Do 2007 r. Google wyświetlał zazwyczaj 10 linków do stron internetowych jako wyniki wyszukiwania. Po tej dacie przedsiębiorca ów wprowadził tzw. wyszukiwanie uniwersalne (ang. *universal search*), które – jako rezultat wyszukiwania – wyświetlało nie tylko inne (tekstowe) strony internetowe, lecz także zdjęcia, nagrania wideo, wiadomości, mapy, miejsca itd. – zob. M. Ammori, L. Pelican, *Proposed remedies for search bias...*, s. 5.

40 D.A. Hyman, D.J. Franklyn, *Search Neutrality przeciwko Search Bias: An Empirical Perspective on the Impact of Architecture and Labeling*, s. 6, por. www.ssrn.com.

41 M. Ammori, L. Pelican, *Proposed remedies for search bias...*, s. 4–5.

42 A tłumacząc dosłownie użyte przez Komisję sformułowanie – „przekierowują ruch (ang. *diverts traffic away*) internetowy” – od konkurentów Google do produktów teje spółki (podkreśl. – K.K.).

43 Zob. notkę prasową Komisji z 5.02.2014 r. (*Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals*), por. www.europa.eu.

Powyzsze skłania do tezy, że spółce Google zarzuca się praktyki dyskryminujące (konkurentów), które mogą prowadzić do ich wykluczenia z rynku.

4. Wpływ zachowania Google na dobrobyt konsumentów

Celem zakazu nadużywania pozycji dominującej (jak i całego prawa antymonopolowego) ma być sprzyjanie dobrobytowi konsumentów (ang. *consumer welfare*), a nie ochrona konkurentów dominanta⁴⁴. Mając to na uwadze, zarzut Komisji staje się wysoce dyskusyjny, w istocie skupiając uwagę na ochronie interesów handlowych niektórych internetowych konkurentów Google (tym bardziej że jeszcze kilka lat temu Komisja zadeklarowała, iż w ramach egzekwowania art. 102 TFUE będzie się koncentrować przede wszystkim na praktykach, które są „najbardziej szkodliwe dla konsumentów”⁴⁵). Kluczowe pytanie, jakie w kontekście tego przepisu należałoby zadać, powinno sprowadzać się do ustalania wpływu kwestionowanej praktyki tego przedsiębiorstwa na konsumentów, czy godzi ona (może godzić) w ich dobrobyt (ang. *consumer welfare*)? Mimo że dokonanie takiej oceny nierzadko (a z pewnością w niektórych sprawach) może być (nawet wysoce) skomplikowane⁴⁶, to jednak nie wydaje się, aby trudności takie występowały w odniesieniu do zachowania spółki Google w sposób, który uniemożliwiłby dokonanie (nawet jednoznacznej) ich ewaluacji w kontekście art. 102 TFUE.

Bazując na samej ogólnej przesłance szkody konsumenta (ang. *consumer harm, the detriment of consumers*⁴⁷), trudno by ją uznawać – w danym przypadku – za spełnioną. Z wyżej przytoczonego stanowiska Komisji można by dedukować, że szkoda ta miałaby polegać na utrudnianiu konsumentom „znalezienia potencjalnie bardziej relewantnych wyników oferowanych przez wyspecjalizowane usługi wyszukiwania”⁴⁸. Tego rodzaju „szkoda” ma charakter pozacenowy⁴⁹, co dodatkowo komplikuje ewaluację antymonopolową. Przede wszystkim dyskusyjne – gdyż nienadające się do jednoznacznej oceny – jest pojęcie „bardziej relewantnego” wyniku wyszukiwania. Preferencje poszczególnych konsumentów (w tym w zależności od informacji, jakich w danym przypadku poszukuje) mogą być bardzo zróżnicowane, co utrudnia znalezienie pewnego

„wspólnego mianownika” (tj. „najbardziej relewantnego” wyniku wyszukiwania). Nie można zatem przyjmować, że wynik taki byłby „bardziej relewantny” („lepszy” dla użytkownika) w razie braku odsyłania do własnych stron oferujących usługi szczegółowego wyszukiwania. Przeciwnie, wynik ów staje się dzięki temu jakościowo lepszy dla konsumenta – w szczególności gdyby alternatywą miał być brak odsyłania do jakichkolwiek stron oferujących usługi wyszukiwania specjalistycznego (zatem ani własnych, ani konkurencyjnych⁵⁰).

Oceniając zachowanie Google z punktu widzenia jego wpływu na dobrobyt konsumenta, na sprawę należałoby spojrzeć także nieco szerzej, tj. przez pryzmat społeczno-ekonomicznego znaczenia wyszukiwarek internetowych we współczesnym świecie; z tej perspektywy interwencja antymonopolowa staje się w omawianym przypadku jeszcze bardziej dyskusyjna. Dzięki tym usługom – które w ostatnich latach najbardziej efektywnie (satisfakcjonująco dla użytkowników, zob. niżej) są świadczone przez Google – doszło do istotnych korzyści społecznych i gospodarczych⁵¹.

Ponieważ – jak wyżej skonkludowano – kwestionowane przez Komisję zachowanie Google mają rzekomo charakter dyskryminujący, podstawowym antymonopolowym środkiem zaradczym (ang. *remedy*) jest w takim przypadku zapewnienie swego rodzaju równego (niedyskryminacyjnego) traktowania. W kontekście badanych zachowań miałyby (mogłyby) sprowadzać się to do doprowadzenia do swego rodzaju „neutralności wyszukiwania” (ang. *search neutrality*). Pomijając fakt, że stan taki jest trudny (jeśli w ogóle) możliwy do realizacji w praktyce⁵², to w piśmiennictwie (zwłaszcza anglojęzycznym) wskazany środek jest przedmiotem krytyki, w szczególności z tego powodu, iż może zagrażać rozwojowi wyszukiwarek internetowych⁵³ (ang. *Risk of Freezing Search*

44 Zob. np. pkt 115 *in principio* wyroku Sądu z 7.06.2006 r. w sprawach połączonych: T-213/01 i T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-1601; pkt 42, pkt 44 wyroku TS z 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10, *Post Danmark A/S przeciwko Konkurrenserådet*, por. www.eur-lex.europa.eu,

45 ang. *most harmful to consumers*; pkt 5 wytycznych dot. praktyk wykluczających.

46 Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 445–465.

47 Zob. pkt 19 wytycznych dotyczących praktyk wykluczających, w których tak sformułowaną przesłankę Komisja czyni zasadniczym kryterium mającym przesądzać, że praktyki wykluczające dominanta mają charakter antykonkurencyjny (ang. *anticompetitive*), stanowiąc tym samym naruszenie art. 102 TFUE.

48 ang. *find a potentially more relevant choice of specialised search services*; zob. notkę cytowaną w przyp. 43.

49 Cena jest bowiem elementem wymiernym (jednoznacznym) i tym samym – w razie ustalenia (przynajmniej oszacowania) ceny konkurencyjnej (co oczywiście też może być problematyczne), tj. takiej, jaka byłaby stosowana na rynku w razie braku praktyk antykonkurencyjnych (np. kartelu) lub też w razie gdyby na rynku nie działał dominant – wówczas ustalanie, czy praktyki prowadziły do szkody po stronie konsumentów, mogłoby się sprowadzać do porównania ceny aktualnej (wynikającej z kwestionowanej praktyki) i ceny konkurencyjnej (tzw. *counterfactual analysis*).

50 Z biznesowego punktu widzenia oczywisty – ale jednocześnie niemogący (przynajmniej *per se*) budzić zastrzeżeń w świetle art. 102 TFUE – jest fakt, że dane przedsiębiorstwo (w tym dominujące) w ramach swoich świadczonych usług (np. zasadniczych) będzie oferować konsumentom (promować) inne „komplementarne” usługi „własne” (tj. takie, które także sam świadczy, sprzedaje itd.), a nie usługi (towary) konkurentów.

51 Wyszukiwarki ułatwiają zamieszczanie różnorodnych (nawet najbardziej „wysublimowanych” treści), które – dzięki Internetowi – mogą dotrzeć do globalnie nieograniczonego kręgu odbiorców, pozwalając znacznej ilości osób na kontaktowanie się z „dostawcami tych treści/informacji”. Wyszukiwarki „oferują” także wymierne korzyści komercyjne, poprzez istotne ułatwienie dotarcia z ofertą przedsiębiorców do (potencjalnych) nabywców lub odnalezienia przez tych drugich produktów, jakie najlepiej odpowiadają ich oczekiwaniom. Dochodzi dzięki temu do licznych dobrowolnych (zatem – jak to się w ekonomii określa – efektywnych) transakcji handlowych. Wyszukiwarki istotnie zredukowały koszty informacyjne (ang. *information costs*) i tym samym transakcyjne (ang. *transaction costs*); M. Lao, *Search, Essential Facilities...*, s. 278 i powołana tam literatura.

52 Co ponownie wynika stąd, że – z punktu widzenia użytkowników Internetu – trudne (jeśli w ogóle możliwe) jest wskazanie, jakie wyniki są dla nich neutralne (preferowane). Trafnie więc podnosi się w doktrynie, że stosowanie tzw. uniwersalnych wyników wyszukiwania (ang. *universal search results*), które faworyzuje niejako „własne treści oraz usługi”, nie może być postrzegane jako antykonkurencyjne tylko dlatego, iż może negatywnie oddziaływać na niektórych konkurentów. Z punktu widzenia użytkowników wyszukiwarek (ang. *search users*) takie praktyki – jak załączanie map (innych usług) – są wręcz korzystne, gdyż pomagają im w bardziej efektywnym uzyskaniu poszukiwanych informacji – M. Lao, *Search, Essential Facilities...*, s. 310 oraz powoływana tam literatura.

53 Zob. np. D.A. Crane, *Search neutrality as an antitrust principle*, „Public Law and Legal Theory” 2011/256, s. 1–10, por. www.ssrn.com. Jego zdaniem, ogólna zasada neutralności wyszukiwania stwarzałaby „poważne ryzyko dla naturalnego (organicznego) rozwoju wyszukiwarek internetowych” (ang. *a serious threat to the organic growth of Internet search*).

Evolution)⁵⁴. To zaś oznacza, że publicznoprawna ingerencja nie tyle nie będzie prowadzić do ochrony (właściwie, prokonsumencko) pojmowanej konkurencji, ile wręcz będzie sama stanowić jej ograniczenie⁵⁵.

5. Zagadnienie wykluczenia z rynku konkurentów Google w kontekście usług internetowych

Należy zadać pytanie, czy kwestionowane przez Komisję zachowanie Google w ogóle można by kwalifikować jako wykluczenie z rynku (ang. *market foreclosure*), które jest relewantne dla stosowania zakazu z art. 102 TFUE⁵⁶?

5.1. Aby można rozsądnie ocenić, czy wykluczenie konkurentów zaistniało w danym przypadku, wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, o jaki w istocie rynek (klientelę) chodzi. **Rynki wyszukiwarek internetowych mają charakter tzw. rynków dwustronnych (ang. *two-sided markets*)⁵⁷**. Jest to sytuacja, kiedy po jednej stronie (popytowej) występują dwie kategorie podmiotów, o jakich konkurują przedsiębiorcy⁵⁸ (tu: internetowi), przy czym „obecność” każdej z tych kategorii podmiotów jest konieczna dla efektywnego funkcjonowania danego rynku. W przypadku rynków wyszukiwarek internetowych pierwszą z tych kategorii tworzą użytkownicy tych usług; drugą – przedsiębiorcy reklamujący swoje towary/usługi na stronach internetowych (w danym przypadku na stronach danej wyszukiwarki). Ci drudzy stanowią zarazem zasadnicze źródło finansowania działalności przedsiębiorców internetowych (w tym Google). **Reklama internetowa może być wszak bardziej efektywna (gdyż bardziej „ukierunkowana” na potencjalnych klientów) niż reklama w innych mediach⁵⁹**, co pozwala reklamodawcom

na doprowadzenie do większej liczby transakcji (sprzedaży). Wymaga podkreślenia, że jest to następstwem wysokiej odwiedzalności danej strony internetowej (tu wyszukiwarki) przez konsumentów („reklamobiorców” – i tym samym potencjalnych klientów reklamodawców). Oznacza to, że użytkownicy Internetu mimo iż w danym przypadku nie płacą za usługę, to jednak stanowią kluczową kategorię podmiotów, o których zainteresowanie (uwagę) rywalizują przedsiębiorcy oferujący swoje usługi za pośrednictwem tego środka przekazu. **Zainteresowanie użytkowników (ich ograniczony czas, jaki poświęcają, siedząc przed komputerem) stanowi istotny (a być może nawet determinujący) aspekt „konkurencji internetowej”**.

Na zjawisko tzw. **konkurencji o uwagę (ang. *attention rivalry*)** – między „przedsiębiorcami internetowymi” (jak np. Amazon, eBay, Facebook, Google, Yahoo!, Twitter) – wskazuje się w doktrynie, akcentując, że podmioty te choć w zakresie oferowanego produktu (usługi) oraz ich treści tematycznych zachodzą między nimi różnice, to jednak wywierają na siebie presję konkurencyjną (ang. *competitive constrains*), rywalizując o „uwagę” (czas) konsumentów i tym samym atrakcyjność dla reklamodawców⁶⁰. Fakt ów ma doniosłe znaczenie w kontekście oceny rzekomego wykluczenia z rynku konkurentów Google wskutek praktyk, jakie kwestionuje Komisja. Dostęp do klienteli (rynków) przez konkurentów tej spółki może bowiem (w równie efektywny sposób) następować za pośrednictwem stron wspomnianych przedsiębiorców internetowych (jak choćby portali społecznościowych). Warto dodać, że Facebook wyprzedził Google w kategorii najbardziej odwiedzanej strony internetowej, a w związku ze wzmocnieniem współpracy z Bing (wyszukiwarką Microsoft) jego konkurencyjność może jeszcze wzrosnąć⁶¹.

5.2. W drugiej kolejności **na uwagę zasługuje – niejako przedmiotowo – zawężony charakter praktyk Google, jakie kwestionowała Komisja. Chodzi mianowicie o wyszukiwanie „specjalistyczne” (ang. *specialised search*)**, czyli odnoszące się do określonej kategorii tematyki (informacji), które często są świadczone przez wyszukiwarki wertykalne, tj. specjalizujące się w danej kategorii (jak np. usługi turystyczne, przeloty, oferty pracy). Konsumenci zainteresowani takimi „przedmiotowo ukierunkowanymi” informacjami zazwyczaj (a z pewnością w istotnej części) bezpośrednio korzystają ze wspomnianych wyszukiwarek, **„omijając” w ten sposób wyszukiwarki ogólne (w tym Google)⁶²**. Fakt ów podaje w wątpliwość postrzeganie „dyskryminującej praktyki” tej spółki jako wykluczającej dla konkurentów (w rozumieniu właściwie stosowanego art. 102 TFUE), abstrahując od jej nieszkodliwego (a wręcz prokonsumenckiego) wymiaru (zob. powyżej).

54 Zob. np. M. Lao, *Search, Essential Facilities...*, s. 314, która wskazuje, że: „nałożenie wymogu neutralności wyszukiwania” (ang. *imposing search neutrality*) prowadziłoby do tego, iż dana wyszukiwarka musiałaby znaleźć („neutralne”) rozwiązanie kwestii, czy na pierwszym (wyższym) miejscu w wynikach wyszukiwania plasowałaby własne strony (treści), czy też strony (treści) konkurentów (np. mapę). Autorka ta dodaje zarazem, że gdyby dana wyszukiwarka stała przed takim wymogiem – np. w odpowiedzi na pytanie użytkownika Internetu sugerujące, iż mógłby on być zainteresowany taką mapą – prawdopodobne jest, że żadna mapa nie zostałaby zamieszczona (w obawie przed naruszeniem „neutralności” wyników wyszukiwania).

55 Stanowiąc tym samym przejaw błędu antymonopolowego czy – jak to określał Bork przed ponad 30 laty – antymonopolowego paradoksu – por. R. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Nowy Jork 1978.

56 Być może takie pytanie należałoby postawić na samym początku analizy, tj. z pominięciem badania „jakościowego” oddziaływania praktyk Google na użytkowników Internetu.

57 Pojęcie to powszechnie jest używane od czasu posłużenia się nim w publikacji J. Rochet, J. Tirole, *Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations*, „RAND Journal of Economics” 2002/33, s. 1–3.

58 Zob. np. OECD, *Two-Sided Markets*, DAF/COMP(2009)20 OECD Policy Roundtables, por. www.oecd.org; a z polskiego piśmiennictwa zob. np. K. Tosza, *Payment Card Systems as an Example of Two-sided Markets – a Challenge for Antitrust Authorities*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2009/2, s. 125–140.

59 Komisja (a także Prezes UOKiK) uznali, że rynek reklamy internetowej jest asortymentowo odrębny od rynku reklamy na innych nośnikach (w tym zwłaszcza offline) – zob. np. decyzję Komisji z 11.03.2008 r. COMP/M.4731 Google/DoubleClick oraz decyzję Prezesa UOKiK z 31.07.2013 r. nr DKK-100/2013 („Reklama internetowa stanowi (...) odrębny rynek”); na temat problematyki reklamy internetowej zob. też np. B. Targański, *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013/5, s. 18–27.

60 D.S. Evans, *Attention rivalry among online platforms...*, s. 42.

61 Zob. np. S. Nielsen, *State of the Media: The Social Media Report 2*, 5 (Q3 2011), por. www.nielsen.com, zwracający uwagę, że w ostatnich latach użytkownicy Internetu spędzają pięć razy więcej czasu na portalach społecznościowych (w tym blogach) niż na korzystaniu z wyszukiwarek internetowych.

62 Zob. E. Goodman, *Searcher Intent: Why Vertical Search is Now Giving Ground to Core Search*, Search Engine Watch (27.09.2011 r.), por. <http://www.comscore.com>. Autor wskazuje, że ponad jedna trzecia spośród ok. 27 mld poszczególnych wyszukiwań (jaka wystąpiła na komputerach w USA w sierpniu 2011 r.) odbywała się przy wykorzystaniu np. takich stron, jak e-Bay, Amazon czy Facebook, zatem innych stron niż typowe „wyszukiwarki”.

W wyżej wskazanym przypadku nie można twierdzić, że: „efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów/usług lub rynków jest utrudniony, a tym bardziej uniemożliwiony”⁶³. Co więcej, aby – zgodnie z powoływaną definicją wykluczenia – było ono antykonkurencyjne⁶⁴, Komisja zastrzega określony warunek: mianowicie, skutkiem takiego wykluczenia powinno być uzyskanie przez dane przedsiębiorstwo możliwości „podwyższania cen w sposób opłacalny ze szkodą dla konsumentów”. Analogiczne argumenty, które podważały zasadność przypisywania Google możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konsumentów i konkurentów (zob. pkt 2.2.), decydują o braku spełnienia wspomnianego warunku („antykonkurencyjności” wykluczenia). **Argumenty te potwierdzają też słuszność poglądów negujących postrzeganie dostępu do stron Google jako „urządzenia kluczowego” (ang. *essential facility*) w rozumieniu prawa antymonopolowego⁶⁵; z pewnością bowiem korzystanie z tych stron przez przedsiębiorców (oferujących możliwość reklamy internetowej) nie jest niezbędne do (także efektywnego) prowadzenia przez nich działalności⁶⁶.** Potwierdzają to również dane empiryczne, według których stopień odwiedzalności najbardziej popularnych stron internetowych (w tym konkurentów Google na rynkach powiązanych, jak np.: Amazon, Kayak, eBay, Yelp, Expedia, Travelocity, Priceline) opiera się jedynie w 16% na „pośrednictwie” Google⁶⁷. Nawet więc jeśliby przyjmować, że w danym przypadku można mówić o wykluczeniu konkurentów (na potrzeby zastosowania art. 102 TFUE, co – jak wyżej wskazano – jest nieuprawnione), to i tak **zakres wykluczenia jest nieistotny⁶⁸ (nieodczuwalnie ograniczając konkurencję, zwłaszcza podmiotową).**

5.3. Na koniec warto wreszcie wskazać, że te same zachowania co Google są stosowane przez jego konkurentów (w tym Microsoft). Przykładowo, wyszukiwarka Bing również oferuje usługi tzw. wyszukiwania uniwersalnego, w ramach którego

wyników odsyła do innych stron własnych; w ten sposób „dyskryminuje” strony konkurentów przeznaczonych do wyspecjalizowanego wyszukiwania (ang. *specialty search sites*), jak np. Expedia. Ponadto, świadczone przez Bing usługi wyszukiwania nie ograniczają się obecnie tylko do odsyłania do innych stron internetowych, oferując też zdjęcia, wideo, mapy, wiadomości, które także mogą stanowić „formę odpowiedzi” na pytanie użytkownika wyszukiwarki⁶⁹ (szukaną przez niego informację).

Powyższe świadczy o tym, że **zachowania Google najprawdopodobniej stanowią formę efektywnościowej, w tym innowacyjnej („merytorycznej”) konkurencji o klientów** (o ich uwagę /zainteresowanie – zob. powyżej). Poddanie tych zachowań zarówno testowi równie efektywnego konkurenta, jak i – bardziej adekwatnemu do praktyk niecenowych – testowi braku ekonomicznego sensu (ang. *no economic sense test*⁷⁰) potwierdza tym samym brak antykonkurencyjnego charakteru tych zachowań (w rozumieniu art. 102 TFUE), a w konsekwencji – potrzeby ich publicznoprawnej modyfikacji.

Summary

Konrad Kohutek

Markets of internet search engines and charge of abuse of dominant position

(against the background of EU case against Google)

The basic subject-matter of this paper is the assessment of expediency of some charges made by the European Commission against Google in the context of prohibition of abuse of dominant position contained in Article 102 TFEU. The article shows the particularities of operation of markets of internet search engines and their implications (including challenges) for the anti-monopoly analysis. The article questions the qualifications adopted by the Commission, such ascribing to the company a dominant position within the meaning of the above provision or perceiving its behaviour as discrimination of other websites aimed at excluding competitors from the market. There is also an evaluation of the influence of Google's disputed behaviour on the interests of consumers (users of websites, including search engines) in the context of correct application of the charge of abuse of dominant position.

dr hab. Konrad Kohutek

Autor jest profesorem na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego.

63 W taki sposób Komisja „definiuje” pojęcie wykluczenia z rynku (ang. *market foreclosure*) – jako część bardziej sprecyzowanej definicji – tj. „antykonkurencyjnego wykluczenia” (ang. *anticompetitive foreclosure*); pkt 19 wytycznych dotyczących praktyk wykluczających.

64 A – pomijając praktyki eksploatacyjne (które w omawianej kwestii nie występowały) – jedynie tego rodzaju wykluczenie podlega kwalifikacji jako przejaw nadużycia w rozumieniu art. 102 TFUE (art. 9 ust. 1 u.o.k.i.k.); odnośnie do analizy kryteriów mających różnicować wykluczenia „konkurencyjne” (dozwolone) od antykonkurencyjnych (zakazanych) – zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących...*, s. 433–565 oraz powoływana tam literatura.

65 Zob. np. 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” 2012/8, s. 666; A. Candeub, *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, „Journal of Law and Policy” 2014/9, s. 422, 423.

66 Taka przesłanka niezbędności (ang. *indispensibility*) została wykreowana w orzecznictwie unijnym – zob. pkt 43–45 wyroku TS z 26.11.1998 r. w sprawie 7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG przeciwko Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co.K, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG und Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, ECR 1998, s. I-7791.

67 Zob. Citigroup, inc., *Citi's Annual Net Influence Report*, s. 3 (5.02.2012 r.).

68 Zakres wykluczenia z rynku jest ilościową przesłanką, jaka powinna znaleźć zastosowanie przy ocenie, czy praktyki dominanta prowadzą do antykonkurencyjnego wykluczenia w rozumieniu art. 102 TFUE/art. 9 u.o.k.i.k. Przesłanka ta może zostać wydedukowana z orzecznictwa – zarówno unijnego, jak i krajowego, szerzej na ten temat zob. w: K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących...*, s. 406–433.

69 R. Litan, H. Singer, *Are Google's Search Results Unfair or Deceptive Under Section 5 of the FTC Act?*, s. 13–14, por. www.ssrn.com.

70 Zgodnie z tym testem, za antykonkurencyjne należy uznawać te praktyki dominanta, które są dla niego ekonomicznie nieracjonalne („nie mają ekonomicznego sensu”) w razie braku eliminacji z rynku (marginalizacji) konkurentów – zob. np. G.J. Werden, *The „No Economic Sense” Test for Exclusionary Conduct*, „Journal of Corporation Law” 2006/31, s. 298; K. Hylton, *The Law and Economics of Monopolization Standards*, w: *Antitrust Law and Economics*, K. Hylton (red.), Oksford–Portland 2010, s. 96. Jak to wynika z zawartych w niniejszym artykule rozważań, zasadniczym ekonomicznym sensem praktyk Google było dążenie do zaspokajania (coraz bardziej wyszukanych) „potrzeb informacyjnych” użytkowników Internetu.