



**Milena  
Machata**

---

**Dostęp do danych jako przewaga  
konkurencyjna platformy internetowej  
na rynkach cyfrowych**



MILENA MACHAŁA

DOSTĘP DO DANYCH  
JAKO PRZEWAGA KONKURENCYJNA  
PLATFORMY INTERNETOWEJ  
NA RYNKACH CYFROWYCH



Warszawa 2023 r.

Copyright @ 2023 Milena Machała. Wszelkie prawa zastrzeżone.

ISBN 978-83-64681-44-8

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa  
[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

Skład i druk:  
Drukarnia Piotra Włodarskiego  
ul. Ksawerów 21  
02-656 Warszawa  
[www.wlodarski.pl](http://www.wlodarski.pl)

# SPIS TREŚCI

|                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Wykaz skrótów i akronimów.....                                                                          | 6  |
| Wstęp.....                                                                                              | 7  |
| Rozdział I. Konkurencja w świecie rynków cyfrowych .....                                                | 10 |
| 1. Wzrost zainteresowania organów ochrony konkurencji rynkami cyfrowymi .....                           | 10 |
| 1.1. Definicja pojęcia „rynki cyfrowe” .....                                                            | 13 |
| 1.2. Platforma internetowa jako strażnik dostępu na rynkach cyfrowych.....                              | 13 |
| 1.3. Ekonomiczna charakterystyka rynków cyfrowych .....                                                 | 17 |
| 2. Przewaga konkurencyjna na rynku cyfrowym .....                                                       | 19 |
| 2.1. Pojęcie przewagi konkurencyjnej w ekonomii.....                                                    | 22 |
| 2.1. Przewaga konkurencyjna platformy internetowej – posiadanie niezbędnych danych na wyłączność? ..... | 25 |
| 2.2. Sposoby na uzyskanie przewagi konkurencyjnej przez platformę internetową .....                     | 28 |
| 3. Wizja rynków cyfrowych bez konkurencji .....                                                         | 29 |
| Rozdział II. Rola danych w działalności platformy internetowej na rynkach cyfrowych.....                | 32 |
| 1. Ekosystem <i>Big Data</i> .....                                                                      | 32 |
| 2. Ekonomiczna wartość danych na rynkach cyfrowych .....                                                | 34 |
| 2.1. Znaczenie pojęcia <i>Big Data</i> oraz jego zastosowanie w praktyce decyzyjnej Komisji .....       | 35 |
| 2.1. Dane jako kapitał?.....                                                                            | 39 |
| 3. Wpływ dostępu do danych na konkurencję na rynkach cyfrowych .....                                    | 43 |

|                                                                                                                                                                        |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.1. Dane źródłem wydajności, czyli korzyści płynące z dostępu do danych.....                                                                                          | 44        |
| 3.2. Dane źródłem siły rynkowej, czyli zagrożenia związane z dostępem do danych.....                                                                                   | 47        |
| <b>Rozdział III. Dostęp do danych w świetle kontroli koncentracji .....</b>                                                                                            | <b>53</b> |
| 1. Ogólne założenia unijnego systemu kontroli koncentracji .....                                                                                                       | 53        |
| 2. Przegląd decyzji Komisji w sprawie koncentracji z elementem łączenia danych na rynkach cyfrowych .....                                                              | 57        |
| 3. Teorie szkody związane z ograniczaniem konkurentom dostępu do danych na rynkach cyfrowych.....                                                                      | 60        |
| 3.1. Wyłącznieść danych prowadząca do powstania barier wejścia oraz ekspansji w koncentracjach horyzontalnych.....                                                     | 60        |
| 3.2. Wyłącznieść danych prowadząca do wykluczenia konkurentów z rynku bądź postawienia ich w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej w koncentracjach wertykalnych ..... | 62        |
| 3.3. Wyłącznieść danych prowadząca do wiązania produktów i usług w koncentracjach konglomeratowych.....                                                                | 63        |
| 3.4. Obrona przedsiębiorcy przed sformułowaną teorią szkody .....                                                                                                      | 64        |
| 4. Zakaz wewnętrznego łączenia danych lub nakaz ich zewnętrznego udostępnienia jako właściwe środki zaradcze?.....                                                     | 66        |
| 5. Wpływ DMA na kontrolę koncentracji na rynkach cyfrowych .....                                                                                                       | 68        |
| <b>Rozdział IV. Dostęp do danych w świetle zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 102 TFUE.....</b>                                                             | <b>70</b> |
| 1. Nadużywanie pozycji dominującej przez platformę na rynkach cyfrowych .....                                                                                          | 70        |
| 1.1. Ogólne założenia art. 102 TFUE.....                                                                                                                               | 70        |
| 1.2. Stosowanie art. 102 TFUE na gruncie rynków cyfrowych .....                                                                                                        | 71        |
| 2. Przegląd postępowań w sprawie nadużywania pozycji dominującej z elementem wykorzystywania danych przez platformę .....                                              | 73        |
| 3. Teorie szkody związane z ograniczaniem konkurentom dostępu do danych na rynkach cyfrowych.....                                                                      | 75        |

|                                                                                                                     |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.1. Sprawa <i>B6-22/16 Facebook</i> (Bundeskartellamt).....                                                        | 75        |
| 3.2. Sprawa <i>AT.40462 Amazon Marketplace</i> (Komisja) oraz sprawa <i>Allegro</i> (UOKiK) .....                   | 76        |
| 3.3. Sprawa <i>AT.40670 Google AdTech</i> (Komisja) oraz sprawa <i>No. 50972 Google Privacy Sandbox</i> (CMA) ..... | 78        |
| 3.4. Sprawa <i>Facebook leveraging</i> w Komisji (AT.40684) oraz CMA .....                                          | 79        |
| 4. Zakaz wewnętrznego łączenia danych lub nakaz ich zewnętrznego udostępnienia jako właściwe środki zaradcze?.....  | 79        |
| 5. Wpływ DMA na czerpanie korzyści z wyłącznego dostępu do danych przez platformę .....                             | 81        |
| <b>Zakończenie .....</b>                                                                                            | <b>83</b> |
| <b>Bibliografia .....</b>                                                                                           | <b>85</b> |

# Wykaz skrótów i akronimów

**ACCC** – Australian Competition & Consumer Commission, australijski organ ochrony konkurencji

**AGCM** – Autorità garante della concorrenza e del mercato, włoski organ ochrony konkurencji

**AI** – Artificial Intelligence

**Autorité de la concurrence** – francuski organ ochrony konkurencji

**Bundeskartellamt** – niemiecki organ ochrony konkurencji

**CMA** – Competition and Markets Authority, brytyjski organ ochrony konkurencji

**CNMC** – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, hiszpański organ ochrony konkurencji

**DG COMP** – Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji

**DMA** – Digital Markets Act, akt o rynkach cyfrowych

**DSA** – Digital Services Act, akt o usługach cyfrowych

**DGA** – Data Governance Act, akt w sprawie zarządzania danymi

**FTC** – Federal Trade Commission, amerykański organ ochrony konkurencji

**HCC** – Hellenic Competition Commission, grecki organ ochrony konkurencji

**KFTC** – Korea Fair Trade Commission, południowo-koreański organ ochrony konkurencji

**JECLP** – Journal of European Competition Law & Practice

**MAAMA** – Meta, Alphabet, Amazon, Microsoft, Apple

**MŚP** – małe i średnie przedsiębiorstwa

**OECD** – Organization for Economic Co-operation and Development, Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju

**EUMR** – Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz.Urz.UE 2004 Nr L24/01

**Rozporządzenie 2016/679** – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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.Urz. UE 2016 Nr L119/01

**SME** – small and medium enterprises

**TFUE** – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

**TSUE/Trybunał** – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

**TUE** – Traktat o Unii Europejskiej

**UE** – Unia Europejska

**UOKiK** – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

# Wstęp

Kiedys GAFA, później GAFAM, a dzisiaj już MAAMA. Niezależnie od konfiguracji podane akronimy odnoszą się do tych samych gigantów cyfrowych, takich jak: Meta, Alphabet, Amazon, Microsoft oraz Apple. Dominujący na rynkach cyfrowych i niezależni w swoich działaniach, stąd zwani uszczypliwie *MAAMAs and the PAAPAs: Profits, Assets, Ambition, Power and Arrogance*<sup>1</sup>.

Każda minuta spędzona na korzystaniu z ich usług skutkuje przekazaniem określonego zestawu danych o użytkowniku. Odkrywając swoje upodobania muzyczne, preferencje kulinarne, decyzje podróżnicze czy aktualny stan zdrowia, dostarczamy platformie materiał służący poprawie jakości jej usług na olbrzymią skalę. Prawdą jest, że akceptowalność wysokiego poziomu gromadzenia danych o konsumentach przez platformę wynika momentami z braku jakichkolwiek alternatyw (bądź wiedzy o nich). Nie pomaga także „darmowość” korzystania z platformy, która kształtuje w konsumentach przyzwolenie na praktyki monopolistyczne. Wybór przestaje być ważny, przywiązując się bowiem do myśli o bezpłatnej usłudze, tracimy jednocześnie przywiązanie do konkurencji.

*Competition is for the losers* – tak stwierdził w 2016 roku Peter Thiel, współzałożyciel PayPala oraz pierwszy zewnętrzny inwestor Facebooka<sup>2</sup>. Jego wypowiedź nie zdeprymowała jednak zarówno Komisji Europejskiej, jak i krajowych organów ochrony konkurencji, które w ostatnich latach dość aktywnie monitorowały zgodność praktyk platform internetowych z regułami konkurencji, niezbędnymi do funkcjonowania rynku wewnętrznego<sup>3</sup>. Prawo ochrony konkurencji zaciska coraz większą pętlę wokół cyfrowych gigantów, a to za sprawą aktu o rynkach cyfrowych. W skali makro DMA wydaje się końcem ery prokonkurencyjnego podejścia do ich dominacji oraz początkiem narodzin prawa platformowego. W skali mikro stanowi bezpośredni asumpt do podjęcia w niniejszej pracy analizy wpływu danych na konkurencję na rynkach cyfrowych.

Niniejsza praca magisterska dotyczy zjawiska gromadzenia danych o użytkownikach przez platformy internetowe oraz jego wpływu na konkurencyjność rynków. Zasadniczy cel to udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy uzyskanie dostępu do danych o zachowaniu użytkowników (biznesowych oraz końcowych) w przestrzeni wirtualnej oraz możliwość przetworzenia tych danych przez platformę internetową stanowi – w określonych warunkach rynkowych – źródło jej siły rynkowej oraz daje jej przewagę konkurencyjną nad pozostałymi przedsiębiorcami na rynku właściwym.

Rzetelne przedstawienie problematyki związanej z uzyskaniem dostępu do danych przez platformę internetową wymaga zastosowania formalno-dogmatycznej metody badawczej, połączonej z analizą orzecznictwa TSUE oraz praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej i światowych organów ochrony konkurencji. Podstawą do przygotowania

1 *A supergroup*, The Economist, 2022. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.economist.com/letters/2022/02/26/letters-to-the-editor>.

2 *The rise of the superstars*, The Economist, 2016. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.economist.com/special-report/2016/09/15/the-rise-of-the-superstars>.

3 Zgodnie z art 3 ust. 3 TUE podstawą rynku wewnętrznego jest m.in. społeczna gospodarka cyfrowa o wysokiej konkurencyjności.

niniejszej pracy był również szereg publikacji zagranicznych dotyczących konkurencji na rynkach cyfrowych.

Niniejsza praca została podzielona na cztery rozdziały, których kolejność stanowi, w mojej ocenie, najbardziej spójny sposób przedstawienia problematyki zjawiska gromadzenia danych przez platformę internetową. Każdy z rozdziałów dotyczy odrębnego zagadnienia, zawartego w postawionej hipotezie. Ich jednostkowa analiza pozwoli – w mojej ocenie – zwiększyć przejrzystość pracy.

Jako że główną osią sformułowanej hipotezy jest uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynkach cyfrowych, rozdział I poświęcę na wprowadzenie w realia tych rynków. Przedstawię zachodzące na nich zjawiska ekonomiczne, które – na gruncie niniejszej pracy – wypełniają zawarte w hipotezie sformułowanie „określone warunki rynkowe”. Ponadto niezbędne jest wyjaśnienie pojęcia „przewaga konkurencyjna” oraz umiejscowienie go w realiach omawianych rynków cyfrowych. Za podstawę rozważań posłużę teorią zasobowa J.B. Barneya, którą następnie przeniosę na grunt cyfrowy, formułując dwa warunki uznania dostępu do danych za źródło przewagi konkurencyjnej platformy internetowej, mianowicie (i) niezbędność posiadania i przetwarzania danych do efektywnego funkcjonowania na rynku właściwym oraz (ii) wyłączenie w dostępie do nich.

Rozdział II zawiera omówienie pierwszego warunku uznania dostępu do danych za źródło przewagi konkurencyjnej (tj. niezbędności danych do efektywnego funkcjonowania na rynku cyfrowym). W rozdziale tym przedstawię cechy zbioru danych służące do oceny jego konkurencyjności. Ponadto opiszę proces ekstrakowania informacji z danych, który sprawia, że dana zmienia się z surowej informacji (faktu) w cenny kapitał. Finalnie wyjaśnię, jak proces przetwarzania danych przyczynia się do podejmowania trafnych decyzji biznesowych przez platformę (dane źródłem wydajności) oraz w jaki sposób wpływa to na konkurencję na rynku właściwym (dane źródłem siły rynkowej).

Rozdział III służy zbadaniu postawionej hipotezy w świetle unijnych przepisów dotyczących kontroli koncentracji. W rozdziale tym drugi warunek (tj. wyłączenie w dostępie do danych) przeniosę na grunt postępowań z zakresu kontroli koncentracji. Stanem faktycznym, przewijającym się w omawianych decyzjach, będzie łączenie danych w wyniku koncentracji platform internetowych. Takie połączenie może prowadzić do zwiększenia siły rynkowej podmiotu w fazie pokoncentracyjnej. Powstaje pytanie, czy zapewnienie dostępu do znacznej ilości danych wyłącznie jednemu przedsiębiorcy spowoduje zakłócenie konkurencji na rynku. Pozostali gracze na rynku nie będą w stanie konkurować z nim *pari passu*, zaistnieje bowiem między nimi asymetria w ilości posiadanej wiedzy. W rozdziale III przybliżę założenia unijnego systemu kontroli koncentracji oraz przedstawię teorie szkody, które mogą zostać sformułowane jako skutek łączenia danych przez platformy. Na końcu rozważę zasadność stosowania środków zaradczych oraz opiszę wpływ DMA na obowiązki notyfikacyjne strażników dostępu.

Rozdział IV zbada postawioną hipotezę w świetle zakazu nadużywania pozycji dominującej, ustanowionego na mocy art. 102 TFUE. W rozdziale tym drugi warunek (tj. wyłączenie w dostępie do danych) przeniosę na grunt postępowań z zakresu nadużywania pozycji dominującej. Stanem faktycznym, przewijającym się w omawianych sprawach, będzie zgromadzenie dużej ilości danych w obrębie jednej platformy.

Powstaje pytanie, czy opisane zachowanie dominanta stanowi (nową) formę nadużywania pozycji dominującej, eksploatującą lub wykluczającą konkurentów z rynku z powodu powstałej asymetrii informacyjnej. W rozdziale IV przybliżę założenia art. 102 TFUE oraz przedstawię teorie szkody, które mogą zostać sformułowane jako skutek nadmiernego gromadzenia danych przy jednoczesnym limitowaniu ich dostępu innym przedsiębiorcom. Finalnie opiszę także wpływ DMA na zdolność platformy do czerpania korzyści z dostępu do danych.

Struktura rozdziału IV różni się nieco od poprzedniego. W rozdziale III wskazuję na konkretne teorie szkody przyjęte przez Komisję oraz krajowe organy ochrony konkurencji w swoich decyzjach. W przypadku rozdziału IV spośród siedmiu omawianych spraw aż sześć z nich jest obecnie w toku. Stąd z powodu braku możliwości wskazania przyjętych przez organ teorii szkody w rozdziale IV przechodzę przez kolejne praktyki platform, będące obecnie pod lupą organu, wskazując na ich potencjalną kwalifikację.

Z przeprowadzonej przeze mnie analizy dostępnych publikacji wynika, że temat dostępu do danych jako źródła przewagi konkurencyjnej platformy internetowej nie został przedstawiony kompleksowo w żadnej z dotychczasowych prac naukowych, zarówno krajowych, jak i zagranicznych. Wprawdzie istnieją pojedyncze publikacje omawiające łączenie danych w wyniku koncentracji na rynku cyfrowym bądź praktyki platform-dominantów związane z wykorzystywaniem danych, jednakże publikacja, która łączyłaby jednocześnie obydwie zagadnienia, nie jest obecnie dostępna na rynku.

# Rozdział I.

## Konkurencja w świecie rynków cyfrowych

### 1. Wzrost zainteresowania organów ochrony konkurencji rynkami cyfrowymi

W ciągu drugiej dekady XXI wieku światowe rankingi firm o największej kapitalizacji rynkowej zostały zdominowane przez przedsiębiorstwa z sektora cyfrowego<sup>4</sup>. Na dziesięć pierwszych pozycji siedem z nich okupują cyfrowi giganci, tacy jak: Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet, Meta, Tencent oraz Alibaba<sup>5</sup>. Wraz z ich wzrostem rośnie zainteresowanie rynkiem cyfrowym oraz jego konkurencyjnością.

Ostatnia dekada to także okres eksploracji rynków cyfrowych przez światowe organy antymonopolowe<sup>6</sup>. Tysiące stron raportów o stanie konkurencji na tych rynkach<sup>7</sup> oraz miliony minut poświęconych na identyfikację antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców utwierdziły środowisko antymonopolowe w przekonaniu, że potrzebne są nowe narzędzia do skutecznego stosowania prawa konkurencji<sup>8</sup>. Cel? Zabezpieczenie konkurencyjności rynków cyfrowych oraz dobrobytu konsumenta, który nieustannie porusza się w przestrzeni wirtualnej. Jak stwierdziła M. Vestager, Komisarz ds. Konkurencji w Komisji Europejskiej, podczas ubiegłorocznej konferencji poświęconej rynkom cyfrowym: *With the years of experience that we've built up through cases, we're now in a position to design regulation to help tackle harmful behaviour that we've seen again and again*<sup>9</sup>. Na szczęście za słowami idą konkretne kroki prawne, wyrażone w zaproponowanym przez Komisję Europejską<sup>10</sup> szeregu aktów prawnych. Wśród nich m.in.: akt o rynkach cyfrowych (ang. *Digital Markets Act*)<sup>11</sup>,

4 M. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and Competition law in theory and practice*, Industrial and Corporate Change, 2021, Vol. 30, str. 1199.

5 Raport PWC *Global Top 100 companies by market capitalisation*, 2021. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/pwc-global-top-100-companies-2021.pdf>.

6 Będąc świadomą różnic między prawem ochrony konkurencji oraz prawem antymonopolowym, w niniejszej pracy magisterskiej pojęć „organ antymonopolowy” oraz „organ ochrony konkurencji” używam zamiennie. Podobne podejście prezentuje także UOKiK w swoich publikacjach. Zob. M. Błachucki, *Sądownictwo Antymonopolowe w Polsce – historia i ustrój*, UOKiK, 2011, str. 6.

7 Wśród nich warto wskazać: raport *Competition Policy for the Digital Era*, przygotowany na prośbę M. Vestager przez J. Cremera, Y.A. de Montjoye, H. Schweitzer, 2019, zwany powszechnie raportem Cremera; raport *Unlocking digital competition*, przygotowany przez Digital Competition Expert Panel pod przewodnictwem J. Furmana, 2019, zwany powszechnie „raportem Furmana”; raport *Digital Platforms*, przygotowany przez Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2020, zwany powszechnie „raportem Stiglera”.

8 D. Geradin, D. Katsifis, *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform markets*, European Competition Journal, 2021, str. 2.

9 Wypowiedź M. Vestager z 24.06.2021 r., *Defending competition in a digital age*, wygłoszona podczas konferencji Florence Competition Summer Conference.

10 W celu uniknięcia wątpliwości w niniejszej pracy stosowane są najnowsza numeracja artykułów prawa pierwotnego i wtórnego oraz aktualne nazewnictwo organów UE. Oryginalna numeracja oraz nazewnictwo zostały utrzymane w cytatach.

11 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowanych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych), 2020/0374 (COD). Na dzień 26.06.2022 r. Parlament oraz Rada wstępnie porozumiały się co do treści aktu, dostępnego tutaj: <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-xx22.pdf>.

akt o usługach cyfrowych (ang. *Digital Services Act*)<sup>12</sup> czy też akt w sprawie zarządzania danymi (ang. *Data Governance Act*)<sup>13</sup>.

Z punktu widzenia tematu niniejszej pracy magisterskiej na szczególną uwagę zasługuje DMA. Jako że prezentacja rozwiązań wprowadzanych przez DMA towarzyszyć będzie wszystkim rozdziałom, poniżej parę uwag wprowadzających dotyczących celów oraz okoliczności uchwalenia aktu.

Po pierwsze, zasadniczym celem DMA jest zapewnienie uczciwych i otwartych rynków cyfrowych<sup>14</sup> poprzez zastosowanie asymetrycznej regulacji o charakterze *ex-ante*. Akt ten skierowany jest do wybranych platform internetowych, działających jako strażnicy dostępu (ang. *gatekeepers*), wobec których stosuje się listę dwudziestu dwóch nakazów i zakazów (ang. *do's and don'ts*), z potencjalną groźbą nałożenia kar i innych, poważniejszych sankcji. Na chwilę obecną szacuje się, że akt wejdzie w życie nie wcześniej niż na wiosnę 2023 r., co potwierdziła niedawno M. Vestager<sup>15</sup>.

Po drugie, DMA to akt adresujący antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorców, zidentyfikowane przez Komisję na rynkach cyfrowych w ostatnich latach. W rzeczywistości możliwe jest wskazanie, które postępowanie antymonopolowe prowadzone przez Komisję (bądź krajowe organy antymonopolowe) przeciwko platformie internetowej było inspiracją do wprowadzenia konkretnego artykułu DMA (*sic!*)<sup>16</sup>.

Po trzecie, DMA wpisuje się w trwającą w środowisku antymonopolowym debatę dotyczącą niskiej skuteczności podejścia *ex-post* (prezentowanego ostatnimi czasy przez Komisję) w stosowaniu reguł ochrony konkurencji na rynkach cyfrowych<sup>17</sup>. Podkreśla się, że antymonopolowa ocena *ex-post* zachowania przedsiębiorcy jest kosztowna oraz długotrwała. Kosztowna, szeroki wachlarz formułowanych teorii szkody na rynku cyfrowym wymaga bowiem indywidualnego podejścia do każdej sprawy oraz znacznego nakładu pracy DG COMP<sup>18</sup>. Długotrwała, opisane podejście

12 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE2020/0361 (COD). Na dzień 26.06.2022 r. Parlament oraz Rada wstępnie porozumiały się co do treści aktu, dostępnego tutaj: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal\\_for\\_a\\_regulation\\_on\\_a\\_single\\_market\\_for\\_digital\\_services.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal_for_a_regulation_on_a_single_market_for_digital_services.pdf).

13 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskiego zarządzania danymi (akt w sprawie zarządzania danymi), 2020/0340 (COD). Na dzień 26.06.2022 r. akt został przyjęty przez Radę i Parlament, oczekuje na podpis Przewodniczącego Parlamentu i Przewodniczącego Rady oraz publikację w Dzienniku Urzędowym.

14 Motyw 2 DMA.

15 Wypowiedź M. Vestager z 5.05.2022 r. podczas konferencji International Competition Network pt. *A new Age of International cooperation in competition policy* w Berlinie.

16 Przykładowa lista, w której poszczególnym obowiązkom z art. 5 oraz 6 DMA zostały przypisane konkretne postępowania antymonopolowe, prowadzone przez Komisję oraz krajowe organy antymonopolowe w ostatnich latach znajduje się tutaj: <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

17 Ch. Hotchinson, D. Trescakova, *Tackling gatekeepers' self-preferencing practices*, European Competition Journal, 2022, str. 2.

18 Motyw 6 DMA. Co więcej, wskazuje się często, że z uwagi na wąski sektor działania platformy (w ramach konkretnego postępowania) oraz wysoki poziom szczegółowości spraw prowadzonych przez Komisję, prawdopodobieństwo ponownego zastosowania sformułowanej przez Komisję teorii szkody w tym samym stanie faktycznym wydaje się niskie.

wydłuża bowiem znacznie czas prowadzenia postępowania<sup>19</sup>. Dodatkowo częstotliwość korzystania przez Komisję ze środków tymczasowych pozostaje wciąż niska<sup>20</sup>. Powoduje to ryzyko powstania nieodwracalnej szkody dla konkurencji oraz konsumentów, zanim abuzywna praktyka przedsiębiorcy zostanie zakazana mocą decyzji Komisji<sup>21</sup>. Nowym narzędziem zaproponowanym przez Komisję jest – wspomniana wyżej – lista dwudziestu dwóch nakazów i zakazów, skierowanych do strażników dostępu, które regulują sposób działania niektórych z jego usług<sup>22</sup>. Szerzej na ten temat w rozdziale IV.

Co ciekawe, krytyka spadła także na regulację dotyczącą kontroli koncentracji, która – w założeniu europejskiego ustawodawcy – miała być przecież narzędziem o charakterze *ex-ante*, służącym do utrzymania konkurencyjnego rynku oraz wyeliminowania ryzyka przyszłych nadużyć<sup>23</sup>. Nowym narzędziem zaproponowanym przez Komisję jest – nałożony na strażników dostępu – obowiązek notyfikacji każdej koncentracji dokonywanej na rynkach cyfrowych, niezależnie od jej wielkości, wpływu na handel między państwami członkowskimi czy też siedziby stron<sup>24</sup>. Szerzej na ten temat w rozdziale III.

Niezależnie od uszczypliwości komentujących, określających DMA jako: *lost child of competition law*<sup>25</sup>, *new kid on the block*<sup>26</sup>, *great pivot to digital regulation*<sup>27</sup> czy też *full-employment act*<sup>28</sup>, rozwiązania wprowadzane przez akt są potrzebne, biorąc pod uwagę całokształt antykonkurencyjnych praktyk platform internetowych, zidentyfikowanych przez Komisję. Era prokonkurencyjnych regulacji na rynkach cyfrowych dobiega końca, zaś ostatnim, dość wyrazistym sygnałem wysłanym cyfrowym gigantom

---

19 Na przykład postępowanie w sprawie *Google Shopping* trwało ponad siedem lat (AT.39740), nie licząc postępowania odwoławczego. Szacuje się, że w celu uzyskania właściwej oceny praktyki Google Komisja musiała przeanalizować pięć terabajtów danych, w tym ok. 1,3 tys. aktów spraw. Cechę „szyfowości” pracy Komisji nadaje fakt, że w przeciągu tych siedmiu lat większość konkurencyjnych wyszukiwarek internetowych dotkniętych antykonkurencyjną praktyką Google zdążyła już zniknąć z rynku. Zob. M. Bourreau, A. Perrot, *Digital platforms: Regulate before it's too late*, Notes du conseil d'analyse économique 2020, Vol. 6 (60), str. 9.

20 Raport CMA *Online platforms and digital advertising market study*, 2020, pkt 7.33.

21 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 10<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, 2021, str. 859; raport *Unlocking digital...*, *op. cit.*, str. 6.

22 Art. 5 oraz art. 6 DMA.

23 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 Gencor v. Komisja, Zbiór Orzeczeń 1999 II-00753, pkt 106.

24 Art. 14 DMA.

25 Z uwagi na krytyczne twierdzenie, że DMA nie opiera się na zestawie rozsądnych polityk prawa konkurencji, ani nie korzysta w rzeczywistości z dotychczasowej praktyki Komisji. Zob. P. Larouche, A. de Streel, *The European Digital Markets Act A Revolution grounded on traditions*, JECLP, 2021, Vol. 12 (7), str. 545-548.

26 Z uwagi na chęć podkreślenia odrębności DMA od tradycyjnych reguł prawa ochrony konkurencji. Zob. C. Fernandez, *A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?*, JECLP 2021, Vol. 12 (4).

27 Z uwagi na odwrót od regulacji *ex-post* i zwrot w kierunku regulacji *ex-ante*. Zob. wypowiedź M. Vestager z 5.05.2022 r.

28 Z uwagi na pojawiające się wątpliwości co do tego, czy Komisja posiada wystarczające zasoby ludzkie do efektywnego stosowania DMA w praktyce. Z obliczeń C. Carugatiego wynika, że – przy zachowaniu obecnej liczby pracowników Komisji – na monitoring jednego obowiązku nałożonego na strażnika dostępu, wynikającego z DMA, przypadabyby moce przerobowe zaledwie 1,1 pracownika Komisji. Zob. C. Carugati, *The role of national authorities in the Digital Markets Act*, Concurrences 2022, No. 1, str. 1.

jest ubiegłoroczna wizyta byłej pracowniczki Facebooka Frances Haugen (zwanej powszechnie *Facebook's whistleblower*<sup>29</sup>) w Brukseli<sup>30</sup>.

### 1.1. Definicja pojęcia „rynki cyfrowe”

Konkurencja doskonała i definicja pojęcia „rynki cyfrowe” mają ze sobą jedną wspólną cechę – mianowicie nie istnieją. Oczywiście spotykane są próby zdefiniowania tego pojęcia (np. przez CMA<sup>31</sup>). Jednakże z punktu widzenia prawa konkurencji określenie rynku właściwego dla działalności wszystkich platform internetowych jest (i) niemożliwe oraz (ii) bezcelowe. Niemożliwe, rynki cyfrowe obejmują bowiem w rzeczywistości niezliczoną liczbę różnych modeli biznesowych<sup>32</sup>. Bezcelowe, na gruncie prawa konkurencji identyfikacja rynku właściwego (tj. rynku produktowego oraz geograficznego) odbywa się bowiem w ramach konkretnego postępowania, prowadzonego przez organ antymonopolowy, w stosunku do konkretnego przedsiębiorcy (albo przedsiębiorców)<sup>33</sup>. Stąd w niniejszej pracy magisterskiej posługuję się sformułowaniem „rynki cyfrowe” w liczbie mnogiej, zostawiając przestrzeń na dookreślenie rynku właściwego w miejscach, w których jest to niezbędne (np. dla ułatwienia przekazu).

W związku z powyższym zamiast próbować ukuć mniej lub bardziej doskonałą definicję, trafniejsze jest rozważenie następującego pytania: co zasadniczo wyróżnia rynki cyfrowe? Jakie ekonomiczne zjawiska są dla nich charakterystyczne? Jednakże zanim odpowiem na to pytanie, wpierw przybliżę reżyserów całego cyfrowego spektaklu, którymi są platformy internetowe.

### 1.2. Platforma internetowa jako strażnik dostępu na rynkach cyfrowych

Literatura antymonopolowa definiuje pojęcie „platforma internetowa”, odnosząc się do cechy dwu- albo wielostronności rynków cyfrowych<sup>34</sup>. Jak wskazała Komisja: „*Online platform* refers to an undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct

29 Określenie F. Haugen jako Facebookowej sygnalistki (ang. *whistleblower*) stworzono po tym, gdy ujawniła ona Amerykańskiej Komisji Papierów Wartościowych i Giełd oraz The Wall Street Journal dziesiątki tysięcy stron poufnych dokumentów, wskazujących na przedkładanie przez Facebooka własnych interesów nad interesem konsumenta. F. Haugen została publicznie wysłuchana przez grono europejskich polityków, w tym Parlament (będący unijnym legislatorem) czy też Komisję Europejską (będącą strażniczką traktatów, powołaną m.in. do skutecznego wcielania w życie reguł ochrony konkurencji).

30 N. Friederici, A. Humboldt, I. Graef, *Beyond GAFAM: How size-or-silo regulation fails to account for organisational diversity in the platform economy*, Internet Policy Review, 2021.

31 Wg CMA rynki cyfrowe to te, na których firmy rozwijają się i stosują nowe technologie do istniejących firm lub tworzą zupełnie nowe usługi z wykorzystaniem możliwości cyfrowych. Zob. raport *The CMA's Digital Markets Strategy*, 2019, pkt 1.1.

32 A. Szmigielski, *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, Europejski Przegląd Sądowy, 2019, str. 31.

33 Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz. WE 1997 Nr C 372/5, pkt 2-4. Z uwagi na upływ 25 lat od momentu wydania wskazanego obwieszczenia Komisja dokonała w 2021 r. jego ewaluacji, uznając, że w pewnych kwestiach nie adresuje wszystkich problemów, które występują podczas definiowania rynku właściwego obecnie. W odniesieniu do wyznaczania rynku właściwego w sektorze cyfrowym Komisja podkreśliła, że obowiązujące obwieszczenie nie uwzględnia w wystarczającym stopniu pozacenowych aspektów substytucji.

34 Jak podaje G. Parker: *Platform is a business based on enabling value-creating interactions between external producers and consumers*. Zob. G. Parker, W.M. van Alstyne & P. Sangeet, *Platform Revolution: how networked markets are transforming the economy and how the make them work for you*, W.W. Norton, 2017.

but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups”<sup>35</sup>. W zależności od platformy umożliwia ona spotkanie dwóch różnych grup użytkowników (zwanych w DMA użytkownikami biznesowymi<sup>36</sup> oraz końcowymi<sup>37</sup>) oraz interakcję między nimi<sup>38</sup>. Na przykład platformy handlowe umożliwiają spotkanie sprzedających oraz kupujących (np. Amazon), wyszukiwarki internetowe – reklamodawców oraz odbiorców (np. Google), profesjonalne serwisy społecznościowe – poszukujących pracy oraz rekrutujących (np. LinkedIn).

Niezaprzeczalnie działalność platform internetowych wywiera pozytywny wpływ na właściwe rynki cyfrowe. Po pierwsze, dzięki erze digitalizacji niezakłócony przepływ informacji – jeden z warunków ekonomicznego modelu konkurencji doskonałej<sup>39</sup> – powoduje, że zwiększa się transparentność rynku. Po drugie, owa transparentność wpływa na redukcję kosztów wyszukiwania (ang. *search costs*)<sup>40</sup> po obydwóch stronach rynku, tj. po stronie sprzedających oraz kupujących, mogą oni bowiem w szybki sposób porównać szereg produktów wraz z ich ceną<sup>41</sup>. Po trzecie, transparentność obniża bariery wejścia oraz ekspansji na rynku. Konsument zyskuje, gdy nowi przedsiębiorcy mogą wejść i wyjść z rynku bez ponoszenia znacznych kosztów<sup>42</sup>. Finalnie wszystkie powyższe czynniki (tj. transparentność rynku, redukcja kosztów wyszukiwania oraz obniżenie barier wejścia oraz ekspansji) zwiększają presję konkurencyjną na innowacje (ang. *dynamic efficiencies*)<sup>43</sup>.

---

35 Dokument roboczy służb Komisji *Online Platforms*, towarzyszący Komunikatowi Komisji *Online Platforms and the Digital Single Market*, 2016, str. 1. Łączenie definicji platformy internetowej z dwu- albo wielostronnością rynków cyfrowych jest przez niektórych autorów krytykowane z dwóch powodów. Po pierwsze, powiązanie definicji platformy z wielostronnością rynków cyfrowych sprawiłoby, że wiele podmiotów nie weszłoby w zakres tego pojęcia, np. WhatsApp albo Netflix. Po drugie, w przypadku niektórych serwisów społecznościowych przepływ korzyści między stronami nie jest dwustronny. W przypadku platformy Facebook reklamodawcy czerpią korzyści z obecności użytkowników na platformie, lecz nie w drugą stronę. Użytkownicy czerpią korzyści bardziej z usług Facebooka aniżeli z samej obecności reklamodawców. Zob. raport *Competition Policy for...*, *op. cit.*, str. 21.

36 W rozumieniu DMA użytkownik biznesowy to podmiot działający w celach handlowych lub zawodowych, który korzysta z usługi platformy do celów związanych z dostarczaniem towarów lub świadczeniem usług na rzecz użytkowników końcowych. Zob. art. 1 pkt 17 DMA.

37 W rozumieniu DMA użytkownik końcowy to podmiot, który nie jest użytkownikiem biznesowym i korzysta z usług platformy. Zob. art. 1 pkt 16 DMA.

38 Co ciekawe, Komisja jasno wskazała, że pojęcie „dobrobytu konsumenta” – podstawowy cel prawa konkurencji – w kontekście rynku cyfrowego ma szerokie znaczenie i dotyczy obydwu grup użytkowników. Konsumentem będzie zarówno użytkownik końcowy, jak i użytkownik biznesowy. Na przykład w interakcji użytkownika z platformą handlową Amazon pojęciem konsumenta będą obaj: zarówno kupujący, jak i niezależni sprzedający. Zob. raport *Competition Policy for...*, *op. cit.*, str. 3.

39 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, *op. cit.*, str. 6.

40 Czyli czasu, energii oraz kapitału, które kupujący oraz sprzedający poświęcają na próby wzajemnego odnalezienia się na rynku w celu zawarcia transakcji. Źródło: Investopedia. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.investopedia.com/terms/s/search-cost.asp>.

41 Raport OECD *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, 2012, str. 11, 23.

42 A. Ezrachi. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016, str. 6.

43 *Ibidem*, str. 7.

Wydawałoby się, że konkurencję na rynkach cyfrowych czeka świetlana przyszłość<sup>44</sup>. Jednakże, wraz z identyfikacją pierwszych antykonkurencyjnych praktyk na rynkach cyfrowych przez Komisję, zauważalna jest w środowisku antymonopolowym zmiana sposobu definiowania platformy. Swoistym synonimem platformy stały się takie pojęcia jak: „platformowy regulator” (ang. *platform regulator*)<sup>45</sup>, „platformowy reżyser” (ang. *platform orchestrators, ecosystem orchestarators*)<sup>46</sup> czy też – jak czyni to DMA – „strażnik dostępu” (ang. *gatekeeper*)<sup>47</sup>.

Pojęcia „platformowy regulator” oraz „platformowy reżyser” są tożsame i odnoszą się do zjawiska samokształtowania reguł gry przez platformę. Mówiąc prościej – platforma działa jak „regulator rynkowy” i zamiast konkurować z innymi przedsiębiorcami próbuje ukształtować własny rynek<sup>48</sup>, ustalając (a nawet narzucając) zasady i polityki obowiązujące wszystkich uczestników<sup>49</sup>. Jak podkreśla się w literaturze, dowolność w ustalaniu reguł gry przez platformę nie jest problemem *per se*<sup>50</sup>. Konkurencyjne obawy powinny budzić raczej skutki ustalonych przez nią reguł w postaci zakłócenia konkurencji na rynku właściwym. Wszakże platforma może użyć władzy regulatora i zadbać o swój własny interes, jednocześnie wykluczając swoich konkurentów<sup>51</sup>.

Swoistym *novum* prawa konkurencji jest utożsamianie platformy z konstrukcją strażnika dostępu. Zgodnie z DMA strażnikiem dostępu jest przedsiębiorstwo świadczące podstawowe usługi platformowe (ang. *core platform services*), które: (i) ma znaczący wpływ na rynek wewnętrzny; (ii) kontroluje ważną usługę, która umożliwia użytkownikom biznesowym dotarcie do użytkowników końcowych; oraz (iii) korzysta z ugruntowanej i trwałej pozycji w swojej działalności (lub prawdopodobnie osiągnie taką pozycję w najbliższej przyszłości)<sup>52</sup>. Poziom zawartości ww. definicji wymaga rozłożenia jej na czynniki pierwsze.

Pierwszym warunkiem uznania platformy za strażnika dostępu jest świadczenie jednej z dziesięciu podstawowych usług platformowych<sup>53</sup>, wyróżnionych w DMA, na te-

44 Zaiste na początku XXI wieku wskazywano, jakoby rozwój Internetu miał skutkować dojściem niemalże do stanu konkurencji doskonałej na rynkach cyfrowych: *The conventional wisdom regarding Internet competition [...] is that the unique characteristics of the Internet will bring about a nearly perfect market* albo *The traditional economic view suggests that [...] the Internet should reduce search costs for consumers and thereby reduce prices and make markets more competitive*. Zob. E. Brynjolfsson, M.D. Smith, *Frictionless Commerce? A Comparison of Internet and Conventional Retailers*, *Management Science*, 2000, Vol. 46 (4), str. 563; J.R. Brown, A. Goolsbee, *Does the Internet Make Markets More Competitive? Evidence from the Life Insurance Industry*, *Journal of Political Economy*, 2002, Vol. 110 (3) str. 482.

45 N. Dunne, *Platforms as regulators*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2021, Vol. 9, str. 244; raport *Competition Policy for...*, *op. cit.*, str. 6, 60.

46 M. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and Competition law...*, *op. cit.*, str. 1203.

47 DMA, art. 2 pkt 1.

48 M. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and Competition law...*, *op. cit.*, str. 1203.

49 N. Dunne, *Platforms as...*, *op. cit.*, str. 247.

50 Raport *Competition Policy for...*, *op. cit.*, str. 6.

51 Co więcej, niejednokrotnie zarzuca się platformowemu reżyserom działalność w podwójnej roli – jako gracza oraz sędziego. Na przykład platforma Amazon udostępnia niezależnym sprzedającym przestrzeń do działalności, ustalając zasady funkcjonowania w tej przestrzeni (rola sędziego). Jednocześnie prowadzi własną sprzedaż na platformie, konkurując z niezależnymi sprzedającymi (rola gracza). Opisane zachowanie może prowadzić do praktyk antykonkurencyjnych takich jak wpływanie na rynki sąsiednie (ang. *leveraging*) czy faworyzowanie własnych produktów (ang. *self-preferencing*).

52 Art. 3 pkt 1 DMA.

53 W rozumieniu DMA podstawowymi usługami cyfrowymi są: usługi pośrednictwa internetowego, wyszukiwarki internetowe, serwisy społecznościowe, usługi platformy udostępniania wideo, usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów, systemy operacyjne, przeglądarki internetowe, wirtualni asystenci, usługi w chmurze oraz usługi reklamowe.

renie min. trzech państw członkowskich. W tym miejscu warto podkreślić, że miejsce zarejestrowania siedziby platformy jest z punktu widzenia DMA irrelevantne, co wskazuje na jego eksterytorialny charakter (co dla niektórych przedsiębiorców może być zaskakujące).

Drugim warunkiem jest wywieranie przez platformę znaczącego wpływu na rynek wewnętrzny (ang. *significant impact on the internal market*). Domniemywa się, że tak jest, gdy roczny obrót grupy kapitałowej w UE wyniósł co najmniej 7,5 miliarda euro w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych lub gdy jej średnia kapitalizacja lub godziwa wartość wynosiła co najmniej 75 miliardów euro w ostatnim roku obrotowym.

Trzecim warunkiem jest kontrolowanie ważnej usługi, która umożliwia użytkownikom biznesowym dotarcie do użytkowników końcowych (ang. *important gateway for businesses to reach end users in the EU*). Domniemywa się, że tak jest, gdy jedna z usług grupy ma ponad 45 milionów aktywnych użytkowników końcowych w UE miesięcznie oraz ponad 10 000 aktywnych użytkowników biznesowych w UE rocznie<sup>54</sup>.

Czwartym warunkiem jest korzystanie z ugruntowanej i trwałej pozycji w swojej działalności (ang. *entrenched and durable market position in the EU*). Domniemywa się, że tak jest, gdy wskazane wyżej progi dotyczące liczby użytkowników zostały przekroczone w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych.

Powyższe domniemania są teoretycznie możliwe do obalenia. W praktyce może być to dość trudne, bowiem – jak wynika z analizy treści aktu – należałoby obalić ww. sztywne progi. Powołanie się na okoliczności obiektywne (np. korzyści dla konsumentów) wydaje się niewystarczające. Relatywnie wysokie progi powodują, że za „strażnika dostępu” uznane zostaną podmioty z kręgu MAAMA. Dodatkowo wg szacunków Komisji w niedalekiej przyszłości do kręgu „wybrańców” może dołączyć od 15 do 20 kolejnych platform internetowych. W przypadku spełnienia wszystkich powyższych warunków platforma ma obowiązek powiadomić Komisję o takim stanie rzeczy w ciągu dwóch miesięcy od dnia osiągnięcia ww. progów<sup>55</sup>. Komisja wydaje decyzję o uznaniu platformy za strażnika dostępu w ciągu 45 dni<sup>56</sup>. Od decyzji można złożyć odwołanie i wydaje się, że platformy mogą rozważać taki krok, zważywszy na szeroki zakres obowiązków, jakie zostały nałożone przez DMA na strażników dostępu. Co ważne, nawet jeśli określony podmiot nie spełni ww. kryteriów, to i tak – na mocy decyzji Komisji – może być zakwalifikowany jako *gatekeeper*, po przeprowadzeniu badania rynkowego.

Konkludując rozważania dotyczące regulacji strażników dostępu, warto nadmienić, że istnieją jej odpowiedniki w niemieckim (obowiązujące prawo) oraz brytyjskim prawie konkurencji (propozycja). Już w 2020 r. CMA przedstawił propozycję wprowadzenia pojęcia przedsiębiorcy o strategicznym statusie rynkowym (ang. *strategic*

54 Do DMA załączono aneks zawierający reguły dotyczące obliczania liczby użytkowników. W środowisku antymonopolowym wskazuje się, że zawiera on szereg nieścisłości, m.in. nakaz liczenia niezalogowanych użytkowników, nawet w przypadku tych usług, z których nie można korzystać bez zalogowania, np. z platform sprzedażowych.

55 Art 1 pkt 3 DMA.

56 Platformy, wobec których wiadomo, że spełnią wskazane w DMA progi, będą musiały w praktyce złożyć notyfikacje w tym samym terminie dwóch miesięcy od dnia wejścia w życie aktu. Stąd w środowisku antymonopolowym wyrażane są wątpliwości co do zdolności wydania decyzji w tak krótkim czasie w stosunku do kilkunastu podmiotów.

*market status*), tj. przedsiębiorcy posiadającego znaczną, ugruntowaną pozycję rynkową w co najmniej jednej działalności cyfrowej (ang. *digital activity*), zapewniającą mu strategiczną pozycję<sup>57</sup>. W przypadku regulacji niemieckiej w 2021 r. tamtejszy ustawodawca, istny „influencer” nowoczesnego prawa konkurencji, wprowadził pojęcie „przedsiębiorcy mającego nadrzędne znaczenie dla konkurencji na rynkach” (ang. *paramount significance for competition across markets*)<sup>58</sup>. Celem regulacji jest – podobnie jak w przypadku DMA oraz ww. brytyjskiej regulacji – utrzymanie konkurencyjności rynków cyfrowych<sup>59</sup>. Narzędziem do utrzymania *status quo* będzie możliwość zakazania omawianemu przedsiębiorcy określonych praktyk przez Bundeskartellamt (np. praktyki polegające na faworyzowaniu własnych produktów). Z ekonomicznego punktu widzenia niemieckie rozwiązanie jest szczególnie interesujące, ponieważ wymaga od organu zaprzestania formalnej analizy pozycji dominującej przez platformę (bowiem bycie dominantem nie jest warunkiem koniecznym) oraz spojrzenia na cały ekosystem platformy i relacje między świadczonymi przez nią usługami<sup>60</sup>.

### 1.3. Ekonomiczna charakterystyka rynków cyfrowych

Wyłonienie się gigantów cyfrowych to m.in. skutek określonej charakterystyki rynków, na których działają. Istnieje coraz większa zgoda co do tego, że rynki cyfrowe wykazują szereg zjawisk ekonomicznych, które – w ujęciu holistycznym – mogą prowadzić do powstania trwałej pozycji rynkowej<sup>61</sup>. Stwierdzenie, że przejęły one od rynków budowlanych tytuł najbardziej „monopologennych” na świecie jest śmiałe, lecz – w mojej ocenie – uzasadnione. Przemawiają za tym następujące zjawiska ekonomiczne: efekty sieciowe, zjawisko typu *market tipping*, zjawisko typu „zwycięzca bierze wszystko”, korzyści skali oraz zakresu, koszty przeniesienia (ang. *switching costs*) oraz uzależnienie konsumenta (ang. *consumer lock-in*). Poniżej omawiam najważniejsze z nich.

Efekty sieciowe (ang. *network effects*) sprowadzają się do prostego mechanizmu: wartość produktu rośnie wraz ze wzrostem liczby jego użytkowników (bezpośredni efekt sieciowy)<sup>62</sup>. Na rynkach cyfrowych oznacza to, że im większa liczba uczestników, tym bardziej użyteczne staje się korzystanie z platformy<sup>63</sup>. W ten sposób bezpośredni efekt sieciowy może prowadzić do szybkiego i bezprecedensowego wzro-

57 Dokument CMA *A new pro-competition regime for digital markets*, 2021, pkt 50. Jeśli platforma zostanie uznana za posiadającą strategiczny status rynkowy, podlegać będzie regulacji obejmującej kodeks postępowania, interwencjom CMA oraz dodatkowym przepisom dotyczącym kontroli koncentracji.

58 W postępowaniu dotyczącym uznania podmiotu za mający nadrzędne znaczenie dla konkurencji Bundeskartellamt powinien wziąć pod uwagę m.in. pozycję dominującą podmiotu (co nie jest warunkiem koniecznym), integrację wertykalną oraz aktywność na rynkach sąsiadujących czy też znaczenie jego działalności dla dostępu stron trzecich do rynku zaopatrzenia i sprzedaży. Zob. Act Against Restraints of Competition, Sekcja 19a. Tłumaczenie na język angielski dostępne tutaj (dostęp na dzień 26.06.2022 r.): [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html#p0100](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0100).

59 Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 19.01.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19\\_01\\_2021\\_GWB%20Novelle.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html).

60 O. Budzinski, S. Gaenssle, A. Strohr, *Outstanding relevance across markets: A new concept of market power?* Concurrences, 2020, Vol. 4, str. 38.

61 D. Geradin, D. Katsifis, *Strengthening effective...*, op. cit., str. 2.

62 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 6.

63 Na przykład im więcej osób dołączy do grona użytkowników platformy Facebook, tym większa korzyść dla każdego z użytkowników, bowiem mogą korzystać z tego samego komunikatora.

stu liczby użytkowników po tej stronie rynku (stąd zwany czasami *same-side effect*)<sup>64</sup>. Oprócz bezpośredniego wyróżnia się także pośredni efekt sieciowy, zachodzący wyłącznie na rynkach dwu- i wielostronnych. Występuje on wtedy, gdy grupa użytkowników (np. zewnętrznych sprzedawców – strona pierwsza) odnosi większe korzyści, ponieważ rośnie liczebność użytkowników z drugiej strony rynku (kupujących, którzy korzystają z tej samej platformy – strona druga). W efekcie prowadzi to do wzrostu użyteczności dla pierwszej strony rynku (czyli sprzedających)<sup>65</sup>. Poniżej porównanie bezpośrednich oraz pośrednich efektów sieciowych występujących na wybranych platformach.

Tabela 1. Bezpośrednie oraz pośrednie efekty sieciowe na wybranych platformach<sup>66</sup>

| Platforma internetowa | Bezpośrednie efekty sieciowe                                                                                             | Pośrednie efekty sieciowe                                                          |
|-----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| Amazon                | Im więcej kupujących, tym więcej ocen i rekomendacji produktów, a zatem większa użyteczność informacyjna dla kupujących. | Im więcej sprzedających, tym większa wartość platformy dla kupujących i na odwrót. |
| Facebook              | Im większa liczba użytkowników, tym większe możliwości komunikacji dwukierunkowej między nimi.                           | Wzrost liczby użytkowników zwiększa użyteczność sieci dla reklamodawców.           |
| YouTube               | Im więcej youtuberów, tym więcej treści na platformie.                                                                   | Im więcej youtuberów, tym większa wartość dla subskrybentów i oglądających.        |
| Booking.com           | Im więcej gości, tym więcej komentarzy i ocen, a zatem więcej informacji dla innych użytkowników.                        | Im więcej gospodarzy, tym większa użyteczność platformy dla gości i na odwrót.     |

Jak podkreśla Komisja w swoim raporcie, do pewnego stopnia sieciowy charakter platform ma pozytywny wpływ na konkurencję na rynku cyfrowym<sup>67</sup>. Może się jednak zdarzyć, że korzystanie przez olbrzymią liczbę użytkowników z jednej platformy spowoduje przechylenie się rynku na jej korzyść, ze szkodą dla pozostałych konkurentów (ang. *market tipping*)<sup>68</sup>. Rynek zostaje zdominowany przez jeden podmiot, co prowadzi do powstania monopolu, stąd *market tipping* określa się często jako zjawisko typu „zwycięzca bierze wszystko”. Komisja zidentyfikowała omawiane zjawisko w sprawach *Google Android*<sup>69</sup> oraz *Google Shopping*<sup>70</sup> w stosunku do platformy Google, której udział na rynku wyszukiwarek internetowych w Europie wynosił ponad 90%, przy obecności kilku konkurentów, takich jak: Microsoft Bing, Yahoo! czy DuckDuckGo<sup>71</sup>.

Sieciowy charakter platform sprawia także, że uzyskują one korzyści skali i zakresu (ang. *economies of scale and scope*)<sup>72</sup>. W teorii ekonomii korzyści skali polega-

64 K. Śledziwska, R. Włoch, *Gospodarka cyfrowa: jak nowe technologie zmieniają świat*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2020, str. 109.

65 *Ibidem*, str. 110.

66 *Ibidem*, str. 112.

67 Raport *Competition Policy for...*, *op. cit.*, str. 59.

68 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, *op. cit.*, str. 13.

69 Decyzja Komisji z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099 *Google Android*.

70 Decyzja Komisji z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740 *Google Shopping*.

71 Sprawa *Google Shopping*, par. 292-296, Sprawa *Google Android*, par. 306-324.

72 K. Śledziwska, R. Włoch, *Gospodarka cyfrowa...*, *op. cit.*, str. 109.

ją na spadku przeciętnego kosztu produktu wraz ze wzrostem liczby wyprodukowanych sztuk, zaś w przypadku korzyści zakresu średni koszt produktu spada wraz ze wzrostem ich różnorodności. Platformy są zdolne do znacznego, szybkiego i niedrogiemu wzrostu oraz rozszerzania gamy usług, ze względu na wyjątkowo niskie koszty jednostkowe przetwarzania, przechowywania, powielania i przesyłania danych<sup>73</sup>.

Powyższych zjawisk nie należy traktować jako wyłącznie teoretyczno-literackiego wywodu. W praktyce posiłkują się nimi organy antymonopolowe podczas oceny siły rynkowej przedsiębiorcy, która jest wszakże pierwszym krokiem w antymonopolowej ocenie zachowania przedsiębiorcy na rynku. Szerzej na ten temat w rozdziale II.

## 2. Przewaga konkurencyjna na rynku cyfrowym

Twierdzenie, że rynek cyfrowy istnieje dzięki danym to truizm. Jak wskazuje A. Ezrahi: *the engine, the fire at the heart of this market, is definitely data*<sup>74</sup>. Dane, definiowane przez większość literatury określeniem 4V (ang. *volume, variety, velocity, value*, co rozwinę szerzej w rozdziale II), są istotnym aktywem platform internetowych. Zarówno platformy handlowe, serwisy społecznościowe, jak i wyszukiwarki internetowe angażują się w dopasowanie różnych stron na – jak wskazałam powyżej – wielostronnym rynku cyfrowym<sup>75</sup>. By trafność dopasowania była wysoka, niezbędna jest wiedza o zachowaniu stron w przestrzeni wirtualnej. Na przykład, jeśli platforma handlowa nie wie nic o rodzaju produktów oferowanych przez sprzedających oraz preferencjach zakupowych kupujących, to jakość jej usług będzie obniżona, a strony nie zauważą wartości dodanej z jej korzystania.

Stąd też rola danych w procesie konkurencji pomiędzy platformami internetowymi jest tematem przyciągającym szczególną uwagę różnych środowisk prawniczych na całym świecie, począwszy od pracowników naukowych, a skończywszy na praktykach, reprezentujących swoich klientów przed organami ochrony konkurencji. Także organy antymonopolowe kierują swoje zainteresowanie ku rynkowi cyfrowemu<sup>76</sup>, używając wachlarza narzędzi do egzekwowania *ex ante* oraz *ex post* reguł ochrony konkurencji<sup>77</sup>.

Podstawowym instrumentem służącym identyfikowaniu problemów konkurencyjnych jest badanie rynku (niezależnie od badań prowadzonych w ramach postępowań koncentracyjnych albo antymonopolowych)<sup>78</sup>. W ten sposób organ pogłębia swoją wie-

73 *Ibidem*, str. 117.

74 Dziesiąte sprawozdanie z sesji UK House of Lords Select Committee on *European Union, Online Platforms and the Digital Single Market*, 2015-2016, par. 52. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldsecom/129/12906.htm#\\_idTextAnchor022](https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldsecom/129/12906.htm#_idTextAnchor022).

75 Wypowiedź CMA na potrzeby dziesiątego sprawozdania z sesji UK House of Lords Select Committee on *European Union...*, *op. cit.*, pkt 37. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23391.html#\\_ftn32](http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23391.html#_ftn32).

76 Wśród wszystkich europejskich organów ochrony konkurencji najbardziej aktywne na europejskim rynku cyfrowym są organy (w nawiasach podany szacunkowy procent interwencji danego organu na rynku cyfrowym w stosunku do liczby wszystkich interwencji przeprowadzonych przez europejskie organy na rynku cyfrowym w latach 2010-2021): niemiecki (ok. 39%), francuski (ok. 20%), holenderski (ok. 7%), duński (ok. 5%), fiński (ok. 5%), szwedzki (ok. 4%), austriacki (ok. 4%). Procentową aktywność UOKiK-u szacuje się w ww. analizie na 1%. Listę wszystkich interwencji można znaleźć w: C. Carugati, *The role of national...*, *op. cit.*, załącznik 1, str. 9.

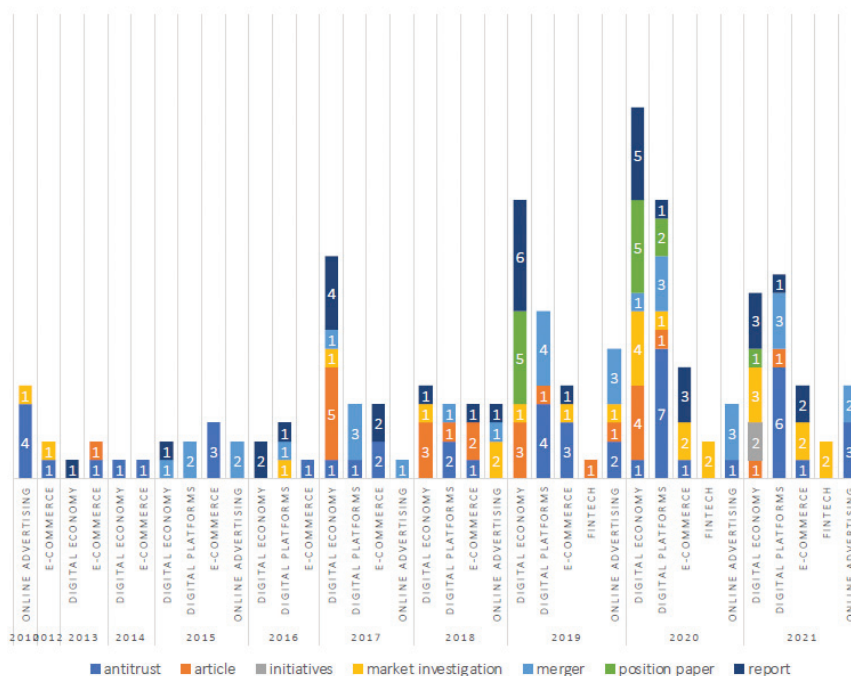
77 Warto nadmienić, że aż sześć europejskich organów ochrony konkurencji posiada wewnętrzną komórkę zajmującą się sprawami z zakresu rynków cyfrowych. Są to następujące organy: brytyjski, francuski, niemiecki, duński, portugalski oraz luksemburski. Źródło: C. Carugati, *The role of national...*, *op. cit.*, str. 4.

78 Raport OECD, *Market Studies Guide for Competition Authorities*, 2018, str. 7.

dżę na temat warunków na nim panujących. W szczególności nabywa on rozeznanie w kwestii jego struktury, zachowania przedsiębiorców i konsumentów czy też występujących czynników, które mogą działać na szkodę konsumenta (np. istnienie wysokich barier wejścia na rynek)<sup>79</sup>.

W ostatnich kilkunastu latach konkurencyjna wartość danych na rynku cyfrowym była przedmiotem badań kilkudziesięciu organów na całym świecie. W zakresie europejskiego rynku cyfrowego analizie poddano m.in. następujące jurysdykcje: europejską<sup>80</sup>, brytyjską<sup>81</sup>, niemiecką<sup>82</sup>, francuską<sup>83</sup>, włoską<sup>84</sup>, grecką<sup>85</sup> oraz hiszpańską<sup>86</sup>. W sumie w latach 2010-2021 europejskie organy ochrony konkurencji przeprowadziły 26 badań rynku cyfrowego, co prezentuje poniższy wykres.

Wykres 1. Aktywność krajowych organów ochrony konkurencji na rynkach cyfrowych w latach 2010-2021 z podziałem na rodzaj działania oraz sektor rynku<sup>87</sup>



79 Raport International Competition Network Advocacy Working Group *Market Studies Project Report*, 2009, pkt 4.3, str. 28.

80 Raport Komisji *E-commerce sector inquiry* (2017) oraz *Sector inquiry into consumer Internet of Things* (2022).

81 Raport CMA *Online platforms...*, op. cit. (2020), *Digital comparison tools market study* (2017), *The commercial use of consumer data* (2015); UK House of Lords Select Committee on European Union..., op. cit.

82 Raport Monopolkommission *Competition policy: The challenge of digital markets*, 2015; Monopolkommission working paper *Market Power of Platforms and Networks*, 2016; raport Bundeskartellamt *Online advertising, Series of papers on Competition and Consumer Protection in the Digital Economy*, 2018; raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law and Data*, 2016.

83 Raport Autorité de la concurrence *Competition & e-commerce*, 2020.

84 Raport AGCM *Joint investigative report on big data*, 2020.

85 Raport HCC *Sector inquiry into e-commerce under art. 40*, 2021.

86 Raport CNMC *Study on the competition conditions in the online advertising sector in Spain*, 2021.

87 C. Carugati, *The role of national...*, op. cit., str. 2.

Spośród światowych rynków cyfrowych, na których prowadzono analizę, warto wymienić rynki: amerykański<sup>88</sup>, australijski<sup>89</sup>, turecki<sup>90</sup> oraz indyjski<sup>91</sup>. Wyniki badań potwierdziły rosnącą rolę danych na wyżej wymienionych rynkach cyfrowych. Organy jasno podkreśliły, że wprowadzenie dostępu do danych pozytywnie wpływa na efektywność i jakość usług e-commerce, to jednak równocześnie pojawiają się obawy dotyczące wpływu danych na stan konkurencji na rynku<sup>92</sup>. Przedsiębiorcy mają trudności w uzyskaniu dostępu do danych, co powoduje obniżoną jakość ich usług (w porównaniu do jakości usług beneficjenta dostępu) i rzutuje na ich wyniki finansowe<sup>93</sup>. W konkluzjach raportowych organy niejednokrotnie uznały akumulację danych jako czynnik zwiększający siłę rynkową przedsiębiorcy oraz stanowiący barierę wejścia i ekspansji na rynku<sup>94</sup>.

Brak równowagi w dostępie do danych jest na tyle zauważalnym problemem, że został on zaadresowany w dwóch inicjatywach Komisji Europejskiej w ostatnim czasie. Po pierwsze, złagodzenie problemu może przynieść DMA, zaproponowany w 2020 r. przez Komisję. Po drugie, w swojej wizji rozwoju europejskiego rynku cyfrowego do 2030 r.<sup>95</sup> Komisja opowiedziała się po stronie modelu biznesowego ze sprawiedliwym dostępem do danych o rynku<sup>96</sup>. Dotyczy to szczególnie małych oraz średnich przedsiębiorstw (MŚP, ang. *small and medium-sized enterprises*, SME), które – w ocenie Komisji – stanowią główne źródło innowacji<sup>97</sup>. Podobne stanowisko zajęły w swoich raportach ECLAC<sup>98</sup> oraz ECORYS<sup>99</sup>.

Oprócz standardowego badania rynku organy identyfikują problemy konkurencyjne poprzez prowadzenie postępowań na podstawie przepisów europejskich oraz krajowych. W latach 2010-2021 europejskie organy ochrony konkurencji wszczęły 48 postępowań antymonopolowych oraz 32 postępowania koncentracyjne na rynku cyfrowym<sup>100</sup>, co widać na Wykresie 1 (powyżej).

Z opisanej aktywności organów antymonopolowych jasno wybrzmiewa potrzeba prawno-konkurencyjnej oceny zjawiska skumulowania dużej ilości danych w rę-

88 Raport House Judiciary Committee, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law-*Investigation of Competition in Digital Markets Majority Staff Report and Recommendations*, 2020.

89 Raport ACCC *Digital advertising services inquiry* (2021) oraz *Digital Platforms Inquiry* (2019). Obecnie organ prowadzi kolejne badanie rynkowe *Digital platform services inquiry*, którego planowana data zakończenia to 31.03.2025 r.

90 Raport tureckiego organu ochrony konkurencji *Digitalisation and Competition Policy*, 2021.

91 Raport *Market study on e-commerce in India*, 2020.

92 Tak art. Komisja w raporcie *E-commerce...*, *op. cit.*, pkt 56, str. 14; HCC w raporcie *Sector inquiry...*, *op. cit.*, str. 1.

93 Tak m.in. HCC raport *Sector inquiry...*, *op. cit.*, str. 21.

94 Wspólne porozumienie organów art. konkurencji G7 w sprawie *Konkurencji i gospodarki cyfrowej*, Paryż, 5 czerwca 2019 r., str. 4. Także N. Newman, *Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data*, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 30, No. 3, 2014, str. 13.

95 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Kompas cyfrowy 2030: europejska droga na cyfrową dekadę*, 2021.

96 *Ibidem*, str. 8.

97 Tamże, str. 10, także Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Europejska strategia w zakresie danych*, 2020, str. 8-9. Szacuje się, że na chwilę obecną na europejskim rynku cyfrowym obecnych jest ponad 10 tysięcy platform szybko rosnących. Źródło: infografika Rady Europejskiej i Rady Unii Europejskiej, <https://www.consilium.europa.eu/pl/infographics/digital-markets-act/>. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.

98 Raport *Analysis of competition policies in five countries of Latin America and the Caribbean*, str. 19.

99 O. Batura, P. Bas, A. Yagafarova, N. Van Gorp. *Business-to-Business relations in the online platform environment*, Ecorys, 2017, str. XV.

100 C. Carugati, *The role of national...*, *op. cit.*, str.2.

kach jednego przedsiębiorcy. Podobnie w doktrynie prawa konkurencji coraz częściej pojawia się pytanie o wpływ masowego gromadzenia danych na przewagę konkurencyjną przedsiębiorcy na rynku cyfrowym<sup>101</sup>. Powszechnie wiadomo, że model biznesowy platformy internetowej oparty jest na nabywaniu oraz monetyzacji ogromnych ilości danych o użytkownikach<sup>102</sup>. Niewiadomą pozostają skutki przyjęcia takiego modelu dla konkurencji na rynku<sup>103</sup>. Czy umiejętność przekucia surowej danej pozyskanej z zewnętrznego źródła w wartościową porcję informacji o użytkowniku przyczynia się do uzyskania przez przedsiębiorcę przewagi konkurencyjnej (ang. *competitive advantage*) na rynku? Czy stwarza to niekorzystne warunki konkurencji dla innych przedsiębiorców?

Odpowiedź na tak postawiony problem badawczy wymaga wprawdzie zdefiniowania pojęcia „przewaga konkurencyjna”, a następnie osadzenia go w rzeczywistości rynków cyfrowych, dopasowując elementy teoretycznej definicji do ich realiów.

## 2.1. Pojęcie przewagi konkurencyjnej w ekonomii

Pojęcie przewagi konkurencyjnej wyłaniało się powoli i było konsekwencją wzrostu zainteresowania problemem wyróżniania się przedsiębiorstw na rynku<sup>104</sup>. Za prekursora tego pojęcia uznaje się W. Aldersona. W 1931 r. stwierdził on, że przewaga konkurencyjna (nazwana przez niego przewagą zróżnicowania, ang. *differential advantage*) może być osiągnięta dzięki następującym alternatywnym działaniom przedsiębiorcy: usprawnienie produktów, innowacje, precyzyjnie ukierunkowana reklama oraz obniżanie cen<sup>105</sup>. Jednakże, wskutek wzrostu konkurencji lokalnej i międzynarodowej w latach osiemdziesiątych XX wieku, dokonano rewizji tego pojęcia, formułując nowe koncepcje. Dwie z nich zasługują na szczególną uwagę<sup>106</sup>.

### 2.1.1. Ogólny przegląd koncepcji

Pierwsza koncepcja za źródło przewagi konkurencyjnej uznaje czynniki zewnętrzne, tzn. wpływ otoczenia zewnętrznego na przewagę konkurencyjną przedsiębiorcy. Przedstawicielem owej koncepcji był M. Porter, związany z tzw. szkołą pozycyjną (ang. *position-based approach*). Według M. Portera źródłem przewagi konkurencyjnej jest strategiczna pozycja, jaką przedsiębiorca zajmuje na rynku<sup>107</sup>. Uzyskanie takiej pozycji jest możliwe dzięki przyjęciu (w zależności od uwarunkowań rynkowych)

101 I. Graef, *EU Competition Law Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, International Competition Law Series, Vol. 68, 2016, str. 249.

102 Jak wskazano w motywie 17 preambuły DMA: *Wysoki obrót [...] w połączeniu z progami liczby użytkowników podstawowych usług platformowych w Unii odzwierciedla stosunkowo dużą zdolność monetyzacji tych użytkowników. Wysoka kapitalizacja rynkowa w odniesieniu do tego samego progu liczby użytkowników w Unii odzwierciedla stosunkowo duży potencjał w zakresie monetyzacji tych użytkowników w nie-dalekiej przyszłości. Więcej na ten temat w rozdziale II.*

103 I. Graef, *EU Competition Law...*, op. cit., str. 249.

104 M. Ratajczak-Mrozek, *Sieci biznesowe a przewaga konkurencyjna przedsiębiorstw zaawansowanych technologii na rynkach zagranicznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu, 2010, str. 43.

105 W. Alderson, *A marketing view of competition*, Journal of Marketing, 1937, Vol. 1 (3), str. 190.

106 Przywołanie wszystkich dotychczasowo ukształtowanych koncepcji pojęcia przewagi konkurencyjnej byłoby niemożliwe z uwagi na ograniczoną ilość miejsca w niniejszej pracy.

107 M. Porter, *Competitive Strategy, Techniques for Analyzing Industries and Competitors*, The Free Press, 1980, str. 4.

jednej z następujących strategii: przywództwo kosztowe (ang. *cost leadership*, czyli minimalizacja kosztów) albo różnicowanie ofertowe (ang. *differentiation*, czyli zdolność do wytworzenia i zaprezentowania oryginalnej oferty na rynku)<sup>108</sup>.

Druga koncepcja uznaje za źródło przewagi konkurencyjnej czynniki wewnętrzne, tzn. bada wpływ procesów i mechanizmów tkwiących wewnątrz przedsiębiorstwa na jego przewagę konkurencyjną. Przedstawicielem owej koncepcji był J.B. Barney, związany z tzw. szkołą zasobową (ang. *Resource Based View of the Firm*). Według niego przedsiębiorca uzyskuje przewagę konkurencyjną, jeśli, wykorzystując swoje zasoby, wdroży strategię: 1) kreującą wartość dodaną dla przedsiębiorcy (ang. *value-creating strategy*), oraz 2) niewdrożoną równoległe przez obecnych lub potencjalnych konkurentów (ang. *not simultaneously being implemented by any current or potential competitors*). Dla utrzymania trwałej<sup>109</sup> przewagi konkurencyjnej (ang. *sustained competitive advantage*) Barney dodaje jeszcze trzeci warunek: 3) pozostali konkurenci nie są w stanie zduplikować korzyści, jakie płyną z wdrożenia owej strategii (ang. *unable to duplicate the benefits of this strategy*)<sup>110</sup>.

Powyższe koncepcje można uznać za komplementarne, tzn. wyjaśniające ten sam problem z odmiennej perspektywy<sup>111</sup>. W niniejszej pracy prowadzona argumentacja zostanie oparta na koncepcji J.B. Barneya z dwóch powodów. Po pierwsze, zgromadzone dane są aktywem (zasobem) wewnętrznym platformy internetowej. Po drugie, przetwarzanie danych jest procesem (mechanizmem) odbywającym się wewnątrz jego struktury. Stąd „wewnętrzność” zjawiska gromadzenia i przetwarzania danych, które jest przedmiotem niniejszej pracy magisterskiej, niejako wymusza oparcie dalszej argumentacji na teorii J.B. Barneya odnoszącej się do czynników wewnętrznych, a nie na teorii M. Portera, odnoszącej się do czynników zewnętrznych.

### 2.1.2. Koncepcja J.B. Barneya

Zanim jednak przejdę do przeniesienia definicji przewagi konkurencyjnej wg koncepcji J.B. Barneya na realia rynku cyfrowego, wpierw rozłożę ją na czynniki pierwsze.

Po pierwsze, J.B. Barney twierdzi, że w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej przedsiębiorca musi – wykorzystując swoje zasoby – wdrożyć strategię, która kreuje wartość dodaną dla jego działalności<sup>112</sup>. Dwa pytania, na które powinien odpowiedzieć, brzmią: czy zasoby, które posiadam oraz ich eksploatacja przedstawiają dla mnie określoną wartość; oraz czy za ich pomocą mogę reagować na dynamikę rynku, wykorzystując szanse (lub też neutralizując zagrożenia) które się poja-

108 M. Porter *Competitive advantage, Creating and Sustaining Superior Performance*, The Free Press, 1985, str. 3.

109 Barney nie odnosi pojęcia „trwałość” (ang. *sustained*) do ilości czasu, jaki musi upłynąć, aby przedsiębiorca zaczął cieszyć się trwałą przewagą konkurencyjną. Trwałość w rozumieniu Barney’a odnosi się do możliwości potencjalnego zduplikowania strategii przez konkurentów. Sam zaś stoi na stanowisku, że precyzyjne określenie ilości czasu niezbędnego do uzyskania trwałej przewagi konkurencyjnej na rynku, nie jest możliwe.

110 J. B. B. Barney, *Firm resources and sustained competitive advantage*, Journal of Management 1991, Vol. 17(1), str. 102.

111 M. Ratajczak-Mrozek, *Sieci biznesowe...*, op. cit., str. 51.

112 Termin „wartość dodana” w słowniku pojęć ekonomicznych tłumaczy się jako cechę, która odróżnia produkty lub usługi od siebie, tworząc w ten sposób wartość dodaną dla klienta. Wartość dodana jest tym, co powoduje, że dany produkt jest postrzegany przez klienta jako bardziej pożądany. Zob. *Słownik pojęć ekonomicznych P-Ż*, red. J. Witecka, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2007, str. 152.

wiają?<sup>113</sup>. Jeśli odpowiedź na powyższe pytania będzie negatywna, to wg J.B. Barneya przedsiębiorca z góry stwarza sobie niekorzystne warunki konkurencji. Brak wartościowej strategii powoduje obniżenie przychodów lub podwyższenie kosztów, bowiem przedsiębiorca albo nie wykorzystał szansy albo nie zneutralizował zagrożenia<sup>114</sup>. Konkludując, do uzyskania przewagi konkurencyjnej potrzebne jest przede wszystkim posiadanie zasobów, które są mocno pożądane, zaś ich eksploatacja jest niezbędna do efektywnego konkurowania na rynku.

Po drugie, J.B. Barney twierdzi, że powyższa strategia nie może być równolegle wdrażana przez obecnych lub potencjalnych konkurentów. Jeśli określone zasoby posiada większość przedsiębiorców na rynku, to każdy z nich może je eksploatować, a co za tym idzie, wdrożyć strategię kreującą dla nich wartość dodaną<sup>115</sup>. W takiej sytuacji żaden z nich nie osiągnie nad swoimi konkurentami jakiegokolwiek przewagi<sup>116</sup>. Pytanie, na które powinien odpowiedzieć przedsiębiorca, brzmi: ilu moich konkurentów posiada takie zasoby oraz wdrożyło – w wyniku ich eksploatacji – wartościową strategię<sup>117</sup>? Oczywiście, niemożliwe jest podanie z góry liczby konkurentów, którzy rozwinęli tożsąmą strategię, tak aby przestała ona być źródłem przewagi konkurencyjnej. J.B. Barney wskazuje jednak, że dopóki liczba konkurentów, którzy wdrożyli wartościową strategię, jest mniejsza od liczby tych, którzy dalej jej poszukują, to owa strategia ma wciąż potencjał do wygenerowania przewagi na rynku<sup>118</sup>. Konkludując, do uzyskania przewagi konkurencyjnej potrzebna jest dodatkowo eksploatacja takich zasobów, do których większość konkurentów nie ma dostępu.

Po trzecie, warto zaznaczyć, że powyższa definicja nie skupia się wyłącznie na pozycji rynkowej przedsiębiorcy *vis-à-vis* obecnych konkurentów, ale także potencjalnych przedsiębiorców, którzy nie weszli jeszcze na rynek<sup>119</sup>. Uwaga ta ma znaczenie w kontekście dalszych rozważań, w szczególności w rozdziale II, w którym padnie teza o danych jako barierze wejścia na rynek (dla przedsiębiorców na nim nieobecnych) i barierze ekspansji (dla przedsiębiorców na nim obecnych).

Po czwarte, uzyskanie trwałej przewagi konkurencyjnej nie oznacza, że przedsiębiorca utrzyma ją wiecznie<sup>120</sup>. Dynamiczne zmiany na rynku mogą sprawić, że wdrożona strategia straci na wartości, zaś konkurenci oprą własną strategię na innego ro-

---

113 J.B. Barney, *Looking inside for Competition Advantage*, The Academy of Management Executive 1995, Vol. 9 (4), str. 50.

114 J.B. Barney, *Gaining and sustaining competitive advantage*, 2<sup>nd</sup> edition, Utah University, 2002, str. 173.

115 J.B. Barney, *Firm resources and...*, *op. cit.*, str. 106.

116 W swojej publikacji *Gaining and sustaining...* (str. 163) Barney podaje zdolność do gromadzenia i przetwarzania danych o punktach sprzedaży jako źródło przewagi konkurencyjnej Wal-Mart nad Kmartem na rynku sprzedaży detalicznej w USA w latach 80. XX wieku. Wal-Mart gromadził dane o punktach sprzedażowych oraz je analizował, co umożliwiło mu lepszą kontrolę liczby zamówień oraz dostępne go inwentarza. Jego ówczesnie największy konkurent K-Mart nie posiadał dostępu do tego rodzaju danych, a nawet jeśli posiadał, to nie eksploatował ich w podobnym celu co Wal-Mart. Spowodowało to poważne problemy finansowe K-marta w latach 90. XX, który następnie zredukował liczbę sklepów z 2 486 (w 1994 r.) do 9 (w 2022 r.). W raporcie OECD *Big Data – bringing competition policy to the digital era* (2016) wskazano, że dzięki eksploatacji danych Wal-Mart zwiększył sprzedaż online z 10% do 15% (dane za rok 2015).

117 J.B. Barney, *Looking inside...*, *op. cit.*, str. 52.

118 J.B. Barney, *Gaining and sustaining...*, *op. cit.*, str. 163.

119 J.B. Barney, *Firm resources and...*, *op. cit.*, str. 102.

120 *Ibidem*, str. 103.

dzaju zasobach, będących nowym źródłem przewagi konkurencyjnej<sup>121</sup>. Toteż jednym z kluczowych obowiązków przedsiębiorcy jest nieustanna ocena jego obecnej pozycji rynkowej<sup>122</sup>. Oczywiście pozostaje kwestia „mierzalności” rozmiarów przewagi konkurencyjnej. Z całą pewnością nie jest ona miarą absolutną, bowiem ujawnia się w wyniku porównania efektów dwóch (kilku) podmiotów<sup>123</sup>, przyjmując perspektywę finansową (np. sprzedaż, rentowność) albo niefinansową (np. innowacje)<sup>124</sup>. Odnosi się do określonego miejsca i czasu oceny, stąd mówi się o przewadze konkurencyjnej przedsiębiorstwa na danym rynku i w danym momencie<sup>125</sup>.

## 2.2. Przewaga konkurencyjna platformy internetowej – posiadanie niezbędnych danych na wyłączność?

Przekładając definicję ekonomiczną na realia rynku cyfrowego, dojdziemy do następującego twierdzenia: dostęp do danych stanowi źródło przewagi konkurencyjnej przedsiębiorcy, jeśli spełnione zostaną następujące warunki: (1) dane są zasobem niezbędnym do świadczenia usług przez platformy internetowe; oraz (2) informacje, niezbędne do konkurowania na równej stopie (z beneficjentem dostępu do danych), nie są powszechnie dostępne dla innych przedsiębiorców<sup>126</sup>.

Pierwsza przesłanka odnosi się do niezbędności posiadania i przetwarzania danych<sup>127</sup>. Dane są zasobem platformy, niezbędnym do efektywnego działania na rynku. Jak wskazałam powyżej, do uzyskania przewagi wg J.B. Barneya potrzeba wdrożenia strategii (z wykorzystaniem zasobów przedsiębiorcy), która kreuje wartość dodaną dla jego działalności. Na rynku cyfrowym pożądanym zasobem są dane o zachowaniu użytkowników czy też dane operacyjne<sup>128</sup>. Platforma zbiera dostępne dane, przetwarza je (eksploatuje), zaś analizując wyniki, kształtuje swoją strategię biznesową. Polega ona na nieustannej poprawie jakości usług platformy (np.: przedstawienie oferty najtańszej kosiarki na Allegro, wyszukanie zapytania o przepis na najsmaczniejszą pomidorową w Google, propozycja nawiązania biznesowego kontaktu z CEO klienta na LinkedIn) z wykorzystaniem informacji, jakie uzyskuje dzięki przetwarzaniu (eksploatacji) danych. Toteż opisana strategia prezentuje wartość dodaną

121 W takiej sytuacji przedsiębiorcy pozostają dwie opcje. Po pierwsze, może skierować swoją uwagę ku innemu rodzajowi zasobom, próbując przekuć ich eksploatację w wartościową strategię. Po drugie, może podjąć próbę ponownej eksploatacji swoich tradycyjnych zasobów, w odmienny sposób. Zob. J.B. Barney, *Gaining and sustaining...*, op. cit., str. 161.

122 J.B. Barney, *Looking inside...*, op. cit., str. 51.

123 M. Ratajczak-Mrozek, *Sieci biznesowe...*, op. cit., str. 46.

124 M. Bartosik-Purgat, M. Ratajczak-Mrozek, *Big Data Analysis as a Source of Companies' Competitive Advantage: A Review*, *Entrepreneurial Business and Economics Review*, 2018, Vol. 6 (4), str. 203.

125 M. Ratajczak-Mrozek, *Sieci biznesowe...*, op. cit., str. 46.

126 Tak m.in. I. Graef, *EU Competition Law...*, op. cit., str. 249; raport *The commercial use...*, op. cit., str. 89, pkt 3.58; raport *Competition policy: The challenge...*, op. cit., 2015.

127 Owa przesłanka była rozpatrywana w koncentracji *Google/Fitbit*. Komisja badała w niej konkurencyjne znaczenie bazy danych Fitbit dla działalności Google na rynku reklamy internetowej. Finalnie Komisja uznała, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż dane zebrane przez Fitbit stanowią wartościowy oraz pożądaną zasób informacji, biorąc pod uwagę realia rynku reklamy internetowej. Stąd też w omawianej sprawie po raz pierwszy w swojej historii Komisja zaakceptowała tzw. zobowiązanie o charakterze „data silo”. Zob. decyzja Komisji z 17.12.2020 r. w sprawie M.9660 *Google/Fitbit*, pkt 434. Szerzej na ten temat w rozdziałach II i III.

128 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Polityka konkurencji dostosowana do nowych wyzwań*, 2021, str. 14; dokument roboczy służb Komisji towarzyszący Sprawozdaniu Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczącemu badania sektorowego konsumenckiego Internetu rzeczy, 2021, str. 105-106.

dla przedsiębiorcy<sup>129</sup>. Stworzona baza danych oraz wyekstrahowane z niej informacje o użytkownikach platformy mają konkurencyjne znaczenie dla działalności przedsiębiorcy na rynku<sup>130</sup>.

Niepowodzenie w zaaplikowaniu powyższej strategii przez przedsiębiorcę powoduje, że z góry stwarza on sobie niekorzystne warunki konkurencji. Przesłanka niezbędności danych zostanie omówiona szerzej w rozdziale II. Przede wszystkim przedstawie w nim pojęcie ekosystemu Big Data (ang. *Big Data ecosystem*). Ponadto opiszę proces ekstrakowania informacji z danych (ang. *data value chain*), który sprawia, że dana z surowej informacji (faktu) zamienia się w cenny kapitał. Finalnie wyjaśnię, jak analiza danych przyczynia się do podejmowania trafnych decyzji biznesowych przez platformę oraz jak wpływa to na jej siłę rynkową. Wszystkie powyższe kwestie służą udowodnieniu pierwszej przesłanki, tj. twierdzenia, że dane są zasobem niezbędnym do świadczenia usług przez platformy internetowe<sup>131</sup>.

Druga przesłanka odnosi się do wyłączności w dostępie do danych<sup>132</sup>. Jeśli dane o zachowaniu użytkowników w przestrzeni wirtualnej są powszechnie dostępne, to żadna platforma (nawet posiadająca pozycję dominującą na rynku) nie wygeneruje przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi. Posiada ona bowiem ten sam zasób (co jej konkurenci), z eksploatacji którego może wyciągnąć wartościowe informacje<sup>133</sup> (oczywiście przy założeniu, że konkurenci mają podobne narzędzia do analizy i przetwarzania danych). Jednakże, jeśli konkurenci nie posiadają ani danych, ani łatwego dostępu do ich źródła, wtedy beneficjent takiego dostępu w prosty sposób uzyskuje nad nimi przewagę<sup>134</sup>. Jak? Powstaje asymetria między beneficjentem a jego konkurentami dotycząca ilości posiadanej przez nich wiedzy<sup>135</sup>. Beneficjent posiada szeroką bazę danych z pełnym dostępem do ich źródła, podczas gdy pozostali konkurenci muszą poradzić sobie ze znalezieniem alternatywnych rozwiązań (np. stworzenie narzędzia do zbierania danych w obrębie własnej struktury)<sup>136</sup>. W tzw. międzyczasie beneficjent zdąży już przywiązać do siebie użytkowników, umieszczając się w pozycji strażnika dostępu. Korzystna pozycja rynkowa może łatwo przełożyć się na wzrost jego siły rynkowej, a w konsekwencji nawet na uzyskanie pozycji dominującej na rynku<sup>137</sup>.

Dostęp do danych oraz ich gromadzenie stanowiły przedmiot wielu postępowań koncentracyjnych<sup>138</sup>. Ponadto są centralnym punktem teorii szkody w postępowaniach antymonopolowych w sprawie nadużycia pozycji dominującej, prowadzonych zarów-

129 Raport *The commercial use...*, op. cit., str. 89.

130 Raport International Developments and Comments Task Force *Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition* w sprawie stanowiska wyrażonego przez Sekcję Prawa Antymonopolowego American Bar Association, 2020, str. 14.

131 Inaczej: A. Lambrecht, C. Tucker, *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, 2015. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/01/CPI-Lambrecht-Tucker.pdf>.

132 Owa przesłanka była rozpatrywana m.in. w koncentracji *Apple/Shazam* (sprawa M.8788).

133 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, op. cit., str. 36-47.

134 Dokument roboczy dotyczący badania sektorowego, str. 105-106.

135 N. Newman, *Search, Antitrust and...*, op. cit., str. 17.

136 Dokument roboczy dotyczący badania sektorowego, str. 114.

137 O. Batura, P. Bas, A. Yagafarova, N. Van Gorp. *Business-to-Business relations...*, op. cit., str. 12.

138 Decyzja Komisji w sprawach: M.9660 *Google/Fitbit*, 17 grudnia 2020 r.; M.8788 *Apple/Shazam*, 6 września 2018 r.; M.8124 *Microsoft/LinkedIn*, 6 grudnia 2016 r.; M.7217 *Facebook/WhatsApp*, 3 października 2014 r.; M.6314 *Telefonica/Vodafone*, 4 września 2012 r.; M.6281 *Microsoft/Skype*, 7 października 2011 r.; M.5727 *Microsoft/Yahoo!*, 18 lutego 2010 r.; M.4731 *Google/DoubleClick*, 11 marca 2008 r.; Decyzja FTC w sprawie 071-0170 *Google/DoubleClick*, 20 grudnia 2007 r.

no przez Komisję<sup>139</sup>, jak i krajowe organy ochrony konkurencji<sup>140</sup>. Stąd przesłanka wyłączności dostępu do danych zostanie omówiona szerzej w rozdziale III – na gruncie unijnych przepisów dotyczących kontroli koncentracji – oraz rozdziale IV – na gruncie unijnych przepisów dotyczących nadużywania pozycji dominującej.

Oczywiście wyżej zakreślone warunki uzyskania przewagi konkurencyjnej powinny być osadzone w kontekście konkretnej sprawy (tzn. planowanej koncentracji lub zachowania dominanta)<sup>141</sup>. Nie można z góry założyć, że w każdym przypadku gromadzenie danych prowadzi do uzyskania przewagi konkurencyjnej na rynku<sup>142</sup>. Jeśli organ spotka się z potencjalnie antykonkurencyjnym dostępem do danych, powinien każdorazowo przeanalizować czy: (i) dana transakcja między dwoma podmiotami (o czym w rozdziale III), albo (ii) dane zachowanie dominanta (o czym w rozdziale IV), zakłóciło (ewentualnie może zakłócić) konkurencję na rynku<sup>143</sup>. Stosowanie prawa konkurencji (w tym przypadku poprzez wydanie decyzji w sprawie koncentracji albo uznania zachowania podmiotu za nadużycie jego pozycji dominującej) musi być oparte na wiarygodnych dowodach, a nie na założeniach<sup>144</sup>. Należną ostrożność w ocenie działań platform wyraziła także M. Vestager: *In fact, these days you hear some voices arguing that authorities should do even more, by enforcing our rules even more strongly. But we need to be careful. Competition enforcement works because it's firmly based on evidence and the law, and on sound economic analysis of how markets work. And no matter how important it may be to tackle the dark side of digitisation, we can only do our bit if we stick firmly to those principles*<sup>145</sup>. Proponowany schemat prowadzenia analizy przez organy, zarówno w postępowaniu koncentracyjnym, jak i w postępowaniu antymonopolowym, został zamieszczony pod koniec rozdziałów III oraz IV.

Co więcej, w dobie dynamicznych zmian rynkowych, o których wspomniałam wyżej, okresowe uzyskanie przewagi konkurencyjnej nie przesądza o zdolności utrzymania jej przez dłuższy czas<sup>146</sup>. Rynek cyfrowy charakteryzuje się dynamiką z uwagi na nieustanne pojawianie się nowych technologii. Szybka zmiana technologiczna powoduje, że przedsiębiorcy konkurują poprzez innowacje o tymczasową dominację na rynku, z której mogą zostać wyparci przez kolejną falę ulepszeń produktów<sup>147</sup>. Na przykład platforma internetowa posiadająca znaczną ilość danych w jednym momencie, może zostać chwilę później wyparta przez konkurenta, który wejdzie na rynek z aktualniejszym zestawem danych, na którym zbuduje jeszcze wydajniejszą technologię.

Stąd do określenia danych jako źródła przewagi konkurencyjnej potrzebne są: (i) stwierdzenie niezbędności posiadania danych do efektywnego funkcjonowania na

139 Postępowanie przed Komisją w sprawie AT.40462 – *Amazon Marketplace*, w toku.

140 Postępowanie przed UOKiK w sprawie Allegro (komunikat prasowy z dnia 10 grudnia 2019 r.), w toku; decyzja Bundeskartellamt w sprawie B6-22/16 – *Facebook*, 6 lutego 2019 r.

141 Wspólne porozumienie w sprawie *Konkurencji...*, *op. cit.*, str. 6.

142 Takie stanowisko prezentują m.in. M. Iansiti, *The Value of Data and Its Impact on Competition*, Harvard Business School, Working Paper 22-002, str. 2; I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, C. H. Beck, Warszawa 2021, str. 50.

143 Raport *Common Issues...*, *op. cit.*, str. 14.

144 Comments of the American Bar Association's Section of Antitrust Law on the European Commission's Request for Input on the evolution of competition policy in light of the digitalization of the economy, 2018, str. 1. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/comments/december-2018/sal-comments-on-eu-digitisation-consultation\\_final\\_12182018.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments/december-2018/sal-comments-on-eu-digitisation-consultation_final_12182018.pdf).

145 Wypowiedź M. Vestager z 24.06.2021 r.

146 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, *op. cit.*, str. 52.

147 Raport *Common Issues...*, *op. cit.*, str. 14.

rynku (rozdział II), (ii) stwierdzenie wyłączności w dostępie do nich na rynku (rozdział III oraz IV), (iii) ocena w kontekście konkretnej sprawy (choćby wg schematu zaproponowanego przeze mnie w rozdziałach III oraz IV), (iv) oraz uwzględnienie dynamiki rynkowej i zachodzących na rynku zjawisk ekonomicznych (które opisałam powyżej).

### 2.3. Sposoby na uzyskanie przewagi konkurencyjnej przez platformę internetową

Skoro – jak wskazałam wyżej – dane użyte w odpowiedni sposób są narzędziem do uzyskania przewagi na rynku, to uzasadnione jest poszukiwanie przez platformy ich źródeł. Co więcej, ich liczba ma znaczenie. Tak jak sternik podczas burzy na morzu potrzebuje dużej liczby par oczu (które wychwytyują nadpływające zagrożenia), aby obrać właściwy kurs na ląd, tak platforma potrzebuje dużej liczby źródeł danych (za pomocą których wykorzystuje szanse albo neutralizuje zagrożenia), aby podejmować trafne decyzje biznesowe. Stąd też ci, którzy cieszą się znaczną liczbą źródeł danych, zgromadzili ich obszerną bazę oraz posiadają narzędzia do ich przetwarzania, świadczą usługi o wyższej jakości niż pozostali konkurenci (a co za tym idzie, mają nad nimi przewagę)<sup>148</sup>. Oczywiście wysiłek oraz stopień zaangażowania platformy w tropieniu istniejących źródeł danych na rynku mogą być zbadane z perspektywy prawnokonkurencyjnej<sup>149</sup>.

Przechodząc do meritum, dwie sytuacje poszukiwania źródeł danych będą wymagać przeprowadzenia antymonopolowej oceny zachowania przedsiębiorcy. Po pierwsze, platforma może nabyć gotową bazę danych poprzez dokonanie koncentracji z innym podmiotem, na określonym rynku<sup>150</sup>. Powiedzenie „jeśli nie możemy z nimi konkurować, to ich kupmy” pozostaje tutaj aktualne. Koncentracja jawi się jako najszybszy i najprostszy sposób nabycia źródła danych, zważywszy na to, że wartość bazy danych zależy m.in. od jej objętości, różnorodności czy też długości jej tworzenia<sup>151</sup> (o czym więcej w rozdziale II). W tej sytuacji platforma nabywa gotowy produkt – bazę danych, utworzoną wcześniej przez podmiot, z którym dokonuje koncentracji. Owo nabycie zwiększa zasób danych platformy, co może przełożyć się na trafniejszą analizę zachowań jej użytkowników. W tym miejscu wkracza prawo ochrony konkurencji. Powstaje pytanie, czy połączenie dwóch baz danych i zapewnienie dostępu do nich tylko jednemu przedsiębiorcy może spowodować, że pozostali gracze na rynku nie będą w stanie konkurować z nim *pari passu*, bowiem istnieje między nimi asymetria w ilości posiadanej wiedzy. Pierwszy ze sposobów na uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynku omówię szerzej w Rozdziale III, poświęconym koncentracjom na rynku cyfrowym.

Po drugie, platforma może czerpać dane z określonego źródła (z którego one nieustannie wypływają), przy jednoczesnym limitowaniu dostępu do niego innym platformom

148 D.L. Rubinfeld, M.S. Gal, *Access Barriers to Big Data*, Arizona Law Review, 2017, Vol. 59, str. 342.

149 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, op. cit., str. 16.

150 Opinia A. Ezrachi oraz M. Stucke, załączona do dziesiątego sprawozdania z sesji UK House of Lords Select Committee on European Union..., op. cit., pkt 2.7. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23223.html>.

151 R. Pfeiffer, *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, 2019, Vol. 3(1), Market and Competition Law Review, str. 55.

na rynku. Źródło codziennie będzie generować określoną ilość danych, które przedsiębiorca będzie następnie wcielał do swojej (istniejącej już) bazy danych. Opisane zachowanie będzie charakterystyczne w szczególności dla platform posiadających pozycję dominującą na rynku<sup>152</sup>. Przewidując, że ryzyko nieuzyskania zgody na koncentrację jest wysokie<sup>153</sup>, platforma-dominant będzie uciekać się do innych sposobów poszukiwania danych na rynku. Jeśli je uzyska, istnieje groźba limitowania konkurentom dostępu do informacji na rynku oraz sprzeciwu dominanta wobec prowadzenia prokonkurencyjnej polityki, jeśli zagrozi ona uzyskanej przez niego przewadze na rynku<sup>154</sup>. Powstaje wtedy pytanie, czy zachowanie platformy-dominanta, polegające na uzyskaniu wyłącznego dostępu do źródła danych, może spowodować, że pozostali gracze na rynku nie będą w stanie konkurować z nim *pari passu*, istnieje bowiem między nimi asymetria w ilości posiadanej wiedzy? Drugi ze sposobów na uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynku omówię szerzej w rozdziale IV, poświęconym praktyce nadużywania pozycji dominującej na rynku cyfrowym.

Konkludując, platforma może uzyskać dostęp do danych na dwa sposoby: poprzez nabycie gotowej bazy danych (stworzonej przez innego przedsiębiorcę) albo poprzez uzyskanie dostępu do samego źródła danych (z którego dane nieustannie wypływają), przy jednoczesnym limitowaniu tego dostępu innym przedsiębiorcom na rynku. Powyższe sposoby zostaną omówione – odpowiednio – w rozdziałach III oraz IV.

### 3. Wizja rynków cyfrowych bez konkurencji

Jak zaznaczyłam na wstępie, niniejszy rozdział służy zarysowaniu postawionego problemu. Stąd, zanim przejdę do szczegółowej analizy warunków uznania dostępu do danych za przewagę konkurencyjną platformy, warto spojrzeć na konkurencję na rynkach cyfrowych z lotu ptaka i odpowiedzieć na pytanie, dlaczego z punktu widzenia dobrobytu konsumenta konkurencja na rynkach cyfrowych jest niezbędna. Cemu właściwie kwestia dostępu do danych jest tak ważna? Jakie znaczenie dla mnie, konsumentki, ma fakt, że niektóre platformy posiadają więcej informacji od innych? Wszakże, jeśli wszyscy moi znajomi żeglarze będą obecni na jednym portalu społecznościowym, to komunikacja okaże się łatwiejsza, a uciążliwe przelączenie się na inne kanały stanie się zbędne. Podobnie, jeśli wszystkie oferty poidetek dla kota będą dostępne na jednej platformie handlowej, to zakupy *online* staną się szybsze i tańsze, bowiem zaoszczędzę czas na porównywaniu cen na różnych platformach.

Otóż, niestety, powyższe twierdzenia można – razem z wypowiedzią P. Thiela, założyciela PayPal (*competition is for losers*)<sup>155</sup> – zaliczyć do kategorii ignoranckich.

152 Za próg, powyżej którego przedsiębiorca posiada pozycję dominującą w świetle art. 102 TFUE, uznaje się posiadanie 40% udziału na wyznaczonym rynku właściwym. Źródło: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 47.

153 Wniosek wyciągnięty na podstawie porównania kilku progów, wynikających z praktyki decyzyjnej Komisji. Dominant posiadający – jak wskazałam powyżej – min. 40% udziału na rynku, ma niskie szanse na uzyskanie zgody na koncentrację, skoro: (i) już przy 20% udziałów uznaje się, że koncentracja horyzontalna oddziałuje na rynek właściwy, (ii) przy 25% udziałów przedsiębiorca przestaje korzystać z domniemania, że koncentracja nie utrudnia znacząco skuteczną konkurencję na rynku, (iii) przy 30% udziałów uznaje się, że koncentracja wertykalna oddziałuje na rynek właściwy. Źródło: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 47.

154 Opinia A. Ezrachi oraz M. Stucke; Komunikat Komisji, *Europejska strategia...*, op. cit., str. 8-9.

155 *Competition is for Losers*, The Wall street Journal, 2014. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.wsj.com/articles/peter-thiel-competition-is-for-losers-1410535536>.

Podstawą wolnego rynku jest konkurencja<sup>156</sup>. Abstrahując od debat toczonych między zwolennikami szkoły chicagowskiej i harwardzkiej<sup>157</sup>, przyjmuje się, że dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*) to zasadniczy i ostateczny cel, jaki stawia się prawu konkurencji<sup>158</sup>. Jak stwierdziła M. Vestager: *People are active on the market every day, so it matters that markets treat them fairly. Our competition enforcement protects consumer welfare. Ultimately, we make markets work for consumers and not the other way around*<sup>159</sup>.

Maksymalizacja dobrobytu konsumenta następuje, gdy konkurencja na rynku właściwym zbliża się do modelu konkurencji doskonałej<sup>160</sup>. W tej „ekonomicznej” utopii na rynku działa nieskończona liczba konkurentów, których działanie przyczynia się do osiągnięcia efektywności alokacyjnej oraz produkcyjnej<sup>161</sup>. Efektywność alokacyjna oznacza, że dobra są alokowane pomiędzy konsumentów zgodnie z wysokością ceny, jaką są w stanie zapłacić, która zaś odpowiada kosztom krańcowym, jakie ponosi producent. Efektywność produkcyjna oznacza, że produkty są wytwarzane po możliwie najniższych kosztach<sup>162</sup>. Im wyższy poziom efektywności, tym w korzystniejszej sytuacji znajdują się ostateczni odbiorcy dóbr wytworzonych w ramach określonego rynku<sup>163</sup>.

Przekładając powyższe na grunt rynku cyfrowego, można stwierdzić, że jego wizja w obliczu braku konkurencji między platformami internetowymi byłaby taka, jak wskazuje grafika nr 1.

Grafika nr 1. Potencjalne teorie szkody, spowodowanej brakiem konkurencji między platformami internetowymi<sup>164</sup>



Bezpośrednią szkodą dla użytkowników końcowych byłaby redukcja innowacyjności oraz jakości świadczonych usług przez platformę<sup>165</sup>. Na rynku cyfrowym miano głównego czynnika konkurencyjności przechodzi z poziomu niskich cen na poziom inno-

156 A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, op. cit.; *Texts, Materials and Cases*, 6<sup>th</sup> Edition, 2016, str. 2.

157 Zob. w szczególności: R. Bork, *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*, Bork Publishing LLC, 2021; H. Hovenkamp, *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, *Journal of Corporation Law*, 2019, Vol. 45 (1).

158 Zob. w szczególności: wyrok TSUE z 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10, *Post Danmark I*, EU:C:2012:172, par. 44; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited, v. Komisja Wspólnot Europejskich*, EU:T:2006:265, par. 118.

159 Wypowiedź M. Vestager z 29.11.2018 r. podczas 17. Globalnego Forum Konkurencji w Paryżu.

160 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 19.

161 C. Banasiński et al., *Polskie Prawo Antymonopolowe, Zarys Wykładu*, Wolters Kluwer, 2018, str. 33.

162 *Ibidem*, str. 7-8.

163 *Ibidem*, str. 33.

164 Raport *Online platforms...*, op. cit., str. 69.

165 *Ibidem*, str. 312.

wacyjności<sup>166</sup>. Jak zauważa I. Graef, na dynamicznie rozwijających się rynkach (tj. rynkach cyfrowych) innowacyjność stała się głównym parametrem konkurencji<sup>167</sup>. Przedsiębiorcy tworzą innowacyjne produkty oraz usługi, aby zmienić dotychczasowy rozkład sił na rynku. Zauważalne są szybkie wejścia na określony rynek, spowodowane właśnie innowacyjnością dostarczanych rozwiązań (np. Uber, Booking.com), pomimo braku posiadania wysokich udziałów na rynku. Stąd na rynku konkurencyjnym przedsiębiorca posiada nieustanną motywację do zaspokajania potrzeb użytkowników, świadcząc usługi o najwyższej jakości, w innym razie narazi się bowiem na utratę klienteli.

Oczywiście zwiększona innowacyjność nie sprawia, że użytkownicy końcowi przestali patrzeć na ceny usług i produktów. Jak omawiałam powyżej, dzięki przychodom z reklam cena za korzystanie z platformy wynosi zero<sup>168</sup>. Platforma dysponująca znaczną siłą rynkową mogłaby wykorzystywać reklamodawców (czyli użytkowników biznesowych, wśród których większość to MŚP) poprzez podnoszenie cen za udostępnienie miejsca reklamowego. Z całą pewnością podwyżka byłaby odczuwalna w cenach, jakie użytkownicy końcowi płacą za hotele, loty, elektronikę, ubezpieczenia czy poidełka dla kota<sup>169</sup>.

Oprócz innowacji oraz cen pogorszyłyby się także jakość i zakres dostarczanych treści, kolejną grupą użytkowników biznesowych dotkniętych brakiem konkurencji byłiby bowiem ich dostawcy<sup>170</sup>. Jeżeli otrzymywaliby oni mniejszy procent przychodów z reklam, prawdopodobnie zmniejszyłoby to ich motywację do inwestowania w tworzenie treści *online*, ze szkodą dla użytkowników końcowych.

166 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 113.

167 I. Graef, *EU Competition Law...*, op. cit., str. 249.

168 Jak wskazywałam wyżej, odnosi się to głównie do wyszukiwarek internetowych oraz portali społecznościowych. Nie dotyczy to platform handlowych, których lwia część dochodów pochodzi z prowizji od niezależnych sprzedających, korzystających z platformy.

169 Raport *Online platforms...*, op. cit., str. 70.

170 *Ibidem*, str. 71.

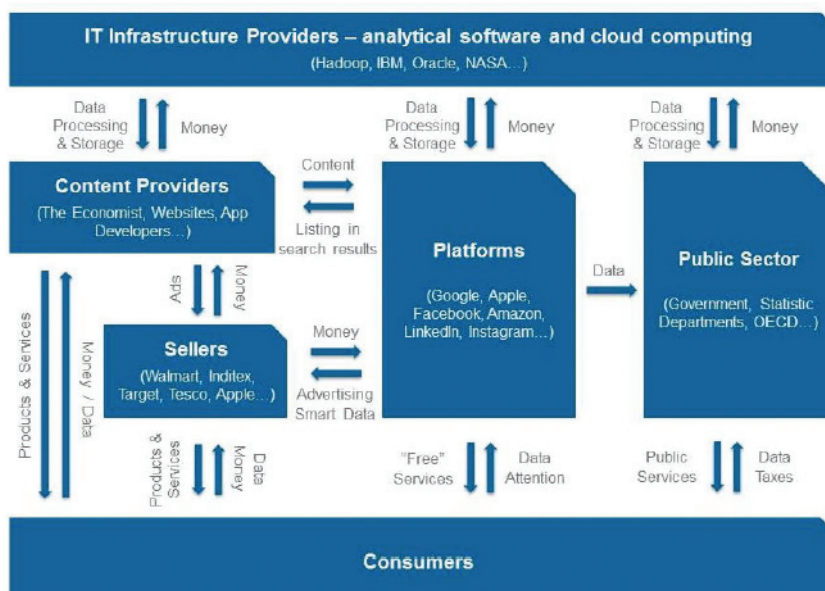
# Rozdział II.

## Rola danych w działalności platformy internetowej na rynkach cyfrowych

### 1. Ekosystem *Big Data*

Podstawą modelu biznesowego platformy internetowej są dane o jej użytkownikach<sup>171</sup>. Obrót danymi prowadzony jest na skalę globalną, stąd publikacje dotyczące rynku cyfrowego niejednokrotnie posługują się pojęciem ekosystemu *Big Data*<sup>172</sup>. W systemie tym funkcjonują różnorodne podmioty, m.in.: dostawcy technologii i infrastruktury (ang. *IT infrastructure providers*), dostawcy treści (ang. *content providers*), platformy internetowe, podmioty z sektora publicznego oraz użytkownicy końcowi, czyli konsumenci.

Grafika nr 2. Przykładowy schemat ekosystemu *Big Data* w ujęciu makro



W niektórych publikacjach pojęcie ekosystemu *Big Data* zostało zawężone do konkretnej platformy internetowej. Zamiast ograniczenia swojej działalności wyłącznie do jednej usługi, platformy opierają swój biznes na zbudowaniu olbrzymiego ekosystemu komplementarnych produktów i usług, świadczonych wokół ich podstawowej działalności<sup>173</sup>. Na przykład oprócz usługi wyszukiwarki internetowej platforma Google ma wysoką pozycję rynkową, m.in. wśród przeglądarek internetowych

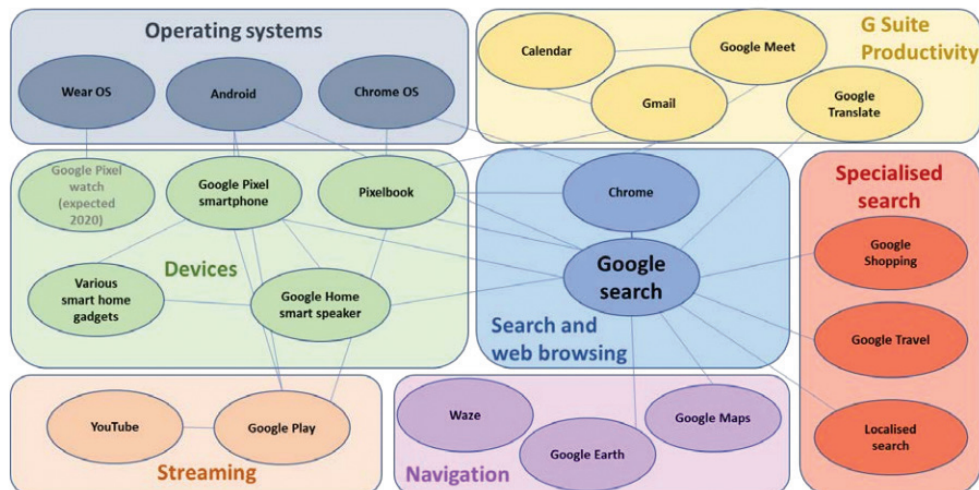
<sup>171</sup> Wypowiedź CMA... *op. cit.* Par. 29.

<sup>172</sup> Raport OECD, *Big Data: bringing...*, *op. cit.*, str. 12.

<sup>173</sup> Raport CMA *Online platforms...*, *op. cit.*, str. 18.

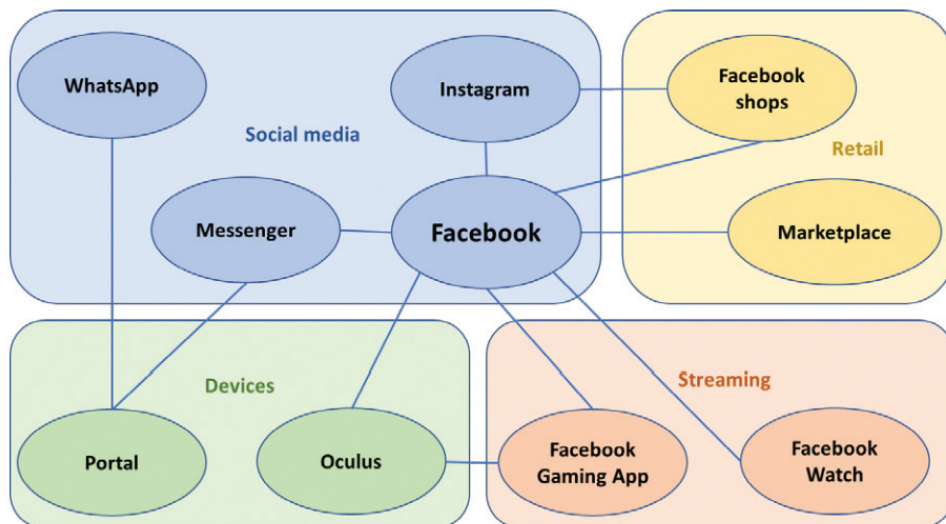
(ang. *browsers*) poprzez przeglądarkę Chrome, systemów operacyjnych (ang. *operating systems*) poprzez system Android oraz strumieniowej transmisji wideo (ang. *video streaming*) poprzez serwis YouTube.

Grafika nr 3. Przykładowy model ekosystemu platformy Google, zaproponowany przez CMA<sup>174</sup>



W przypadku Facebooka ze zwykłego serwisu społecznościowego rozszerzył on swoją działalność na usługi wiadomości tekstowych (ang. *messaging*), przesyłania strumieniowego (ang. *streaming*), sprzedaży detalicznej w kanale *online* (ang. *retail*) oraz sprzedaży akcesoriów do wirtualnej rzeczywistości (ang. *VR devices*).

Grafika nr 4. Przykładowy model ekosystemu platformy Facebook, zaproponowany przez CMA<sup>175</sup>



174 Załącznik E Ecosystems of Google and Facebook do raportu CMA Online platforms..., op. cit., str. E4.

175 Ibidem, str. E7.

Poszczególne ekosystemy są nieustannie przedmiotem zainteresowania Komisji<sup>176</sup> oraz organów antymonopolowych<sup>177</sup>, które przeprowadzają kompleksowe analizy ich działalności. Niezaprzeczalnie stworzenie własnego ekosystemu przynosi platformie znaczne korzyści. Za jego pomocą podmiot integruje szeroki wachlarz świadczonych usług, co poprawia ich jakość (a co za tym idzie, doświadczenia konsumenta) przy jednoczesnym zachowaniu wydajności w oszczędzaniu. Platformowe ekosystemy prowadzą do zwiększenia efektywności, włączając w to większą konkurencję między podmiotami na rynku. Ich rozrost jest nieunikniony. Jednakże mogą mieć także niepożądane skutki dla konkurencji na rynku<sup>178</sup>. Rozszerzenie zakresu oraz różnorodności usług świadczonych w ramach ekosystemu wpływa na rynek właściwy dla przedsiębiorcy oraz rynki sąsiednie. Platformy umacniają swoją pozycję na rynku obecnym<sup>179</sup> oraz rozszerzają swoją dominację na sąsiednie, na których komplementarne produkty i usługi dominanta mogą chronić jego trzonową działalność przez przyszlą konkurencją<sup>180</sup>. A wszystko to za sprawą ekonomicznej wartości danych, gromadzonych przez platformy w obrębie wyżej przedstawionego ekosystemu *Big Data*.

## 2. Ekonomiczna wartość danych na rynkach cyfrowych

Najcenniejszym zasobem świata nie jest już ropa, ale dane. Tak stwierdził *The Economist* w 2017 roku<sup>181</sup>. Trzy lata później Komisja wyszła z inicjatywą uregulowania usług cyfrowych, co zapoczątkowało proces kształtowania się „prawa platformowego” w obrębie (choć według niektórych – na przeciwnym krańcu) prawa konkurencji<sup>182</sup>. Pojęcia *gatekeeper* czy *Big Data* stają się swoistymi *buzzword*-ami<sup>183</sup> dzisiejszego środowiska antymonopolowego.

Powszechnie uznaje się, że przepływ informacji zwiększa wydajność, konkurencję i dobrobyt dzisiejszego społeczeństwa<sup>184</sup>. Z drugiej strony w środowisku antymonopolowym niejednokrotnie prowadzono dyskusję, czy zjawisko gromadzenia danych na rynkach niecyfrowych może budzić obawy organów ochrony konkurencji<sup>185</sup>. W prze-

---

176 Dokument roboczy służb Komisji, towarzyszący dokumentowi: Komunikat Komisji *Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy*, 25.05.2016 r.; dokument roboczy służb Komisji, towarzyszący dokumentowi: Raport Komisji *Badanie sektora handlu elektronicznego*, 10.05.2017 r.

177 M.in. raport *Online platforms...*, *op. cit.*; raport *Digital Platforms...*, *op. cit.*

178 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy*, 2016, str. 16.

179 Załącznik E *Ecosystems...*, *op. cit.*, str. E3.

180 Raport ACCC *Digital Platforms Service Inquiry - interim report*, 2020, str. 7.

181 *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, *The Economist*, 2022. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

182 M. Marek, *Patrzmy na narodziny prawa platformowego*, Rzeczpospolita, 2022. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art36472511-maciej-marek-patrzmy-na-narodziny-prawa-platformowego>.

183 Czyli – tłumacząc z angielskiego – słowo lub zwrot, które stało się modne w wyniku częstego używania, w szczególności w mediach.

184 Opinia A. Ezrachi oraz M. Stucke, pkt 2.7.

185 Decyzje Autorité de la concurrence: o numerze 14-D-06 z 8 lipca 2014 r. w sprawie praktyk spółki Cegedim dotyczących bazy danych medycznych; o numerze 14-MC-02 z 9 września 2014 r. dotycząca żądania spółki Direct Energie orzeczenia środków zapobiegawczych (fr. *les mesures conservatoires*) na rynku energetycznym.

szłości Komisja rozważała możliwość zastosowania do bazy danych koncepcji urządzeń kluczowych (ang. *essential facility doctrine*) na rynkach niecyfrowych<sup>186</sup>.

Jednakże w ostatnich latach nastąpiła wyraźna zmiana – zarówno w zakresie, jak i w skali – gromadzenia, przechowywania, analizy oraz użycia danych na rynkach cyfrowych. Hasło *Big Data* umiejscowiło się w centrum uwagi organów antymonopolowych<sup>187</sup>. Wypowiedzi określające dane jako *the new oil*, *the new currency*<sup>188</sup>, *the new economic asset class*<sup>189</sup> czy też *the lifeblood of online platforms*<sup>190</sup> padły z ust nie tylko ekonomistów i prawników, ale także organów antymonopolowych. Przyczyną powyższego stanu rzeczy może być przechodzenie dzisiejszego społeczeństwa z ery digitalizacji w – jak trafnie określił to A. Ezrachi – erę danetyzacji<sup>191</sup>. Wszelkie aspekty naszego życia są przekładane na dane<sup>192</sup>, by następnie móc poddać je sortowaniu i algorytmizacji. Powstaje pytanie o cel oraz sposób danetyzacji. W jaki sposób wyciągnąć z pojedynczej danej wartościową porcję informacji? Jakie korzyści płyną z użycia danych? A może ich użycie stanowi jednak zagrożenie dla konkurencji na rynku? Zanim omówię te kwestie, wpierw pomocne będzie przedstawienie, co właściwie kryje się pod pojęciem *Big Data*.

## 2.1. Znaczenie pojęcia *Big Data* oraz jego zastosowanie w praktyce decyzyjnej Komisji

Termin *Big Data* został ukuty w odniesieniu do rosnącego znaczenia informacji w biznesie<sup>193</sup>. Nie istnieje jednak jedna i prosta definicja, zainteresowanie tematem baz danych wydaje się bowiem multidyscyplinarne<sup>194</sup>. W szerokim ujęciu każda porcja informacji będzie właściwie „daną”<sup>195</sup>. W ujęciu Komisji o *Big Data* mówimy, gdy wiele źródeł bardzo szybko generuje duże ilości danych, które są gromadzone i analizowane w celu uzyskania nowych informacji<sup>196</sup>. To, co łączy wszystkie dotychczasowo ukute definicje<sup>197</sup>, to wyróżnienie dziesięciu charakterystycznych cech zbioru danych: jego objętość (ang. *volume*), różnorodność (ang. *variety*), szybkość, z jaką jest produkowany (ang. *velocity*), stosunkowo niska wiarygodność (ang. *veracity*), sprawdzalność (ang. *verifiability*), trafność i poprawność (ang. *validity*), podatność na ataki (ang. *vulnerability*), wielowymiarowość i niespójność (ang. *variability*), krótka

186 Decyzja Komisji z 3.07.2001 r. w sprawie COMP D3/38.044 *IMS Health*; wyrok TSUE z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI: ECLI:EU:C:2004:257. Szerzej na ten temat w I. Graef, *EU Competition Law...*, op. cit.

187 Ch. Breuvar, E. Chassaing, A. Perraut, *Big Data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission's merger control practice and recent national initiatives*, *Concurrences* No. 3, 2016, str. 42.

188 Przemówienie inauguracyjne M. Kunevej, byłej Europejskiej Komisarz ds. Konsumentów, Bruksela, 31.03.2009 r.

189 Światowe Forum Ekonomiczne, *Personal Data: The Emergence of a new Asset Class*, 2011, str. 5.

190 Dziesiąte sprawozdanie z sesji UK House..., op. cit., pkt 52.

191 Przetłumaczone z angielskiego słowa *datafication*. Sporadycznie w literaturze naukowej mówi się także o erze datafikacji. Zob. opinię A. Ezrachi oraz M. Stucke..., op. cit., pkt 2.7.

192 Proces danetyzacji naszego życia wybrzmiewa wyraźnie w zamieszczonej w DMA definicji danych: *dane oznaczają wszelkie cyfrowe odwzorowania działań, faktów lub informacji*. Zob. DMA, art. 2 pkt 19.

193 Raport *Common Issues...*, op. cit., str. 13.

194 R. Pfeiffer, *Digital Economy...*, op. cit., str. 54.

195 T. Korber, *Data, Platforms and Competition Law*, 2018. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation\\_2018/contributions/torsten\\_korber.pdf](https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/torsten_korber.pdf).

196 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady do Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Ku gospodarce opartej na danych*, 2014, str. 5.

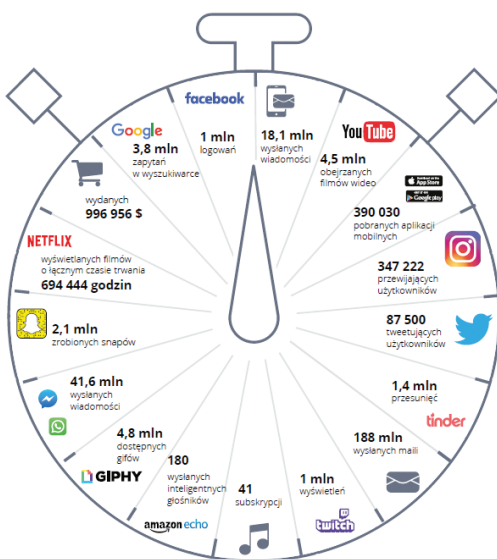
197 Przegląd istniejących definicji zawarty został w E. Curry et al., *The Elements of Big Data Value: Foundations of the Research and Innovation Ecosystem*, Springer, 2021, str. 5.

przydatność w kontekście opłacalności przechowania (ang. *volatility*) oraz określona wartość (ang. *value*). Podane cechy występują w różnych kombinacjach (3V, 4V, 5V, a nawet 10V), z których najpopularniejszą wydaje się kombinacja 4V, zawierająca w sobie: objętość, różnorodność, szybkość oraz wartość.

Zanim przejdę do krótkiej charakterystyki najpopularniejszych cech bazy danych, warto wspomnieć o praktyce stosowania ww. definicji w działalności Komisji na rykach cyfrowych. Z całą pewnością pojęcie 4V przeniknęło na grunt prawa antymonopolowego. Posługują się nim sprawnie Komisja oraz krajowe organy ochrony konkurencji w swoich raportach dotyczących rynków cyfrowych<sup>198</sup>. Co więcej, w toku postępowań koncentracyjnych Komisja niejednokrotnie uznała ww. cechy za wskaźnik jakości i substytucyjności określonej bazy danych<sup>199</sup>. Na przykład w koncentracji *Apple/Shazam* Komisja użyła ich do porównania zasobu danych przedsiębiorców dokonujących koncentracji (tj. Apple i Shazam) z zasobami ich konkurentów na rynku (tj. Spotify)<sup>200</sup>. Celem takiego zestawienia była ocena, za pomocą wskaźników 4Vs, niezbędności posiadania bazy danych oraz jej znaczenia dla konkurencji na rynku (o czym szerzej w rozdziale III)<sup>201</sup>.

Spośród wszystkich ww. właściwości bazy danych najczęściej komentowana jest jej duża objętość (ang. *volume*). Światowy wolumen danych przyrasta w tempie wykładniczym. Nic w tym dziwnego – w ciągu jednej minuty na świecie wysyłanych jest 188 mln e-maili, powstaje 87 tys. tweetów, wyszukiwarka Google jest używana 3,8 mln razy, zaś Skype – 180 tys. razy<sup>202</sup>.

Grafika nr 5. Wolumen danych wytwarzanych za pośrednictwem popularnych aplikacji internetowych w 2019 r. w ciągu minuty<sup>203</sup>



198 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, op. cit., str. 4; Raport Monopolkommission *Competition policy...*, op. cit., str. 27; raport CMA *The commercial use...*, op. cit., str. 23.

199 M.in. w sprawach *Apple/Shazam* czy też *Google/Fitbit*.

200 Sprawa *Apple/Shazam*, pkt 313-329.

201 Broszura Komisji Europejskiej, *Competition merger brief*, 1/2019, str. 3.

202 K. Śledziwska, R. Włoch, *Gosodarka cyfrowa...*, op. cit., str. 64.

203 *Ibidem*, str. 67, rysunek 2.2.

– *We don't have better algorithms than anyone else, we just have more data* – skomentował Peter Norvig, główny analityk Google<sup>204</sup>. Zaiste znaczna część aktywności dzisiejszego społeczeństwa przeniosła się do przestrzeni wirtualnej. Stąd nawet przedsiębiorcy, którzy działali do tej pory w kanale tradycyjnym (tj. w kanale *offline*), przełączyli się na kanał wirtualny, aby zaspokoić potrzeby nowej generacji konsumentów wirtualnych<sup>205</sup>. Oczywiście ze stwierdzenia „duża objętość” nie wynika, jaka ilość danych uznawana jest za odpowiednio dużą. Jak trafnie zauważa I. Małobęcka-Szwast, jego dookreślenie jest możliwe dopiero na gruncie konkretnej sprawy, bowiem w zależności od przyjętego przez platformę modelu biznesowego, rynku czy regionu ilość danych niezbędnych do efektywnej działalności będzie różna<sup>206</sup>. Zarysowując jednak potencjalne ramy tego pojęcia, można stwierdzić, że baza danych jest duża jeśli jej obsługa (tj. przechowanie, analiza, użycie) wymaga użycia niestandardowych narzędzi, opartych na nowej technologii i zaawansowanych metodach analitycznych<sup>207</sup>.

Kolejna cecha – różnorodność (ang. *variety*) – odnosi się przede wszystkim do ilości źródeł, z których platforma czerpie dane. W odniesieniu do platformy Google trafnie ilustruje to N. Newman<sup>208</sup>: *whether a user is watching videos at YouTube, sending email from a Gmail account, checking for updates at Google News, checking their location on an Android phone, or buying a product through Google Offers, this data feeds the accumulating profile that Google has*<sup>209</sup>. W odniesieniu do platformy Facebook różnorodność źródeł przedstawił belgijski organ ochrony danych osobowych w następujący sposób<sup>210</sup>: *Facebook's sources include acquired companies, partnering platforms and websites or mobile applications that rely on Facebook (or one of its companies) for advertising or other services. In addition, Facebook's ability to monitor and track users' activities outside Facebook has increased exponentially [...]. Facebook's tracking capabilities have expanded mainly through the spread of social-plugins ("like buttons") and through new forms of mobile tracking*<sup>211</sup>. Jednakże pojęcie różnorodności bazy danych odnosi się nie tylko do liczby źródeł, z których dane są czerpane, ale także do ich treści oraz wyekstrahowanych z niej informacji. Podkreślała to wielokrotnie Komisja w swoich decyzjach w sprawie koncentracji. W koncentracji Google/DoubleClick Komisja stwierdziła, że konkurencja oparta na jakości gromadzonych danych jest determinowana nie tylko rozmiarem bazy danych, ale także jej różnorodnością<sup>212</sup>. Stosując wcześniejszą praktykę decyzyjną, w sprawie Apple/Shazam Komisja uznała, że dla prawidłowego świadczenia usług przez platformę (rekomendowania

204 Google's "Infringenovation" Secrets, Forbes, 2011. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.forbes.com/sites/scottcleland/2011/10/03/googles-infringenovation-secrets/?sh=40e50bae30a6>.

205 Raport OECD, *Big Data: Bringing...*, op. cit., str. 6.

206 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 6.

207 Komunikat Ku gospodarce opartej..., op. cit., 2014, str. 5; A. De Mauro et al. *A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features*, Library Review, 2016, Vol. 65 (3), str. 122.

208 Przyczyny dostępu do znacznej liczby źródeł danych upatruje się w 145 koncentracjach, jakich dokonał Google w latach 2004-2014. Wg ACCC kluczowe okazały się nabycie: Motoroli i ITA Software (w 2011 r.), Ad-Mob (w 2009 r.), DoubleClick (w 2008 r.) czy też YouTube (w 2006 r.). Źródło: Raport ACCC *Digital Platforms Inquiry*, 2019, str. 75.

209 N. Newman, *Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data*, Yale Journal on Regulation, Vol. 30 (3), 2014, str. 47.

210 Przyczyny dostępu do znacznej liczby źródeł danych upatruje się w 66 koncentracjach, jakich dokonał Facebook w latach 2007-2019. Wg ACCC kluczowe okazały się nabycie WhatsAppa (w 2015 r.) oraz Instagrama (w 2012 r.). Źródło: Raport *Digital Platforms Inquiry...*, op. cit., str. 80.

211 Raport Belgian Privacy Commission *From social media service to advertising network – A critical analysis of Facebook's Revised Policies and Terms*, 2015, str. 10.

212 Sprawa Google/DoubleClick, pkt 273.

użytkownikowi nowych utworów) potrzebny jest dostęp do dwóch rodzajów danych: o muzyce, którą użytkownik streamuje (ang. *music consumption data*), oraz o muzyce, którą rozpoznaje za pomocą aplikacji (ang. *music discovery data*)<sup>213</sup>.

Następna cecha – szybkość (ang. *velocity*) – odnosi się do prędkości, z jaką platforma gromadzi dane. Generalnie rzecz biorąc, zbieranie danych jest możliwe w momencie interakcji użytkownika z platformą. Stąd miernikiem prędkości może być ilość godzin spędzonych na korzystaniu przez użytkownika z usług platformy. Tak było w przypadku ww. koncentracji *Apple/Shazam*, w której Komisja porównała przeciętną miesięczną liczbę godzin spędzonych na użyciu aplikacji, należących do przedsiębiorców dokonujących koncentracji (*Apple Music* i *Shazam*) oraz do ich konkurenta (*Spotify*)<sup>214</sup>. Co więcej, prędkość gromadzenia danych jest przez niektórych autorów łączona także z ich „świeżością”. Jak trafnie wskazują D.L. Rubinfeld oraz M.S. Gal, jeśli oszacujemy ilość czasu potrzebną na zbudowanie konkretnej bazy danych, to dowiemy się także, po jakim czasie staje się ona nieaktualna (logicznie rzecz biorąc, po upływie wskazanego czasu konkurent jest bowiem w stanie zbudować własną bazę, na podstawie nowszych danych)<sup>215</sup>.

Wreszcie do omówienia pozostaje cecha wiarygodności bazy danych (ang. *veracity*), z którą immanentnie łączy się ich sprawdzalność (ang. *verifiability*). Zdolność platformy do zweryfikowania, czy zebrane dane są trafne i wiarygodne, ma istotne znaczenie na późniejszych etapach, tj. podczas analizy oraz ich prawidłowego użycia (o czym poniżej)<sup>216</sup>. To, co platforma straci w analizie w skali mikro, zaważy na jej późniejszej działalności w skali makro<sup>217</sup>.

Z własnej obserwacji wynika, że powyższe właściwości (tj.: objętość, różnorodność, szybkość budowy, wiarygodność oraz sprawdzalność) służą Komisji jako podstawa do oszacowania rynkowej wartości bazy danych (ang. *value*) w toku prowadzonego postępowania. Przy czym chodzi tutaj o wartość socjalno-ekonomiczną, jaką platforma uzyska dzięki eksploatacji danych<sup>218</sup>. Poprzez użycie danych (będących w rozumieniu J. Barneya zasobami własnymi<sup>219</sup>) platforma wdraża strategię biznesową, polegającą na nieustannej poprawie jakości swoich usług. Jeśli jakość usług stanie się wysoka, platforma uzyskuje możliwość monetyzacji danych, tj. ich spieniężenia (uzyskania ekonomicznej korzyści z ich analizy). Stąd obrana przez platformę strategia prezentuje – w rozumieniu J. Barneya<sup>220</sup> – określoną wartość dodaną dla platformy (przekłada się bowiem na zysk). Nic dziwnego, że w środowisku antymonopolowym misję platform z kręgu MAAMA określa się jako dążenie do „całkowitej monetyzacji danych na

213 Jako że *Shazam* posiadał dostęp wyłącznie do jednego rodzaju danych (tj. danych o muzyce rozpoznawanej przez jego użytkowników), Komisja nie uznała zasobów *Shazam* za konkurencyjnie zróżnicowane oraz niezbędne do prawidłowego świadczenia usługi rozpoznawania muzyki. Komisja wprost stwierdziła, że pozostali konkurenci (w tym *Spotify*) posiadali znacznie bardziej zróżnicowane bazy danych, zawierające informacje zarówno o muzyce streamowanej, jak i rozpoznawanej przez użytkowników. Zob. sprawa *Apple/Shazam*, pkt 313-329.

214 Jako że użytkownicy spędzali znacznie mniej czasu na użytkowaniu *Shazam* aniżeli *Apple Music* czy *Spotify*, prędkość budowy bazy danych przez *Shazam* była niższa niż prędkość budowy bazy konkurentów. Stąd Komisja nie uznała budowy zasobów *Shazam* za konkurencyjnie czasochłonną. Zob. Sprawa *Apple/Shazam*, pkt 322.

215 D.L. Rubinfeld, M.S. Gal, *Access Barriers...*, op. cit., str. 342.

216 R. Pfeiffer, *Digital Economy...*, op. cit., str. 56.

217 D.L. Rubinfeld, M.S. Gal, *Access Barriers...*, op. cit., str. 347.

218 I. Graef, *EU Competition Law...*, op. cit., str. 127.

219 Zob. rozdział I.

220 *Ibidem*.

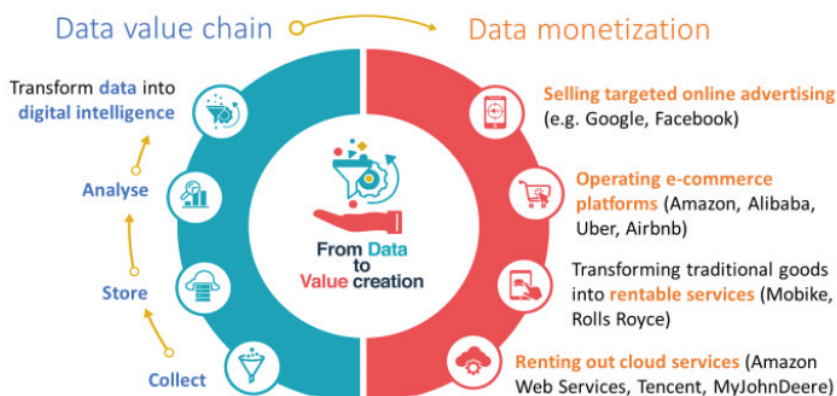
świecie”<sup>221</sup>. Biorąc pod uwagę wolumen danych wytwarzanych przez globalnych użytkowników w ciągu 1 minuty (zob. grafika nr 4 powyżej), trudno się z takim określeniem nie zgodzić.

## 2.2. Dane jako kapitał?

Jak wskazałam powyżej, ekonomiczna wartość danych powstaje, gdy dane są przekształcane w strategię cyfrową, którą platforma może następnie spieniężyć<sup>222</sup>. Stąd analiza przesłanki pierwszej (tj. niezbędności danych do efektywnego funkcjonowania na rynku cyfrowym) kieruje się ku procesowi ekstrahowania informacji z danych. Wszakże dane w surowej postaci rzadko kiedy prezentują jakąkolwiek wartość dodaną dla platformy<sup>223</sup>. Jak trafnie stwierdziły A. Lambrecht oraz C. Tucker: *simple act of amassing Big Data by itself does not confer a long-term competitive advantage*<sup>224</sup>.

Proces ekstrahowania wartości z danych określa się w literaturze naukowej jako łańcuch wartości danych (ang. *data value chain*)<sup>225</sup>. Składa się on z czterech etapów: zebrania (ang. *data collection*), przechowania (ang. *data storage*), analizy (ang. *data analysis*) oraz użycia i monetyzacji (ang. *data usage and monetisation*). Za pomocą owych czterech etapów platforma przekazuje dane (tj. określoną porcję informacji) w wartościowy „insight”<sup>226</sup>, przedstawiający ekonomiczną wartość<sup>227</sup>. Proces ten obrazuje grafika nr 6.

Grafika nr 6. Proces ekstrahowania wartości z danych (ang. *data value chain*) oraz ich dalszej monetyzacji (ang. *data monetisation*) przez platformę internetową<sup>228</sup>



221 M. Bourreau et al., *Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers*, Vox.eu, 2020. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://voxeu.org/article/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers>.

222 Raport OECD, *A roadmap toward a common framework for measuring the digital economy*, 2020, str. 56.

223 A. Aridi, U. Petrovic, *Big Tech, Small Tech and the data economy: What role for EU Competition Law*, World Bank Group, 2019, str. 8.

224 A. Lambrecht, C. Tucker, *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, 2015. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/01/CPI-Lambrecht-Tucker.pdf>.

225 Raport OECD, *A roadmap toward...*, op. cit., str. 55.

226 E. Curry et al., *The Elements of Big Data Value...*, op. cit., str. 149.

227 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 10.

228 Raport OECD, *A roadmap toward...*, op. cit., str. 56.

Pierwszym etapem jest zbieranie danych (ang. *data collection*). Jak wynika z grafiki nr 4 (powyżej), zauważalny jest znaczny wzrost objętości baz danych platform. Skali gromadzenia danych przyjrzała się szczegółowo Komisja w koncentracji *Google/Fitbit*<sup>229</sup>. Informacje przekazane przez podmioty dokonujące koncentracji oraz przeprowadzone badanie rynkowe wykazały, że Fitbit gromadził aż 91 różnorodnych typów danych za pomocą urządzeń ubieralnych (ang. *wearable devices*) oraz aplikacji mobilnej<sup>230</sup>. Wśród nich znajdowały się m.in. dane o procentowej zawartości tłuszczu w organizmie użytkownika, długości oraz jakości snu, stylu pływania, poziomie glukozy oraz zawartości tlenu we krwi, a nawet systematyczności w przyjmowaniu środków antykoncepcyjnych.

Wymienione dane zalicza się do kategorii danych osobowych, którymi – *sensu stricto* – są informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej<sup>231</sup>. W znaczeniu szerokim dane personalne to także rodzaj słuchanej przez nas muzyki, uprawianego sportu czy też preferencje kulinarne<sup>232</sup>. Odzwierciedlają one nasze zachowanie, upodobania i przyzwyczajenia jako konsumentów, stąd zwane są niejednokrotnie danymi transakcyjnymi<sup>233</sup>. Celem nadrzędnym ich gromadzenia jest poznanie zachowania użytkownika w przestrzeni wirtualnej.

Oprócz danych o aktywności konsumentów platformy (w szczególności te działające na rynku e-commerce) gromadzą także dane o aktywności biznesowej swoich konkurentów (w przypadku platform e-commerce, będą nimi niezależni sprzedawcy<sup>234</sup>). O ile zbieranie danych o konsumentach jest niejako wpisane w model biznesowy platformy, to dostęp do nich i ich kolekcjonowanie (które często są danymi biznesowo wrażliwymi, np. cena produktu, poziom zainteresowania ofertą konkurenta) wzbudza obawy Komisji<sup>235</sup> oraz organów antymonopolowych<sup>236</sup> (o czym szerzej w rozdziale IV).

Najprostszym sposobem na gromadzenie ww. kategorii danych jest ich świadome i dobrowolne przekazanie przez użytkownika, np. określenie płci użytkownika w procesie rejestracji na platformie Amazon (ang. *data volunteered*)<sup>237</sup>. Lwia część danych jest zbierana poprzez obserwowanie oraz śledzenie użytkowników (ang. *data observed*)<sup>238</sup>, często bez ich wiedzy<sup>239</sup>. Programy śledzące wiążą ze sobą dane o aktywności pojedynczego użytkownika w różnych sesjach i na różnych urządzeniach, aby zbudować pełniejszy profil konsumenta (co stwarza możliwość prezentowania użytkownikowi spersonalizowanych reklam)<sup>240</sup>. Na przykład platforma śledzi użytkownika podczas procesu zakupowego karmy oraz żwirku drewnianego dla kota. Sporadycznie

229 Sprawa *Google/Fitbit*, pkt 414-418.

230 *Ibidem*, str. 94-96, tabela nr 27.

231 Definicja zawarta w art. 4 pkt 1 Rozporządzenia 2016/679.

232 Tak stwierdził CMA: *much of this data is not personal data in and of itself, but can become personal data when it can be aggregated and combined so that it can be related to an identifiable person*. Zob. Załącznik G *The role of tracking in digital advertising* do raportu *Online platforms...*, op. cit., str. G4.

233 O. Batura, P. Bas, A. Yagafarova, N. van Gorp, *Business-to-Business relations in the online platform environment*, 2017, str. 45.

234 Zob. rozdział I.

235 Postępowanie przed Komisją w sprawie AT.40462 – *Amazon Marketplace*, w toku.

236 Postępowanie przed UOKiK w sprawie Allegro, w toku.

237 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, op. cit., str. 6. Zazwyczaj, dane przekazane dobrowolnie przez użytkownika będą podstawowe i mało zróżnicowane.

238 Raport *Competition Policy for...*, op. cit., str. 24.

239 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 29.

240 Proces śledzenia użytkowników na potrzeby tworzenia spersonalizowanych reklam w przestrzeni wirtualnej został kompleksowo przedstawiony w załączniku G *The role of tracking...*, op. cit.

dane mogą być także wywnioskowane, tj. uzyskane dzięki połączonej analizie danych dobrowolnie przekazanych oraz tych zaobserwowanych (ang. *data inferred*)<sup>241</sup>. Trzymając się ułożonej historii, daną wywnioskowaną może być algorytmiczne oszacowanie prawdopodobieństwa, że użytkownik jest właścicielem kota, toteż należy wyświetlać mu spersonalizowany zestaw ofert kupna nie tylko karmy i żwirku, ale także legowiska, drapak oraz kocimietki.

Dzięki ww. sposobom zbierania danych platforma uzyskuje dostęp do „danych własnych” (ang. *first-party data*), tj. danych zebranych w toku bezpośredniej interakcji między użytkownikiem a platformą. Literatura antymonopolowa (a za nią także Komisja oraz organy ochrony konkurencji) posługują się także pojęciem „dane stron trzecich” (ang. *third-party data*)<sup>242</sup>, tj. danych zebranych w toku interakcji między użytkownikiem a podmiotem trzecim, do których dostęp uzyskuje następnie platforma<sup>243</sup>. Przedstawione rozróżnienie danych jest istotne w kontekście spraw omawianych w rozdziale IV, m.in. postępowania Komisji w sprawie Amazon Marketplace<sup>244</sup> oraz postępowania UOKiK w sprawie Allegro<sup>245</sup>.

Drugi etap to przechowywanie danych (ang. *data storage*) na lokalnych serwerach bądź z wykorzystaniem usług przetwarzania w chmurze (ang. *cloud computing services*)<sup>246</sup>. O ile – w skali kilkunastoletniej – zauważalny jest spadek kosztów przechowywania danych, to jednak dalej stanowi on znaczną barierę kosztową dla wielu przedsiębiorców na rynku europejskim. Powołując się na dane Eurostatu, Komisja szacuje, że tylko 36% europejskich przedsiębiorców korzysta z usług w chmurze i to wyłącznie w celu prostej archiwizacji (np. e-maili albo plików cyfrowych), zaś niespełna 19% korzysta z zaawansowanej technologii przetwarzania w chmurze<sup>247</sup>.

Niemniej jednak, nawet jeśli platforma korzysta z zaawansowanych technik składowania danych, to – jak wskazałam wyżej – samo posiadanie danych nie stanowi wartości dodanej i nie powoduje uzyskania przewagi konkurencyjnej przedsiębiorcy<sup>248</sup>. Pojedyncza dana o aktywności użytkownika jest bezwartościowa, dopóki nie zostanie zestawiona z miliardem podobnych aktywności<sup>249</sup>. Stąd trzeci etap to analiza danych (ang. *data analysis*), podczas którego następuje – kluczowy z punktu widzenia późniejszej budowy strategii biznesowej platformy – proces ekstrakowania informa-

241 Tamże, str. 25.

242 Raport ACCC *Digital advertising...*, op. cit., str. 6.

243 Na przykład Google zbiera dane z następujących źródeł: (i) dane własne: w procesie rejestracji użytkownika (imię, nazwisko, wiek, numer telefonu, e-mail, płeć), w procesie użytkowania takich portali jak: wyszukiwarka internetowa Google, mapy Google, YouTube, poczta Gmail, Blogger; (ii) dane stron trzecich: w procesie użytkowania oprogramowania Android oraz urządzeń należących do Google (np. Pixel), w procesie użytkowania stron internetowych podmiotów trzecich, które używają narzędzi dostarczanych przez Google (Google Analytics, Google Ad Manager, Google Ads/AdSense, w procesie użytkowania funkcjonalności Google Home oraz Google Pay. Źródło: raport *Digital Platforms Inquiry...*, op. cit., str. 73-74.

244 Postępowanie przed Komisją w sprawie AT.40462 – *Amazon Marketplace*, w toku.

245 Postępowanie przed UOKiK w sprawie Allegro, w toku.

246 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 31.

247 Komunikat *Kompas cyfrowy 2030...*, op. cit., str. 7.

248 D.L. Rubinfeld, M.S. Gal, *Access Barriers...*, op. cit., str. 347.

249 Raport *Big Data: Bringing...*, op. cit., str. 11, pkt 28. Co ciekawe, coraz częściej pracuje się nad algorytmami, które nie potrzebowałyby ogromnych ilości danych do prowadzenia efektywnych obliczeń. W mojej ocenie, nawet jeśli etap pierwszy mógłby być zmniejszony (tj. przedsiębiorca gromadziłby mniejszy wolumen danych), nie prowadzi to do zaburzenia całego cyklu, bowiem rola AI dalej pozostałaby taka sama.

cji z danych<sup>250</sup>. Wcześniej surowe dane były niejako „produktem ubocznym wirtualnej rzeczywistości”<sup>251</sup>. Ich wartość jest równoznaczna z informacją, jaką platforma wyciągnie w toku ich analizy<sup>252</sup>. Na tym etapie kluczową rolę odgrywa technologia potrzebna do ich przetworzenia<sup>253</sup>.

Mimo to analiza spraw prowadzonych przez Komisję na rynkach cyfrowych, przedstawionych w rozdziałach III oraz IV, skłania mnie do stwierdzenia, że Komisja nie pochyła się nad kwestią dostępu przedsiębiorcy (strony postępowania) do odpowiedniej technologii. Zaobserwowałam, że niejako *per se* zakłada się, że platformy posiadają odpowiednie narzędzia do analizy danych. Tymczasem już w 2015 roku *The Wall Street Journal* zasugerował, że przedsiębiorcy dosłownie „siedzą” na skarbie w postaci danych o klientach, ale większość z nich o tym nie wie i nie umie wykorzystać tego w praktyce<sup>254</sup>. Kwestia ta ma szczególne znaczenie w antymonopolowej ocenie zachowania przedsiębiorcy, bowiem dostęp do technologii przetwarzania danych został uznany (zarówno przez Komisję, jak i TSUE<sup>255</sup>) za barierę wejścia na rynek. O ile w przypadku platform dominantów z kręgu MAAMA założenie dotyczące posiadane go dostępu do technologii będzie prawdopodobnie prawdziwe, to jednak w przypadku platform będących w fazie rozwoju (np. startupów) może okazać się błędne.

Ostatni etap to użycie i monetyzacja danych (ang. *data usage and monetisation*). Po przejściu całego procesu dane zamieniają się w wiedzę o realiach rynku („*insight*”), nabierając konkretnej wartości dla przedsiębiorcy. Dopiero w tym momencie możemy rozpatrywać ją w kategorii „kapitału”. Platforma „konsumuje” tę wiedzę poprzez zastosowanie jej w strategii biznesowej tak, by była optymalna i przystosowana do dynamiki rynku właściwego (ang. *data-driven decision making*)<sup>256</sup>.

Co ważne, ww. proces ekstrakowania wartości z danych nie jest procesem linearnym (stąd pojawia się słuszna krytyka nazewnictwa „łańcuch wartości danych”)<sup>257</sup>. W rzeczywistości przetwarzanie danych to nieustanny cykl. Wiedza pochodząca z analizy danych zostaje użyta do generowania zysków z reklamy oraz poprawy jakości świadczonych usług i oferowanych produktów (co wyjaśniam poniżej). Mając pozytywne doświadczenia, konsumenci wchodzą w kolejne interakcje z platformą, generując kolejne wolumeny danych. W ten sposób, „karmią” platformę, dostarczając materiał do dalszej analizy<sup>258</sup>.

---

250 Na marginesie warto zauważyć, że nie każda pojedyncza dana znajdująca się w bazie może być materiałem do analizy (tzw. zjawisko *dirty data*). Dane mogą być zduplikowane, przestarzałe czy też nierelevantne. Zob. *Dirty Data*, Techopedia, 2017. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.techopedia.com/definition/1194/dirty-data>.

251 Broszura Komisji *Enter the Data Economy: EU Policies for a Thriving Data Ecosystem*, 2017, str. 6.

252 K. Śledziwska, R. Włoch, *Gospodarka cyfrowa...*, op. cit., str. 70.

253 Co ciekawe, analiza ta ma nawet osobny termin – *Big Data Analysis* – odnoszący się do omawianego trzeciego etapu.

254 *The Big Asset Most Companies Ignore: Customer Data*, *The Wall Street Journal*, 2015. Dostęp na dzień: 26.06.2022r.: [https://www.wsj.com/articles/the-untapped-value-of-customer-data-1444734633?mod=djem\\_jiewr\\_MK\\_domainid](https://www.wsj.com/articles/the-untapped-value-of-customer-data-1444734633?mod=djem_jiewr_MK_domainid).

255 Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands and United Brands Continental v. Commission*, ECLI:EU:C:1978:22, pkt 82-84; wyrok Trybunału z 13.02.1979 w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission*, ECLI: ECLI:EU:C:1979:36, pkt 48.

256 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 33.

257 Raport OECD *Data-driven Innovation for Growth and Well-being, interim synthesis report*, 2014, str. 23.

258 Raport *The commercial use...*, op. cit., str. 27.

Poświęcenie procesowi ekstrakowania wartości z danych znacznej ilości miejsca w niniejszej pracy magisterskiej jest zabiegiem świadomym, zaś powyższy opis nie stanowi czysto teoretycznego wywodu – z dwóch powodów. Po pierwsze, w swojej praktyce decyzyjnej Komisja niejednokrotnie badała – na gruncie konkretnego postępowania – czy istnieją prawne oraz technologiczne bariery w użyciu danych przez platformę. Na przykład w koncentracji *Google/Fitbit* Komisja stwierdziła, że potencjalne bariery mogły wynikać z prawnych ograniczeń w przetwarzaniu danych osobowych<sup>259</sup> (tj. RODO<sup>260</sup> oraz Dyrektywa 2002/58/EC<sup>261</sup>), zaś w koncentracji *Apple/Shazam* z interfejsu Spotify (ang. *Application Program Interfaces*)<sup>262</sup>. Po drugie, uzyskanie za pomocą analizy danych wiedzy o realiach rynku właściwego wpływa na konkurencję między beneficjentem dostępu do danych a jego konkurentami (o czym poniżej).

### 3. Wpływ dostępu do danych na konkurencję na rynkach cyfrowych

Dane nie są z natury rzeczy ani dobre, ani złe, ani neutralne – twierdzi A. Ezrachi<sup>263</sup>. Dopiero sposób ich eksploatacji pozwala nam ocenić, czy strategia biznesowa platformy jest zgodna z naszym interesem jako konsumentów<sup>264</sup>. Wszakże, jak wskazuje R. Whish, podstawowe pytanie prawa konkurencji, brzmi: *will consumers receive a fair share of the pie?*<sup>265</sup> W podobnym tonie wyraziła się M. Vestager: *if a company's use of data is so bad for competition that it outweighs the benefits, we may have to step in to restore a level playing field. But we shouldn't take action just because a company holds a lot of data. After all, data doesn't automatically equal power*<sup>266</sup>.

Zaiste z perspektywy prawa konkurencji dane mogą być zarówno błogosławieństwem, jak i przekleństwem<sup>267</sup>. Z jednej strony są one „klejem” spajającym wachlarz usług świadczonych przez platformę oraz mostem umożliwiającym ekspansję na rynki sąsiednie (i nowe)<sup>268</sup>. Podejmowanie decyzji biznesowych w oparciu o ich analizę wpływa na jakość usług platformy, pozwala bowiem na świadczenie usług „szytych na miarę” oraz wykorzystanie nadpływających okazji rynkowych<sup>269</sup>. Błogosławieństwo

259 Sprawa *Google/Fitbit*, pkt 403-413.

260 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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. Urz. UE 2016 Nr L 119/1.

261 Dyrektywa 2002/58/WE parlamentu europejskiego i rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), Dz. Urz. UE 2002 Nr L 201/37.

262 Sprawa *Apple/Shazam*, pkt 221-238.

263 A. Ezrachi. *Virtual Competition...*, op. cit., str. 27.

264 Pojęcie „dobrobytu konsumenta” ma w kontekście rynku cyfrowego szerokie znaczenie. W swoim raporcie z 2019 r. Komisja podkreśliła, że konsumentem będzie nie tylko użytkownik prywatny (osoba fizyczna, nieprowadząca działalności gospodarczej), ale także użytkownik biznesowy (osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą). Na przykład w interakcji użytkownika z platformą handlową Amazon pojęciem konsumenta będą objęci zarówno kupujący, jak i niezależni sprzedający. Zob. Raport *Competition Policy for...*, op. cit., str. 3.

265 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 19.

266 Wypowiedź M. Vestager z 17 stycznia 2016 r. podczas konferencji w Monachium nt. *Competition in a big data world*.

267 Ch. Breuvart, E. Chassaing, A. Perraut, *Big Data and...*, op. cit., str. 42.

268 Wypowiedź A. Pezzoli podczas trzeciej konferencji *Concurrences Digital Antitrust: How to Regulate?* 17.03.2022 r.

269 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, op. cit., str. 6.

danych jawi się tutaj jako czysty zysk, osiągany przez platformę. Z drugiej strony umiejętność czerpania wartości z danych w coraz większym stopniu decyduje o pozycji konkurencyjnej na rynku, zmieniając w rezultacie funkcjonowanie przedsiębiorców i rozkład sił na rynku<sup>270</sup>. Przekleństwo danych jawi się zatem w ich niekontrolowanym wpływie na siłę rynkową platformy. Dane stają się barierą wejścia oraz ekspansji na rynku dla pozostałych konkurentów<sup>271</sup>.

### 3.1. Dane źródłem wydajności, czyli korzyści płynące z dostępu do danych

Jak opisałam wyżej, za pomocą *data value chain* przedsiębiorca przekazuje dane w kapitał, co literatura określa często procesem monetyzacji danych<sup>272</sup>. Wiedza nabyta dzięki analizie danych zostaje spieniężona: (i) na rynku właściwym, na którym obecny jest beneficjent dostępu do danych, (ii) oraz w odniesieniu do rynków sąsiadujących. W jaki sposób?

#### 3.1.1. Na rynku właściwym

W odniesieniu do rynku właściwego analiza danych umożliwia przede wszystkim poznanie jego charakterystyki. Przedsiębiorca uzyskuje informacje o behawiorze użytkowników biznesowych i końcowych oraz ich interakcjach. Wiedza ta pozwala mu: (i) podwyższać jakość swoich usług, czym zyskuje lojalność swoich użytkowników; (ii) generować zyski z reklam; oraz (iii) podejmować trafne decyzje biznesowe co do jego dalszej aktywności na rynku właściwym<sup>273</sup>.

Podstawową korzyścią dla użytkowników (a pośrednio także dla platformy) płynącą z analizy danych jest poprawa jakości dostarczanych produktów oraz świadczonych usług (ang. *product quality advantage*)<sup>274</sup>. Powszechnie wiadomo, że samo dostarczenie produktu albo usługi to za mało, aby wyróżnić się w wirtualnym tłumie. Stąd ogromny nacisk kładzie się na poprawę doświadczenia konsumenta. Im więcej informacji może zostać wyekstrahowanych podczas obserwowania użytkownika na platformie, tym bardziej jej usługi stają się spersonalizowane. Na przykład w przypadku wyszukiwarek internetowych śledzenie ruchów konkretnego użytkownika (wpisywanych słów kluczy oraz kliknięć w poszczególne wyniki wyszukiwania) pozwala platformie udoskonalać swoje algorytmy oraz dostarczać trafniejsze wyniki przy kolejnym wyszukiwaniu<sup>275</sup>. W przypadku platform handlowych historia przeglądanych produktów oraz dokonanych transakcji przez użytkownika umożliwia wyświetlanie mu spersonalizowanych ofert zakupu lub promocji<sup>276</sup>. W przypadku portali społecznościowych śledzenie ruchów użytkownika na platformie pozwala proponować znajomości lub wydarzenia, które mogą być w kręgu jego zainteresowań<sup>277</sup>. W rezultacie

---

270 K. Śledziwska, R. Włoch, *Gospodarka cyfrowa...*, op. cit., str. 71.

271 Wypowiedź A. Pezzoli z 17.03.2022 r.

272 Raport OECD, *A roadmap toward...*, op. cit., str. 56.

273 Raport *Unlocking digital...*, op. cit., str. 23.

274 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, op. cit., str. 9.

275 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 36.

276 Raport *Unlocking digital...*, op. cit., str. 23.

277 I. Graef, *Market definition and market power: the case of online platforms*, *World Competition*, 2015, Vol. 38(4), str. 477.

personalizacja produktów lub usług skutkuje utworzeniem więzi z użytkownikiem i zatrzymaniem go na platformie (ang. *customer relationship advantage*)<sup>278</sup>.

Podstawową korzyścią dla platformy płynącą z analizy danych jest możliwość trafnego dopasowania reklam wyświetlanych użytkownikowi. Ma to kluczowe znaczenie, bowiem w przypadku platform świadczących darmowe usługi (ang. *zero-price market*), reklamy stanowią główne źródło ich dochodów<sup>279</sup>. Trafnie określa się, że dane stanowią tutaj niejako substytut pieniądza. Świadcząc „darmowe” usługi<sup>280</sup>, platforma poznaje użytkowników, co sprawia, że reklamodawca może lepiej „wcelować” się (ang. *target*) w jego preferencje lub potrzeby, dopasowując do nich treść reklamy<sup>281</sup>. Co ciekawe, personalizacja reklam potrafi odznaczać się wysoką szczegółowością. W koncentracji *Google/Fitbit* Komisja stwierdziła, że dostęp do danych o stanie zdrowia użytkownika (m.in. szybkość jego tętna) sprawiłby, że Google umożliwi reklamodawcom targetowanie określonej grupy użytkowników, u których algorytmy zdiagnozowały podwyższone ryzyko kardiologiczne<sup>282</sup>.

Finalnie analiza danych (w szczególności o użytkownikach biznesowych) pozwala platformie podejmować trafne decyzje biznesowe co do dalszej aktywności na rynku (ang. *risk reduction advantage*). Platforma ma większą zdolność do prognozowania popytu i trendów rynkowych, co umożliwia jej działanie w efektywniejszy sposób<sup>283</sup>. Na przykład na podstawie informacji o sprzedawalności danego produktu (zebranej od użytkownika biznesowego) platforma handlowa sprzedaje tylko te produkty, które – jak wynika z analizy dostępnych jej informacji – są najbardziej opłacalne. W ten sposób unika ryzyka związanego m.in. z brakiem rotacyjności produktów pochodzących ze sprzedaży własnej.

Trafność podejmowanych decyzji biznesowych będzie miała kluczowe znaczenie także w procesie wyboru potencjalnych przedsiębiorców – celów planowanej koncentracji. Analiza danych może dostarczać platformie informacji o efektywności działań poszczególnych konkurentów, co pozwoli jej na przejęcie tego najodpowiedniejszego<sup>284</sup>.

278 M. Bartosik-Purgat, M. Ratajczak-Mrozek, *Big Data Analysis...*, op. cit., str. 208.

279 Są to m.in. wyszukiwarki internetowe i portale społecznościowe. Szacuje się, że 98% dochodów platformy Facebook i 80% dochodów platformy Google pochodzi ze sprzedaży miejsc reklamowych. Inaczej jest w przypadku platform handlowych, których głównym źródłem dochodu jest prowizja płacona przez sprzedających.

280 Niekiedy w literaturze wskazuje się, że wyrażenie „darmowe usługi” wprowadza w błąd. W rzeczywistości korzystanie z „darmowej” platformy łączy się z wieloma kosztami niepieniężnymi, nałożonymi na użytkownika w postaci dostarczania danych osobowych, zwracania uwagi na reklamy lub kosztów alternatywnych związanych z zapoznaniem się z polityką prywatności. Zob. raport *Big Data: Bringing...*, op. cit., str. 25, pkt 90.

281 M. Botta, K. Wiedemann, *Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision*, JECLP, 2019, Vol. 10(8), str. 466.

282 Sprawa *Google/Fitbit*, pkt 446.

283 Raport *Unlocking digital...*, op. cit., str. 23.

284 Opisaną praktykę przyjął Facebook, który użył Onavo do prowadzenia globalnych badań na temat poziomu użytkowania aplikacji mobilnych przez konsumentów (najprawdopodobniej bez ich wiedzy). Wiedza ta pomogła platformie w podjęciu decyzji co do opłacalności przejęcia poszczególnych przedsiębiorców na rynku, w tym WhatsAppa. Zob. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstyne, *Platform mergers and antitrust*, Industrial and Corporate Change, 2021, str. 1314 i 1320.

### 3.1.2. Na rynkach sąsiednich

Oprócz efektywnej działalności na rynku właściwym analiza danych ułatwia platformie eksplorację rynków sąsiednich<sup>285</sup>. Mając pełniejszy obraz tego, jak kształtuje się popyt, podmiot uniknie błędnego wejścia na rynek mało opłacalny i skieruje swoje działania na ten bardziej dochodowy. Zaiste dane zebrane w toku świadczenia jednej usługi mogą być wykorzystane nie tylko w celu podwyższenia jej jakości, ale także identyfikacji potencjalnych luk w podaży<sup>286</sup>. W ten sposób, podążając za trendami rynkowymi oraz zmiennymi preferencjami konsumentkimi, platforma wchodzi z nowym produktem lub usługą na rynek sąsiedni, co może spowodować przesunięcie się popytu na inny rynek lub – co ciekawsze – utworzenie nawet nowego rynku<sup>287</sup>. W tej sytuacji korzyści płyną nie tylko w stronę platformy, ale także konsumentów, którzy uzyskują dostęp do nowych produktów lub usług.

Jak wynika z analizy praktyki decyzyjnej Komisji, eksploracja rynków sąsiednich polega nie tylko na prostym przeniesieniu swojej „obecności” na rynek sąsiedni, ale także na powieleniu swojej siły rynkowej, posiadanej na dotychczasowym rynku<sup>288</sup>. W takiej sytuacji nagłe wejście dużego gracza na sąsiedni rynek może zakłócić panującą tam konkurencję. W prawie antymonopolowym zachowanie przedsiębiorcy polegające na przeniesieniu (transferze) pozycji dominującej na rynek powiązany (ang. *leveraging*) kwalifikuje się jako nadużycie pozycji dominującej<sup>289</sup>.

### 3.1.3. Wnioski

Powyższe obserwacje prowadzą do jednego wniosku – bez dostępu do danych funkcjonowanie na rynku właściwym dla przedsiębiorcy oraz ekspansja na rynki sąsiednie (bądź nowe) są nieefektywne. Każda z platform internetowych – wyszukiwarka internetowa, serwis społecznościowy oraz platforma handlowa – opiera swój model biznesowy na gromadzeniu, analizie oraz monetyzacji danych<sup>290</sup>. Ich analiza to klucz do wydajności w funkcjonowaniu na rynku oraz budowy własnej strategii biznesowej. Dzięki danym platforma utrzymuje swoją pozycję rynkową, stąd dane są zasobem pożądanym na rynkach cyfrowych. Warunek pierwszy uznania dostępu do danych za źródło przewagi konkurencyjnej praformy sformułowany w rozdziale I został tym samym spełniony.

Oczywiście warunek ten należy rozpatrywać na gruncie konkretnej sprawy. Nie istnieje jeden uniwersalny zestaw danych, jednakowo wartościowy dla wszystkich podmiotów obecnych na rynkach cyfrowych<sup>291</sup>. W zależności od rodzaju świadczonych usług bądź dostarczanych produktów, inny typ danych będzie dla konkretnej platformy niezbędny.

285 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 37.

286 Raport *Unlocking digital...*, op. cit., str. 23.

287 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 37.

288 Znamiennym przykładem jest sprawa *Google Shopping*. Google, posiadając pozycję dominującą na rynku wyszukiwarek internetowych, wykorzystywało ją do zakłócania konkurencji na rynkach wyszukiwarek wyspecjalizowanych poprzez Google Travel albo Google Shopping. Komisja zakwalifikowała praktykę Google jako *leveraging*, jednakże TSUE nie podzielił jej stanowiska, twierdząc że Google faworyzowało swoje produkty. Więcej na ten temat w: F. Bostoen, *The General Court's Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse*, JECLP, 2022, Vol. 13 (2).

289 A. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, red. E. Stawicki, Warszawa 2016, art. 9.

290 I. Graef, *Market Definition...*, op. cit., str. 484.

291 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 194.

Z punktu widzenia dobrobytu konsumenta dostęp do danych jest błogosławieństwem, ale do pewnego stopnia. W literaturze antymonopolowej wskazuje się, że może on skutkować niekontrolowanym wzrostem siły rynkowej przedsiębiorców oraz marginalizacją ich konkurentów, którzy przestaną być rozpoznawalni dla konsumenta. Wystarczy popatrzeć na liczbę platform, z których korzysta przeciętny użytkownik. Dla większości z nas pojęcie „platforma internetowa” to dalej synonim gigantów z kręgu MAAMA, mimo że na terenie UE działa ich ponad dziesięć tysięcy<sup>292</sup>.

### 3.2. Dane źródłem siły rynkowej, czyli zagrożenia związane z dostępem do danych

Chęć zrozumienia preferencji konsumentów w celu oferowania im spersonalizowanych produktów i usług po odpowiedniej cenie nie jest żadnym *novum*. Taki cel przyświecał przedsiębiorcom zanim nastąpiła era digitalizacji. Jednak obecna skala i zakres gromadzenia przez platformy informacji o użytkownikach są bezprecedensowe<sup>293</sup>. Dane, generowane dotychczas jako produkt uboczny działalności przedsiębiorcy, zaczęły być postrzegane jako kapitał, który wpływa na wydajność platformy. Prowadzi to do pytania o ich wpływ na jej siłę rynkową.

Jak wskazałam w rozdziale I, istnieje coraz większa zgoda co do tego, że rynki cyfrowe wykazują szereg zjawisk ekonomicznych, które – w ujęciu holistycznym – mogą prowadzić do powstania trwałej pozycji rynkowej platformy<sup>294</sup>. Pozycję rynkową odzwierciedla siła rynkowa, którą platforma reprezentuje na rynku właściwym dla jej działalności. Co ciekawe, ostatnimi czasy w środowisku antymonopolowym zauważalny jest trend posługiwania się coraz to bardziej wyspecjalizowanymi pojęciami w celu określenia siły rynkowej platformy<sup>295</sup>. Oprócz standardowego dość określenia *platform power* pojawiają się takie konstrukcje jak: *intermediation power* (podkreślająca rolę platformy w łączeniu użytkowników biznesowych oraz końcowych)<sup>296</sup>, *bottleneck power* (wskazująca na zjawisko *single-homingu*, tj. związania użytkowników z jedną platformą, które powoduje ograniczenie zdolności konkurentów do konkutowania, bowiem platforma staje się „wąskim gardłem” w dostępie do użytkowników)<sup>297</sup>, *portfolio power* (podkreślająca siłę rynkową platformy wynikającą ze znacznego różnicowania dostarczanych produktów i oferowanych usług)<sup>298</sup>.

Wracając jednak do korzeni prawa konkurencji, pochyłmy się nad „pierwotną” konstrukcją pojęcia siły rynkowej. Niezaprzeczalnie należy ono do jądra prawa konkurencji i definiowane jest jako: zdolność przedsiębiorcy do zyskowego podniesienia cen powyżej poziomu konkurencyjnego (ang. *competitive level*) i utrzymania ich na podniesionym poziomie przez dłuższy czas<sup>299</sup>. Nadrzędnym celem prawa antymonopolowego – a przynajmniej tego nowoczesnego – jest ograniczanie siły rynkowej

292 N. Friederici, A. von Humboldt, I. Graef, *Beyond GAFAM...*, op. cit.

293 Raport *Unlocking digital...*, op. cit., str. 23.

294 D. Geradin, D. Katsifis, *Strengthening effective...*, op. cit., str. 2.

295 Raport OECD *The evolving concept of market power in the digital economy*, 2022, str. 22.

296 H. Schweitzer, *Modernising the law on abuse of market power*, Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2018, str. 3.

297 Raport Stiglera *Digital Platforms...*, op. cit., str. 7.

298 Raport OECD *The evolving concept...*, op. cit., str. 25.

299 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 40; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., str. 11.

przedsiębiorców<sup>300</sup>. Obowiązek zgłoszenia koncentracji służy zapobieżeniu stworzenia znacznej siły rynkowej, zaś zakaz nadużywania pozycji dominującej – jak sama nazwa wskazuje – zapobieżeniu jej nadużycia<sup>301</sup>. Stąd też ocena siły rynkowej jest zasadniczym krokiem podczas antymonopolowej analizy zachowania przedsiębiorcy. Organ ochrony konkurencji dokonuje jej niezależnie od rodzaju postępowania, zarówno w sprawach kontroli koncentracji, jak i w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej. Podstawowy punkt rozważań to ocena szansy na powstanie, zwiększenie albo nadużywanie przez przedsiębiorcę swojej siły rynkowej.

Istnieją trzy podstawowe wskaźniki służące ocenie siły rynkowej przedsiębiorcy w ogóle: udziały rynkowe, bariery wejścia i ekspansji oraz wyrównawcza siła nabywcza, stosowane na mocy Wytycznych Komisji do art. 102 TFUE<sup>302</sup>. Jednakże warto zauważyć, że w literaturze antymonopolowej dotyczącej rynków cyfrowych coraz częściej wskazuje się na konieczność zmniejszenia wpływu „tradycyjnych” wskaźników (w szczególności udziałów rynkowych) na końcową ocenę siły rynkowej platformy<sup>303</sup>. Podkreślane są ich statyczność, nieprzystająca do dynamiki rynków cyfrowych oraz nieuwzględnianie roli platformy w pośrednictwie na rynkach dwustronnych<sup>304</sup>. Zarówno przedstawiciele nauki, jak i organy antymonopolowe jasno wskazują, że przy ocenie siły rynkowej platformy konieczne jest zaadresowanie specyfiki rynków cyfrowych, a nawet „uszycie” nowego schematu, zawierającego nowe wskaźniki na potrzeby konkretnego postępowania<sup>305</sup>. Stąd w praktyce organy antymonopolowe podczas oceny siły rynkowej platformy posiłkują się dodatkowymi wskaźnikami oceny siły rynkowej (które często są charakterystyczne dla rynków cyfrowych, np. *feedback loop*). W swoich raportach zarówno Komisja, CMA, Bundeskartellamt, FTC, jak i OECD za „cyfrowe” wskaźniki uznały m.in.: efekty sieciowe (ang. *network effects*, na rynku cyfrowym nazywane często *monetisation feedback loop* oraz *user feedback loop*), korzyści skali oraz zakresu (ang. *economies of scale and scope*), koszty zmiany platformy (ang. *switching costs*), zjawisko tzw. *multi-homingu*, efekty marki (ang. *brand effects*) czy też różnicowanie produktowe (ang. *product differentiation*)<sup>306</sup>.

Zanim przejdę do omówienia najważniejszych z ww. wskaźników oceny siły rynkowej, wpierw mała uwaga odnośnie do ich praktycznego zastosowania. Mianowicie przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy organ powinien przyjąć podejście holistyczne. Nie należy formułować wniosku o posiadaniu przez przedsiębiorcę określonej siły rynkowej, przyjmując za podstawę analizy wyłącznie jeden wskaźnik. Podejście fragmentaryczne może spowodować, że organ uzyska niepełny (co za tym idzie niewłaściwy) obraz rozkładu sił rynkowych. Zważywszy na – jak wskazałam wyżej – kluczową rolę tego etapu w prawnokonkurencyjnej analizie zachowania przedsiębiorcy,

300 R.D. Blair, D.D. Sokol, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 1*, Oxford University Press, 2014, str. 313.

301 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 39.

302 Komunikat Komisji – 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, 2009, C 45/7. Pomimo że wytyczne dotyczą oceny siły rynkowej na potrzeby analizy zachowania przedsiębiorcy w świetle art. 102, stosowane są w prawie konkurencji także do oceny siły rynkowej na potrzeby postępowania w sprawie kontroli koncentracji.

303 M. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and Competition law...*, op. cit., str. 1211.

304 *Ibidem*, str. 1204-1211.

305 Raport OECD *The evolving concept...*, op. cit., str. 7.

306 Raport *Competition Policy for...*, op. cit.; raport *Unlocking digital...*, op. cit.; working paper *Market Power of...*, op. cit.; raport Stiglera *Digital Platforms...*, op. cit.

niezbędne jest ustalenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy, która odpowiada rzeczywistym realiom rynkowym. Stąd organ powinien oszacować siłę rynkową po zestawieniu wszystkich dostępnych wskaźników.

### 3.2.1. Ocena siły rynkowej platformy w świetle Wytycznych do art. 102 TFUE

Wskaźnikiem, od którego należy rozpocząć ocenę rynkową przedsiębiorcy, jest oszacowanie udziałów rynkowych na wyznaczonym wcześniej rynku właściwym. W teorii, im większe udziały rynkowe, tym bardziej prawdopodobne, że przedsiębiorca posiada znaczną siłę rynkową<sup>307</sup>. W praktyce Komisja niejednokrotnie porzuciła ten tok myślenia na gruncie konkretnej sprawy. Udziały rynkowe nigdy same w sobie nie były definitywnym dowodem na posiadanie znaczącej pozycji rynkowej przedsiębiorcy, lecz wydaje się, że obecnie Komisja podchodzi do ich miarodajności z jeszcze większym dystansem – z trzech powodów.

Po pierwsze, kluczowe znaczenie ma sposób ich liczenia<sup>308</sup>. Obliczanie udziałów w oparciu o dane o przychodach platformy napotyka pewne ograniczenia w przypadku platform świadczących „darmowe”<sup>309</sup> usługi (tzw. *zero price markets*), bowiem pomija się w nim konkurencję między usługami „darmowymi” a usługami finansowanymi z reklam<sup>310</sup>. Wydaje się, że najbardziej miarodajną podstawą są dane o wysokości przychodów, połączone z danymi o liczbie użytkowników<sup>311</sup>, liczbie transakcji<sup>312</sup>, statystyk użytkowania platformy lub instalacji aplikacji<sup>313</sup>.

Po drugie, niezależnie od przyjętej podstawy formalne badanie udziałów rynkowych grozi nieuwzględnieniem przez organ możliwości gwałtownego przechylenia się rynku na korzyść jednego przedsiębiorcy (tzw. zjawisko *market tipping*)<sup>314</sup>. Jak wskazywałam w rozdziale I, opisywane zjawisko jest dość częste na rynkach cyfrowych.

Po trzecie, uznanie udziałów za przeważający wskaźnik grozi ryzykiem przeszacowania siły rynkowej platformy przez organ (co – z perspektywy prawnika antymonopolowego – jest bardzo niekorzystne dla dalszej argumentacji), bowiem nie uwzględnia się dynamiki rynku. Na przykład w koncentracji *Microsoft/Skype* Komisja uznała, że udziały na rynku usług łączności konsumenckiej stanowią jedynie ograniczony wskaźnik siły rynkowej z uwagi na dynamikę rynkową, w świetle której rozkład sił może

307 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 19.

308 Working paper *Market Power of...*, op. cit., str. 69.

309 Wskazanie powodów, dla których określenie darmowe usługi jest fałszywe, zostało zamieszczone powyżej. Patrz pkt 3.1.1 powyżej.

310 Working paper *Market Power of...*, op. cit., str. 69.

311 Przy czym w przypadku oparcia się na danych dotyczących użytkowników powstaje pytanie o zakres tego pojęcia. W sprawie *Amazon AGCM* rozróżnił użytkowników pasywnych, których interakcja z platformą polegała na prostym przejrzaniu dostępnych ofert, oraz użytkowników aktywnych, którzy dokonali zakupu produktu na platformie. Liczba aktywnych konsumentów jest podstawą istotną z punktu widzenia platformy, bo pokazuje rzeczywistą skalę sprzedaży Amazon. Zob. Decyzja AGCM z 20.11.2021 r. w sprawie Amazona, par. 672-673. Co ciekawe, na potrzeby liczenia liczby aktywnych użytkowników końcowych oraz biznesowych do DMA załączono aneks zawierający zasady liczenia. W środowisku antymonopolowym wskazuje się, że zawiera on szereg nieścisłości, m.in. nakaz liczenia niezalogowanych użytkowników nawet w przypadku tych usług, z których nie można korzystać bez zalogowania, np. z platform sprzedaży.

312 Decyzja KFTC z 2.02.2021 r. w sprawie 2021-032 *Delivery Hero/Baemin*.

313 W sprawie *Google Shopping* Komisja przyjęła za podstawę liczbę zapytań za pomocą wyszukiwarki Google, bowiem z punktu widzenia reklamodawcy był to czynnik decydujący o zakupie miejsca reklamowego na danej platformie. Zob. Sprawa *Google Shopping*, par. 275.

314 Raport OECD *The evolving concept...*, op. cit., str. 7.

ulec zmianie w przeciągu krótkiego czasu<sup>315</sup>. W sprawie T-79/12 *Cisco*, oceniając koncentrację Microsoft oraz Skype, Sąd wskazał, że sektor łączności konsumenckiej jest nowym, intensywnie rozwijającym się sektorem, charakteryzującym się krótkimi cyklami innowacji, w którym duże udziały w rynku mogą okazać się efemeryczne<sup>316</sup>. Stąd wysokie udziały w rynku niekoniecznie świadczą o sile rynkowej, a więc o długoterminowym uszczerbku dla konkurencji<sup>317</sup>. Podobny tok myślenia został zastosowany w kolejnych postępowaniach Komisji, m.in. w koncentracji *Facebook/WhatsApp*<sup>318</sup> czy w sprawie *Google Shopping*<sup>319</sup>.

Świadomość dynamiki zmian w rozkładzie sił rynkowych jest uwzględniana przy ocenie barier wejścia na rynek. Definiuje się je jako jakąkolwiek korzyść, która pozwala przedsiębiorcy zarabiać powyżej normalnych dochodów, bez groźby wejścia innego przedsiębiorcy na rynek<sup>320</sup>, czy też koszt produkcji, który musi ponieść przedsiębiorca chcący wejść na rynek, podczas gdy ten sam koszt nie jest ponoszony przez przedsiębiorców już na nim obecnych<sup>321</sup>. Powszechnie wskazuje się na wysokie bariery wejścia istniejące na rynkach cyfrowych<sup>322</sup> (co rozwinę szerzej w rozdziale III).

Omówienie ostatniego z „tradycyjnych” wskaźników, tj. wyrównawczej siły nabywczej (ang. *countervailing buyer power*), byłoby zabiegiem czysto akademickim, bowiem Komisja wielokrotnie wskazywała na brak tej siły na rynkach cyfrowych<sup>323</sup>. Kumulując dużą część popytu użytkowników po jednej stronie rynku, platformy mają silną siłę przetargową nad nimi<sup>324</sup>.

### 3.2.2. Ocena siły rynkowej platformy z uwzględnieniem ekonomicznej charakterystyki rynków cyfrowych

Platforma nie działa w próżni, ale na rynku właściwym. Stąd wszelkie uwarunkowania rynkowe oraz zjawiska ekonomiczne na nim występujące wpływają na jej działalność. Z uwagi na – jak wskazałam powyżej – dynamikę rynków cyfrowych literatura antymonopolowa oraz praktyka organów ochrony konkurencji wykształciły szereg wskaźników cyfrowych, pomocnych przy ocenie siły rynkowej platformy. Wprawdzie, mimo że większość z nich to uniwersalne zjawiska ekonomiczne, zachodzące na wielu nie-cyfrowych rynkach (np. efekty sieciowe i korzyści skali), zastępują one jednak na

---

315 Sprawa *Microsoft/Skype*, par 78.

316 Co ciekawe, udziały podmiotów dokonujących koncentracji (tj. Microsoft oraz Skype) sięgałyby 80-90% na rynku właściwym po dokonaniu koncentracji, ale mimo to Komisja oraz Sąd uznały zgodnie, że koncentracja nie wzbudza poważnych wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym. Zob. wyrok Sądu z 11.12.2013 r. w sprawie T-79/12 *Cisco Systems i Messenger SpA v. Komisja*, EU:T:2013:635, par. 68- 95.

317 W praktyce argument mówiący o tym, że udziały rynkowe przedsiębiorcy nie zawsze odzwierciedlają jego siłę rynkową może być używany po obydwu stronach antymonopolowej sceny. Powołać się na niego może zarówno przedsiębiorca (który posiada dosyć wysokie udziały na rynku, np. ok. 50%) na poparcie swojej argumentacji o niskiej sile rynkowej, jak i Komisja (która zidentyfikowała niskie udziały rynkowe przedsiębiorcy) na poparcie swojej argumentacji o znaczącej sile rynkowej określonego przedsiębiorcy.

318 Sprawa *Facebook/WhatsApp*, pkt 99.

319 Sprawa *Google Shopping*, pkt 267.

320 J.S. Bain, *Industrial Organization*, 2<sup>nd</sup> edition, John Wiley & Sons, Inc., 1968, str. 242.

321 G.J. Stigler, *The Organization of Industry*, Irwin, 1968, str. 67.

322 Raport *The commercial use...*, op. cit., str. 85-89.

323 Sprawa *Google Shopping* (pkt 316-318) oraz sprawa *Google Android* (pkt. 474-478).

324 Raport *Unlocking digital...*, op. cit., str. 44.

osobne przedstawienie w kontekście rynków cyfrowych, bowiem ich kumulacja oraz natężenie sprawiają, że rynek cyfrowy staje się pod tym względem unikatowy<sup>325</sup>.

Wskaźnikami, które w największym stopniu przyczyniają się do zwiększenia siły rynkowej platformy oraz stworzenia barier rynkowych, wydają się bezpośrednie oraz pośrednie efekty sieciowe<sup>326</sup>. Rynki cyfrowe wykazują pewne cechy, które mogą wzmocnić działanie efektów sieciowych. Są nimi zjawiska tzw. *user feedback loop* oraz *monetisation feedback loop*, charakterystyczne dla tych rynków<sup>327</sup>. Pierwsze z nich – *user feedback loop* – polega na tym, że platforma posiadająca dużą bazę danych o użytkownikach może zbierać jeszcze więcej danych, zaś analizując je – podwyższać jakość swoich produktów oraz usług, które z kolei przyciągną jeszcze większą liczbę użytkowników. Drugie z nich – *monetisation feedback loop* – polega na tym, że przedsiębiorca, który analizuje dużą ilość danych o użytkownikach, może zwiększyć poziom personalizacji reklam i spieniężać dane w sposób bardziej wydajny, a uzyskaną nadwyżkę przeznaczyć na poprawę jakości usług, które z kolei przyciągną jeszcze więcej użytkowników<sup>328</sup>. W obydwu przypadkach tworzy się błędne koło: efekt sieciowy prowadzi do większej ilości danych, które prowadzą do świadczenia usług o lepszej jakości, które z kolei pogłębiają efekt sieciowy, przyciągając jeszcze więcej użytkowników itd. W swoim raporcie w 2022 r. OECD sformułowało kilka praktycznych wskazówek dotyczących oszacowania prawdopodobieństwa przyczynienia się efektów sieciowych do zwiększenia siły rynkowej platformy<sup>329</sup>. Będą to m.in. następujące pytania: jak ważne jest ogólne korzystanie z platformy internetowej dla wartości, jaką zapewnia konsumentom; czy wszystkie produkty/usługi podlegają temu samemu rodzajowi efektów sieciowych; czy na rynku istnieje już platforma posiadająca dostęp do znacznej bazy danych o swoich użytkownikach.

Kolejnym wskaźnikiem oceny siły rynkowej platformy są korzyści zakresu<sup>330</sup>. Oferując jedną usługę, platforma staje się bardziej wydajna w oferowaniu kolejnych. Korzyści zakresu mogą wynikać z posiadania danych, na bazie których projektowane będą nowe usługi bądź wytrenowania algorytmu dzięki posiadanej bazie danych<sup>331</sup>.

Następny wskaźnik to zjawisko *multi homingu* odnoszące się do liczby platform, z których korzysta użytkownik na rynku właściwym. Jeśli korzysta tylko z jednej platformy (ang. *single homing*), oznacza to, że platformy konkurują o uzyskanie wyłącznego udziału w aktywności użytkownika<sup>332</sup>. Jeśli jednak korzysta on z kilku źródeł (ang. *multi homing*), to platformy konkurują nie o użytkownika, ale – na niższym poziomie – o pojedynczą transakcję bądź o udziały w jego uwadze<sup>333</sup>. Generalnie rzecz biorąc, *single homing* prowadzi do efektu zamknięcia użytkownika (ang. *consumer lock-in*) oraz podwyższenia barier wejścia na rynek<sup>334</sup>. Jednakże, jak zauważają Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *multi homing* nie jest gwarancją konkurencyjności rynku, nawet w przypadku korzystania przez użytkownika

325 *Ibidem*, str. 37.

326 Opis działania efektów sieciowych został przedstawiony w rozdziale I.

327 Raport OECD *The evolving concept...*, *op. cit.*, str. 10.

328 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, *op. cit.*, str. 99.

329 Raport OECD *The evolving concept...*, *op. cit.*, str. 10-12.

330 Opis działania korzyści skali został przedstawiony w rozdziale I.

331 Raport *Competition Policy for...*, *op. cit.*, str. 33.

332 Raport OECD *The evolving concept...*, *op. cit.*, str. 12.

333 *Ibidem*, str. 13.

334 Working paper *Market Power of...*, *op. cit.*, str. 60.

z kilku platform, nowi konkurenci mogą bowiem mieć trudności z przyciągnięciem go, nie mając możliwości wykorzystania ceny jako czynnika przyciągającego uwagę<sup>335</sup>.

### 3.2.3. Wnioski

Z wyżej opisanych zagrożeń płynących z dostępu do danych jasno wynika, że rynek cyfrowy sprzyja koncentracji. Świadomość takiego stanu rzeczy jest obecna na wszystkich kontynentach. Już w 2016 r. Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence stwierdziły, że rynki cyfrowe, na których gromadzenie i analiza danych są niezbędne do wydajnej działalności, wykazują znaczny stopień koncentracji, czego dowodem jest obecność zaledwie kilku graczy z wysokimi udziałami rynkowymi<sup>336</sup>. W 2019 r. CMA zbadał poziom koncentracji na wybranych rynkach cyfrowych, wskazując wprost, że: rynek wyszukiwarek internetowych jest zdominowany przez Google z niewielką presją ze strony Microsoft, rynek platform społecznościowych jest zdominowany przez Facebook, z niewielką presją ze strony Twittera oraz Snapchata, rynek platform handlowych jest zdominowany przez Amazon, z niewielką presją konkurencyjną eBaya, zaś na rynku aplikacji mobilnych panuje duopol tworzony przez Apple (AppStore) oraz Google (Google Play)<sup>337</sup>. W tym samym roku FTC sformułował przyczynę takiego stanu rzeczy: brak nowych wejść na rynkach cyfrowych – pomimo wysokich zysków, jakie generuje obecność na nich – sugeruje istnienie wysokich barier wejścia lub stosowania praktyk wykluczających przez platformowych dominantów<sup>338</sup>.

Oczywiście wyżej określone ramy powinny zostać osadzone w kontekście danej sprawy. Nie można z góry przyjąć założenia, że posiadanie i przetwarzanie danych jest źródłem siły rynkowej przedsiębiorcy<sup>339</sup>. Organ nie może trzymać się kurczowo tej dewizy. Ważne jest zrozumienie, jak rynki cyfrowe działają, jakie zjawiska ekonomiczne na nich zachodzą oraz jakie inne zależności na nich występują<sup>340</sup>. Kluczowe jest także zrozumienie roli platformy oraz gromadzonych przez nią danych w funkcjonowaniu w ramach ekosystemu. Jak trafnie wskazują M. Jacobides oraz I. Lianos, to właśnie struktura rynków cyfrowych oraz zdolność platformy do bycia ich centralnym „regulatorem” bądź „reżyserem” prowadzi do powstania obaw o stan konkurencji na rynku<sup>341</sup>.

Co więcej, skoro platformy internetowe są niejako „skazane” na bycie dominantami na rynku<sup>342</sup>, to podnosi się, że spoczywa na nich szczególna odpowiedzialność. I w ten nurt myślowy perfekcyjnie wpisuje się DMA, ze względu na swoją asymetryczność w nałożonych zakazach i nakazach na strażników dostępu (o czym więcej w rozdziale IV).

---

335 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, *op. cit.*, str. 30.

336 *Ibidem*, str. 13.

337 Raport *Unlocking digital...*, *op. cit.*, str. 25.

338 Raport Stiglera *Digital Platforms...*, *op. cit.*, str. 34.

339 Raport *Common Issues...*, *op. cit.*, str. 13, 66.

340 M. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and Competition law...*, *op. cit.*, str. 1210.

341 *Ibidem*, str. 1209.

342 *Ibidem*, str. 1204.

## Rozdział III.

# Dostęp do danych w świetle kontroli koncentracji

### 1. Ogólne założenia unijnego systemu kontroli koncentracji

Istnieje szereg powodów, dla których przedsiębiorcy się łączą. Technologie, produkty, nowe kanały dystrybucji lub też wykwalifikowani pracownicy (tzw. *acquihiere*). Bez względu na powód koncentracji w każdej z nich chodzi o uzyskanie szybkiego dostępu oraz utrzymanie kontroli nad różnorodnymi zasobami. Z punktu widzenia przedsiębiorcy wartość koncentracji wynika zarówno z wewnętrznej reorganizacji przedsiębiorcy, jak i ze zmiany układu sił na rynku<sup>343</sup>. Z całą pewnością żaden rozsądny przedsiębiorca nie oznajmi organowi antymonopolowemu, że celami zgłaszanej koncentracji są zwiększenie siły rynkowej na rynku właściwym oraz eksploracja rynków sąsiednich<sup>344</sup>. W praktyce jednak jest to zasadniczy cel koncentracji przedsiębiorców<sup>345</sup>, co w oczywisty sposób przeciwstawia się dążeniom prawa konkurencji do ograniczenia ich siły oraz zapewnienia konkurencyjności na rynkach<sup>346</sup>.

Podstawowym aktem unijnym regulującym kontrolę koncentracji<sup>347</sup> o wymiarze wspólnotowym<sup>348</sup> jest EUMR. Kontrola sprawowana jest przez Komisję, która bada w toku postępowania, czy koncentracja przeszkodzi znacząco skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub znacznej jego części (tzw. test SIEC<sup>349</sup>, *significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it*)<sup>350</sup>. Komisja szacuje ryzyko uzyskania bądź umocnienia pozycji dominującej przedsiębiorcy oraz stopień, w jakim koncentracja zmniejszy konkurencyjność rynku, a co za tym idzie, przyniesie szkodliwy skutek dla konsumentów<sup>351</sup>. Przy czym analiza skutków przybiera postać badania prospektywnego, tj. analizy wystąpienia antykonkurencyjnych

343 G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstyne, *Platform mergers...*, *op. cit.*, str. 1307.

344 Świadome realnego celu zgłaszanej koncentracji, organy antymonopolowe często czerpią informacje o celu transakcji nie tyle z opisu koncentracji (sporządzonego przez przedsiębiorcę, któremu zależy na wykazaniu jak najmniejszej szkodliwości koncentracji), ale z dołączonych do zgłoszenia wewnętrznych dokumentów. W rzeczywistości formularz zgłoszenia zawiera żądanie przedstawienia m.in. protokołów posiedzeń organów spółek, podczas których omawiano transakcję; dokumentów wewnętrznych dokonujących oceny lub analizy uzasadnienia koncentracji czy też dokumentów dokonujących oceny któregośkolwiek z rynków, na który koncentracja wywiera wpływ, w odniesieniu do udziałów w rynku, warunków konkurencyjności, konkurentów (faktycznych i potencjalnych) lub potencjału wzrostu sprzedaży lub wejścia na inne rynki produktowe lub geograficzne. Zob. Formularz co do zgłoszenia koncentracji na podstawie rozporządzenia (WE) nr 139/2004, Dz.Urz. UE Nr 2013 L 336/4.

345 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...opt. cit.*, str. 858.

346 *Ibidem*, str. 859.

347 Art. 3 EUMR wyróżnia trzy formy koncentracji: połączenie dwóch samodzielnych przedsiębiorców, w wyniku którego min. jeden z nich traci swój byt prawny (ust. 1 lit. a), przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad innym przedsiębiorcą (ust. 1 lit. b), utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (ust. 4). 348 Koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeżeli spełnia przesłankę typu obrotu, sformułowaną w art. 1 ust. 2 bądź ust. 3 EUMR, przy czym obrót oblicza się zgodnie z art. 5 EUMR.

349 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...opt. cit.*, str. 908.

350 Art. 2 ust. 2 i 3 EUMR.

351 Raport OECD, *Merger control in dynamic markets*, 2020, str. 20.

skutków w przyszłości (czyli po dokonaniu koncentracji)<sup>352</sup>. W praktyce oznacza to, że Komisja porównuje sytuację rynkową sprzed dokonania koncentracji (ang. *pre-merger scenario*) z sytuacją po jej dokonaniu (ang. *post-merger scenario*), nakładając na to obraz rynku w przypadku niedokonania koncentracji (ang. *counter-factual*)<sup>353</sup>. Stąd też wskazuje się, że opisana kontrola ma charakter uprzedni (*ex ante*), tj. pozwala Komisji na uprzednią weryfikację siły rynkowej, którą uzyska przedsiębiorca w wyniku dokonania koncentracji<sup>354</sup>.

Fakt, że kontrola koncentracji dotyczy przewidywania przyszłego stanu konkurencji na rynku, sprawia, że punktem wyjścia analizy Komisji jest sformułowanie antykonkurencyjnych problemów, jakie – w teorii – mogą wystąpić na rynku (po dokonaniu koncentracji)<sup>355</sup>. Stąd prawo konkurencji posługuje się terminem „teoria szkody”, który wskazuje wprost, w jaki sposób koncentracja zaszkodzi konkurencji na rynku, wywołując antykonkurencyjne skutki. Pod względem skutków antymonopolowych wyróżniamy koncentracje: o skutku horyzontalnym<sup>356</sup>, wertykalnym oraz konglomeratowym<sup>357</sup>.

Koncentracje o skutku horyzontalnym (dokonywane między faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami na tym samym rynku właściwym) utrudniają skuteczną konkurencję poprzez: (i) efekty nieskoordynowane polegające na zmniejszeniu presji konkurencyjnej, wywieranej na połączony podmiot, co w rezultacie może prowadzić do wzrostu jego siły rynkowej<sup>358</sup>; oraz (ii) efekty skoordynowane, polegające na stworzeniu okazji do uzgadniania swoich działań przez przedsiębiorców obecnych na rynku<sup>359</sup>. Tzw. „horyzontale” to koncentracje o największym potencjale do ograniczania konkurencji<sup>360</sup>, prowadzą bowiem do wyeliminowania jednego z dotychczasowych graczy rynkowych i wchłonięcia go przez konkurenta<sup>361</sup>. W przypadku rynków cyfrowych koncentracja horyzontalna sprawia, że platforma wciela (integruje) nabywany podmiot w swoją rdzeniową infrastrukturę, tak aby zapewnić dalszą efektywność świadczonych usług<sup>362</sup>.

Podczas analizy wystąpienia efektów nieskoordynowanych w koncentracjach horyzontalnych Komisja uwzględnia szereg czynników, które mogą zwiększyć ryzyko ich wystąpienia, m.in.: wielkość udziałów podmiotów dokonujących koncentracji (przed jej dokonaniem i po niej)<sup>363</sup> oraz fakt, że są oni bliskimi konkurentami<sup>364</sup>, ograniczone możliwości zmiany dostawcy przez konsumentów<sup>365</sup>, utrudnienie konkuren-

352 D. Gerber, *Competition Law and Antitrust*, Oxford University Press, 2020, str. 79.

353 C. Banasiński et al., *Polskie Prawo...opt. cit.*, str. 180.

354 A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...opt. cit.*, str. 1085.

355 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...opt. cit.*, str. 860.

356 Wspieraniem dla przedsiębiorcy w zrozumieniu podejścia Komisji do oceny koncentracji o skutku horyzontalnym są Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE 2004 Nr C 31/5.

357 Wspieraniem dla przedsiębiorcy w zrozumieniu podejścia Komisji do oceny koncentracji o skutku wertykalnym oraz konglomeratowym są Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji, Dz.Urz. UE 2008 Nr C 265/6.

358 Pkt 22a Wytycznych w sprawie koncentracji horyzontalnych.

359 *Ibidem*, pkt 22b.

360 Pkt 11 Wytycznych w sprawie koncentracji horyzontalnych.

361 C. Banasiński et al., *Polskie Prawo...opt. cit.*, str. 180.

362 G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstyne, *Platform mergers...*, *op. cit.*, str. 1319.

363 Pkt 27 Wytycznych w sprawie koncentracji horyzontalnych.

364 *Ibidem*, pkt 28.

365 *Ibidem*, pkt 31 i n.

tom ekspansji<sup>366</sup>, wyeliminowanie istotnej siły konkurencyjnej<sup>367</sup>. Dodatkowo Komisja uwzględnia także szereg czynników, które mogą przeciwdziałać wystąpieniu efektów nieskoordynowanych: prawdopodobieństwo wyrównawczej siły nabywczej<sup>368</sup>, łatwość wejścia na rynek<sup>369</sup> i wzrost wydajności<sup>370</sup>.

Koncentracje o skutku wertykalnym (dokonywane między przedsiębiorcami aktywnymi na różnych, lecz powiązanych szczeblach obrotu, np. producent – dystrybutor – sprzedawca detaliczny) utrudniają skuteczną konkurencję poprzez: (i) efekty nieskoordynowane, polegające na wykluczeniu z rynku<sup>371</sup> lub na uzyskaniu dostępu do handlowo istotnych informacji dotyczących działalności konkurentów na rynku wyższego bądź niższego szczebla<sup>372</sup>; oraz (ii) efekty skoordynowane, polegające – znowu – na stworzeniu okazji do uzgadniania swoich działań przez przedsiębiorców obecnych na rynku<sup>373</sup>. Tzw. „wertykale” to koncentracje mające – w porównaniu do „horyzontali” – mniejszy potencjał do ograniczenia konkurencji, z dwóch powodów<sup>374</sup>. Po pierwsze, nie eliminują bezpośredniej konkurencji między łączącymi się przedsiębiorcami<sup>375</sup>. Po drugie, niosą za sobą zwiększenie wydajności, poprzez np. eliminację podwójnej marży bądź kosztów transakcyjnych<sup>376</sup>. W przypadku rynków cyfrowych koncentracja wertykalna sprawia, że nabywany podmiot stanowi nową funkcjonalność w ramach platformowego ekosystemu<sup>377</sup>. Niemniej jednak zdarzają się sytuacje, w których omawiane koncentracje znacząco zakłócają skuteczną konkurencję.

W odniesieniu do efektów nieskoordynowanych wyróżnia się dwie formy wykluczenia: utrudnienie dostępu do czynników produkcji (przedsiębiorca po dokonaniu koncentracji wyklucza bądź ogranicza dostęp do czynników produkcji, które są ważne dla działalności konkurentów na niższym szczeblu)<sup>378</sup> oraz utrudnienie dostępu do rynków zbytu (dostawca konsoliduje się z ważnym klientem działającym na rynku niższego szczebla, w efekcie czego może zablokować swoim konkurentom działającym na rynku wyższego szczebla dostęp do rynków zbytu)<sup>379</sup>. W kontekście poniższych rozważań ograniczenie dostępu do danych Komisja kwalifikuje jako utrudnienie dostępu do czynników produkcji.

Uczestnicy koncentracji o skutku konglomeratowym nie są ani konkurentami, ani nie łączą ich relacje wertykalne<sup>380</sup>. Zazwyczaj są to przedsiębiorcy oferujący produkty komplementarne. Antykonkurencyjny skutek konglomeratowy może wystąpić w postaci: (i) efektów nieskoordynowanych, polegających na wykluczeniu z rynku wskutek wiązania produktów (ang. *tying*), sprzedaży pakietowej (ang. *bundling*) lub innych praktyk wykluczających<sup>381</sup>; oraz (ii) efektów skoordynowanych, w takiej samej po-

366 *Ibidem*, pkt 36.

367 *Ibidem*, pkt 37.

368 *Ibidem*, pkt 64 i n.

369 *Ibidem*, pkt 68 i n.

370 *Ibidem*, pkt 76 i n.

371 Pkt 29 i n. Wytycznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych.

372 *Ibidem*, pkt 78

373 *Ibidem*, pkt 79 i n.

374 *Ibidem*, pkt 11.

375 *Ibidem*, pkt 12.

376 *Ibidem*, pkt 13 i 14.

377 G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstyne, *Platform mergers...*, op. cit., str. 1319.

378 Pkt 33 i n. Wytycznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych.

379 *Ibidem*, pkt 58 i n.

380 *Ibidem*, pkt 91.

381 *Ibidem*, pkt 93 i n.

staci jak przy „horyzontalach” i „wertykalach”<sup>382</sup>. Ogólnie rzecz ujmując, omawiany typ koncentracji wyłącznie sporadycznie rodzi jakiekolwiek ryzyko dla konkurencji na rynku<sup>383</sup>. Jednakże, jak zauważa R. Whish, zauważalny jest wzrost zainteresowania koncentracjami konglomeratowymi na rynkach cyfrowych w ostatnich latach (o czym poniżej)<sup>384</sup>.

Przedsiębiorca jest zobligowany do zgłoszenia koncentracji po zawarciu umowy lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji, lecz przed jej wykonaniem<sup>385</sup>. Postępowanie prowadzone przez Komisję składa się z dwóch faz, przy czym przejście do drugiej fazy jest uzależnione od tego, czy koncentracja wzbudza poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem<sup>386</sup>. Z punktu widzenia tematu niniejszej pracy magisterskiej wchodzenie w szczegółowe rozważania o poszczególnych fazach jest bezcelowe, stąd wskażę jedynie, że postępowanie może zakończyć się wydaniem: zgody (tj. uznaniem koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem<sup>387</sup>), zgody warunkowej (tj. uznaniem koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem po nałożeniu na przedsiębiorców dokonujących koncentracji szeregu zobowiązań/warunków<sup>388</sup>) albo wydaniem zakazu koncentracji (tj. uznaniem koncentracji za niezgodną ze wspólnym rynkiem<sup>389</sup>). Do chwili uzyskania zgody przedsiębiorca jest zobowiązany do wstrzymania się z wprowadzeniem w życie koncentracji (tzw. *standstill obligation*)<sup>390</sup>, zaś za naruszenie tego obowiązku (tzw. *gun-jumping*) EUMR przewiduje odpowiednią sankcję<sup>391</sup>.

Powyższe stanowi zaledwie niewielki zarys tematyki unijnej kontroli koncentracji, jednakże – z uwagi na chęć klarownego przedstawienia zjawiska łączenia danych na rynkach cyfrowych – jest ono konieczne.

---

382 *Ibidem*, pkt 119 i n.

383 *Ibidem*, pkt 92.

384 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, *op. cit.*, str. 927.

385 Art. 4 EUMR. Z tego właśnie powodu prawo konkurencji (a co za tym idzie, prawnicy parający się tą dziedziną) są niejednokrotnie uznawani w biznesie za swoisty „hamulec transakcji”. W praktyce postępowania w sprawie koncentracji mogą trwać miesiącami (oczywiście w zależności od konieczności rozpoczęcia fazy drugiej postępowania). Usprawnienie postępowania można niekiedy uzyskać dzięki wcześniejszemu kontaktowi z Komisją (przed dokonaniem formalnego zgłoszenia) w celu np. zawężenia zakresu przekazywanych informacji.

386 Art. 6 ust. 1 lit. C. Co więcej, niektórzy praktycy wskazują na istnienie „fazy trzeciej” postępowania w sprawie koncentracji. Jeśli jako warunek uzyskania zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorca zobowiąże się do wypełnienia określonych zobowiązań (ang. *remedies*), niejednokrotnie potrzeba znacznej ilości czasu na ich wdrożenie w życie. Stąd okres ten nazywany jest czasami „fazą trzecią”. Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...opt. cit.*, str. 908.

387 W zależności od fazy postępowania, art. 6 ust. 1 lit. b (faza pierwsza) bądź art. 8 ust. 1 (faza druga) EUMR.

388 W zależności od fazy postępowania, art. 6 ust. 1 lit. b w zw. z art. 6 ust. 2 (faza pierwsza) bądź art. 8 ust. 2 (faza druga) EUMR.

389 Art. 8 ust. 3 EUMR. Zakazanie dokonania koncentracji zdarza się wyjątkowo rzadko, bowiem na ok. 8 tysięcy koncentracji zgłoszonych do Komisji w latach 1990-2022 tylko 30 zostało przez nią zablokowanych. W praktyce należy wziąć poprawkę na fakt, że jeżeli istnieje jakiekolwiek ryzyko zablokowania transakcji przez Komisję, przedsiębiorca nie decyduje się na jej dokonanie (oraz zgłoszenie) z uwagi na sankcje z art. 14 pkt 2 EUMR.

390 Art. 7 ust. 1 EUMR.

391 Art. 14 ust. 2 lit. b EUMR.

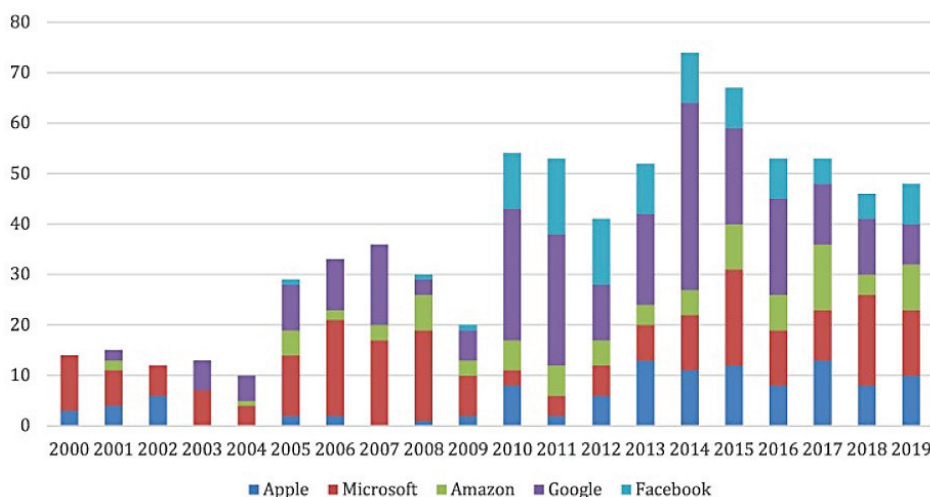
## 2. Przegląd decyzji Komisji w sprawie koncentracji z elementem łączenia danych na rynkach cyfrowych

Od momentu swojego powstania podmioty z kręgu MAAMA dokonały w sumie 855 koncentracji<sup>392</sup>. Wśród nich przodują: Microsoft z liczbą nabyć sięgającą 269 (co daje średnio 9 nabyć na jeden rok działalności przedsiębiorcy) oraz Google z liczbą nabyć wynoszącą 249 (co daje średnio aż 13 nabyć na jeden rok działalności przedsiębiorcy)<sup>393</sup>.

Wraz ze swoim rozwojem giganci cyfrowi wykształcili odmienne strategie koncentracyjne<sup>394</sup>. Początkowe nabycia służyły ekspansji geograficznej przedsiębiorców, zaś z biegiem czasu zaczęto stawiać na narzędzia służące polepszeniu doświadczenia użytkownika oraz sprawniejszej monetyzacji danych (np. Amazon i LiveBid, Apple i Siri, Microsoft i aQuantive)<sup>395</sup>. Ostatnie lata to wyraźny zwrot ku podmiotom świadczącym usługi substytucyjne bądź komplementarne do własnych. Wśród nich warto wymienić: sztuczną inteligencję, roboty i drony (Amazon), usługi płatności *online* i autonomiczne pojazdy (Apple), wirtualną rzeczywistość (Facebook), automatykę domową (Google) oraz gry *online* i chmury obliczeniowe (Microsoft)<sup>396</sup>.

Ostatnia dekada przyniosła znaczny wzrost koncentracji dokonywanych przez cyfrowych gigantów na światowych rynkach, co widać na wykresie nr 2.

Wykres nr 2. Liczba koncentracji dokonanych przez podmioty z kręgu MAAMA w latach 2000-2019 globalnie<sup>397</sup>



Przedstawiona wyżej aktywność przedsiębiorców pozwoliła Komisji na zgromadzenie znacznego doświadczenia w przedmiocie kontroli koncentracji na rynkach cyfrowych (porównując jej doświadczenie w sprawach z zakresu nadużywania pozycji

392 Dane pochodzą ze statystyk sporządzonych przez G. Parkera, G. Petropoulosa oraz M.V. Alstynę, aktualnych na dzień 1.08.2020 r. Zob. G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstynę, *Platform mergers...*, op. cit., str. 1311.

393 *Ibidem*, str. 1312.

394 G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstynę, *Platform mergers...*, op. cit., str. 1311.

395 *Ibidem*, str. 1312.

396 *Ibidem*, str. 1313-1315.

397 Grafika pochodzi z: G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstynę, *Platform mergers...*, op. cit., str. 1312.

dominującej na tych rynkach<sup>398</sup>). Przy czym praktyka decyzyjna Komisji wydaje się znacznie większa w zakresie badania skutków wertykalnych aniżeli horyzontalnych<sup>399</sup>, choć zauważalny jest wzrost spraw ze zidentyfikowanymi skutkami konglomeratowymi<sup>400</sup>. Tabela nr 2 zawiera spis najważniejszych decyzji wydanych przez Komisję w sprawie kontroli koncentracji, w których występował element łączenia danych na rynkach cyfrowych. Temat niniejszej pracy implikuje konieczność omówienia poniższych spraw pod kątem antykonkurencyjnych skutków, jakie mogą pojawić się w wyniku połączenia<sup>401</sup> baz danych dwóch platform.

Tabela 2. Najważniejsze decyzje Komisji w sprawie koncentracji, w których wystąpił element łączenia baz danych dwóch przedsiębiorców

| Koncentracja                                   | Zidentyfikowany problem związany z łączeniem danych                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Typ koncentracji                     |
|------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| <i>Facebook/Kustomer</i> (2022) <sup>402</sup> | nabycie danych o użytkownikach oprogramowania CRM (ang. <i>customer relationship management</i> ) <sup>403</sup> Kustomera wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych <i>online</i>                                                                                                                             | horyzontalna                         |
| <i>Google/Fitbit</i> (2020)                    | (1) połączenie danych o użytkownikach wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych w wyszukiwarce internetowej oraz na rynku niewyspecjalizowanych wyszukiwarek internetowych, (2) ograniczenie konkurentom na rynku cyfrowych usług opieki zdrowotnej dostępu do bazy danych Fitbita, powodujące ich wykluczenie | (1) horyzontalna,<br>(2) wertykalna  |
| <i>Apple/Shazam</i> (2018)                     | (1) połączenie danych o użytkownikach wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych <i>online</i> ; (2) uzyskanie danych o użytkownikach konkurentów na rynku aplikacji do strumieniowego przesyłania muzyki cyfrowej, stawiające konkurentów w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej                              | (1) horyzontalna,<br>(2) wertykalna, |
| <i>Microsoft/LinkedIn</i> (2016)               | (1) połączenie danych o użytkownikach wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych <i>online</i> ; (2) ograniczenie konkurentom na rynku usług CRM dostępu do bazy danych LinkedIna, powodujące ich wykluczenie                                                                                                   | (1) horyzontalna,<br>(2) wertykalna, |

398 Commission's submission to the OECD Roundtable on *Consumer Data Rights and Impact on Competition*, 2020, pkt 38.

399 J. Modrall, *Big Data and Merger Control in the EU*, JECLP, 2018, Vol. 9 (9), str. 572.

400 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, *op. cit.*, str. 927.

401 W celu uniknięcia wątpliwości wyjaśnię, że używany przeze mnie zwrot „połączenie baz danych” jest niejako skrótem myślowym i obejmuje wszystkie formy koncentracji zamieszczone w art. 3 EMUR, a nie – jak wskazywałby zwrot „połączenie” – wyłącznie formę z art. 3 pkt 1a (tj. połączenie dwóch lub większej liczby przedsiębiorców).

402 Komunikat prasowy Komisji z dnia 27.01.2022 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_652](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_652). Koncentracja Facebooka oraz Kustomera była także przedmiotem badań CMA (decyzja nr ME/6920/20 z 21.11.2021 r.) oraz ACCC (decyzja z 18.11.2021 r.).

403 CRM to narzędzie służące budowaniu, utrzymywaniu i poprawie relacji z klientem. Wykorzystywane w biznesie do nawiązywania kontaktu z klientami, m.in. poprzez odpowiadanie na pytania, rozwiązywanie problemów i udzielanie porad w kontekście relacji biznes-klient.

|                                                                  |                                                                                                                                                                                |                |
|------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| <i>Sanofi/Google/DMI/JV</i> (2016)                               | uzależnienie konsumenta wskutek ograniczenia bądź blokady przepływu danych pacjenta do alternatywnych serwisów                                                                 | wertykalna     |
| <i>Verizon/Yahoo</i> (2016)                                      | połączenie danych o użytkownikach wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych <i>online</i>                                                          | horyzontalna   |
| <i>Facebook/WhatsApp</i> (2014)                                  | Facebook zacznie gromadzić dane o użytkownikach WhatsAppa w celu poprawy stopnia personalizacji reklam na jego platformie bądź wprowadzi spersonalizowane reklamy na WhatsAppa | wertykalna     |
| <i>Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV</i> (2012) | połączenie danych o użytkownikach wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych <i>online</i>                                                          | horyzontalna   |
| <i>Microsoft/Yahoo</i> (2010)                                    | połączenie danych o użytkownikach wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych <i>online</i>                                                          | horyzontalna   |
| <i>Google/DoubleClick</i> (2008)                                 | połączenie danych o użytkownikach wpływające na lepszą personalizację reklam na rynku usług reklamowych <i>online</i>                                                          | konglomeratowa |

Koncentracja jawi się jako najszybszy i najprostszy sposób nabycia źródła danych, zważywszy na to, że wartość bazy danych zależy m.in. od jej objętości, różnorodności czy też długości jej tworzenia. We wszystkich powyższych koncentracjach stan faktyczny – w zakresie dotyczącym łączenia baz danych – był bardzo podobny. Mianowicie platforma A, łącząc/przejmując platformę B (ewentualnie tworząc wspólny podmiot C), uzyskuje dostęp do stworzonej przez platformę B bazy danych o jej użytkownikach<sup>404</sup>. Po dokonaniu koncentracji połączony przedsiębiorca scala bazy danych, co umożliwia mu ekstrakowanie informacji z większego wolumenu danych. Taka aktywność – w świetle rozważań z rozdziału II – może prowadzić do zwiększenia siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji.

Zanim przejdę do omówienia możliwych teorii szkody, warto zaznaczyć, że nie zawsze połączenie baz danych musi mieć negatywne skutki dla konkurencji na rynkach cyfrowych. W określonym układzie sił rynkowych, Komisja jest otwarta na uznanie nawet prokonkurencyjnego wpływu gromadzenia danych na rynek właściwy<sup>405</sup>. Na przykład w koncentracji *Microsoft/Yahoo* uznała ona, że w wyniku koncentracji Yahoo zacznie gromadzić dane na większą skalę, co zwiększy jego innowacyjność, a co za tym idzie – presję konkurencyjną wywieraną na jego największego konkurenta, jakim jest platforma Google<sup>406</sup>.

<sup>404</sup>Warto wspomnieć, że w niektórych sprawach platforma A uzyskiwała dostęp nie tyle co do gotowej bazy danych, ale do kolejnego źródła, z którego mogła czerpać dane (którym była sama platforma B). Na przykład w sprawie *Facebook/WhatsApp*, nie posiadając gotowej bazy danych o własnych użytkownikach, WhatsApp mógł posłużyć Facebookowi jako źródło danych, z którego Facebook mógłby zacząć je czerpać. Podobnego rozróżnienia nabycia gotowej bazy danych w wyniku koncentracji od nabycia ich źródła dokonała Komisja w sprawie *Google/Fitbit* (par. 400).

<sup>405</sup>Ch. Breuvart, E. Chassaing, A. Perraut, *Big Data...*, op. cit., str. 50.

<sup>406</sup>Sprawa *Microsoft/Yahoo*, par. 250-256.

### 3. Teorie szkody związane z ograniczaniem konkurentom dostępu do danych na rynkach cyfrowych

W swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej Komisja rozważała następujące teorie szkody związane z uzyskaniem dostępu do danych w wyniku koncentracji: połączenie baz danych prowadzi do: (i) powstania barier wejścia lub ekspansji na rynku (w odniesieniu do koncentracji horyzontalnych); (ii) wykluczenia z rynku bądź postawienia ich w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej wskutek uzyskania dostępu do handlowo istotnych informacji o działalności konkurentów (w odniesieniu do koncentracji wertykalnych), oraz (iii) wiązania produktów lub usług (w odniesieniu do koncentracji konglomeratowych). Poniżej rozwinę ww. teorie szkody oraz omówię sprawy, w których zostały one przyjęte przez Komisję. Finalnie przedstawię kontrargumenty, które może podnieść platforma, chcąc zniwelować ryzyko uznania koncentracji polegającej na łączeniu danych na rynkach cyfrowych za wywołującą antykonkurencyjne skutki.

#### 3.1. Wyłączność danych prowadząca do powstania barier wejścia oraz ekspansji w koncentracjach horyzontalnych

Jak wskazałam wyżej, koncentracje o skutku horyzontalnym utrudniają skuteczną konkurencję, m.in. poprzez efekty nieskoordynowane, polegające na zmniejszeniu presji konkurencyjnej, wywieranej na połączony podmiot, co w rezultacie może prowadzić do wzrostu jego siły rynkowej. W toku postępowania Komisja bada m.in., czy przedsiębiorca po dokonaniu koncentracji mógłby mieć możliwość i motywację do utrudniania ekspansji jego konkurentów (tzw. bariery ekspansji)<sup>407</sup> oraz do uniemożliwienia wejścia na rynek potencjalnych konkurentów (tzw. bariery wejścia)<sup>408</sup>. Z perspektywy dostępu do danych bariery te mogłyby przybrać formę technicznej przewagi (np. preferencyjny dostęp do niezbędnego sprzętu, innowacji, badań i rozwoju). Konkurenci mogliby zetknąć się z utrudnionym dostępem do materiałów niezbędnych do działalności na rynku (czyli danymi), co – spotęgowane efektem sieciowym oraz korzyściami skali i zakresu – sprawiłoby, że trudno będzie jakimkolwiek przedsiębiorstwu skutecznie konkurować z podmiotem powstałym w wyniku koncentracji.

Zaiste na gruncie rynków cyfrowych połączenie baz danych może prowadzić do wzrostu siły rynkowej platformy na hipotetycznym rynku podaży tych danych (ang. *hypothetical market for the supply of this data*<sup>409</sup> lub *data-based supply markets*<sup>410</sup>) oraz do stworzenia bądź zwiększenia barier wejścia i ekspansji dla aktualnych lub potencjalnych konkurentów (dla których dane są niezbędne do funkcjonowania na rynku)<sup>411</sup>. W fazie przedkoncentracyjnej przedsiębiorcy konkurowali osobno, w oparciu o własne bazy danych. Koncentracja eliminuje ten stan rzeczy. Po połączeniu baz danych pozostali przedsiębiorcy na rynku mogą być zmuszeni do gromadzenia znacznej ilości danych, tak aby móc konkurować *pari passu* z podmiotem powstałym w wyniku koncentracji<sup>412</sup>. Przy czym, jeśli okaże się, że informacje niezbędne do konkurowa-

407 Pkt 36 Wytocznych w sprawie koncentracji horyzontalnych.

408 Ibidem, pkt 69.

409 Sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 179; sprawa *Verizon/Yahoo*, par. 82.

410 Sprawa *Google/Fitbit*, par. 402.

411 Commission's submission to the OECD Roundtable on *Consumer Data...*, op. cit., pkt. 30.

412 Raport wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law...*, op. cit., str. 16.

nia na równej stopie z przedsiębiorcą nie są powszechnie dostępne dla pozostałych konkurentów na rynku, to dane stanowią barierę ekspansji (dla aktualnych konkurentów) bądź wejścia na rynek (dla potencjalnych konkurentów). Beneficjent dostępu do danych staje się niejako jego strażnikiem (ang. *gatekeeper*) i uzyskuje pozycję dominującą na rynku.

Początkowo Komisja wydawała się dość ostrożna w przypisywaniu antykonkurencyjnych skutków zjawisku łączenia danych. W sprawach *Verizon/Yahoo*, *Microsoft/LinkedIn*, *Apple/Shazam* oraz *Telefonica/Vodafone* odrzuciła omawianą teorię szkody, twierdząc, że w fazie pokoncentracyjnej na rynku pozostanie wystarczająca liczba konkurentów z wystarczającą ilością danych, aby utrzymać presję konkurencyjną na podmiot dokonujący koncentracji<sup>413</sup>. Każdorazowo Komisja posłużyła się następującą frazą: *the combination of [...] respective datasets does not appear to result in raising the barriers to entry/expansion for other players in this space, as there will continue to be a large amount of internet user data that are valuable for advertising purposes and that are not within [...] exclusive control*. Z przytoczonego przekazu jasno wynika, że gdyby na rynku nie pozostawała odpowiednia ilość danych, wtedy ocena Komisji byłaby odmienna. Możliwe byłoby stwierdzenie posiadania przewagi konkurencyjnej przez platformę z uwagi na wyłączność w dostępie do danych.

Przełom w ocenie łączenia danych przyniosła w 2020 r. sprawa *Google/Fitbit*, w której przyjęto omawianą teorię szkody<sup>414</sup>. W ocenie Komisji przejęcie bazy danych Fitbita przez platformę Google zwiększyłoby w znacznym stopniu jej zdolność do świadczenia wysokiej jakości usług na rynku reklamy internetowej, tym samym utrudniając konkurentom możliwość wejścia i ekspansji na tym rynku<sup>415</sup>. W dłuższej perspektywie, biorąc pod uwagę zanik konkurencyjności na tym rynku, Google mógłby podnieść ceny zarówno dla reklamodawców, jak i dostawców treści oraz ograniczyć innowacyjność świadczonych usług<sup>416</sup>. W związku z tym Komisja nałożyła na Google zobowiązanie do utrzymywania stanu rozdzielenia danych Fitbita od własnych (tzw. „*data silo*”, omawiany poniżej).

Dwa lata później w sprawie *Facebook/Kustomer* omawiana teoria szkody nie została przyjęta<sup>417</sup>. Komisja stwierdziła, że wszelkie dane o użytkownikach Kustomera, do których dostęp może uzyskać Facebook w celu personalizacji reklam, nie zwiększą barier wejścia oraz ekspansji. Uzasadniając swoje stanowisko, odwołała się do wyżej przytoczonego argumentu dotyczącego szerokiej dostępności danych na rynku, twierdząc, że na gruncie badanej sprawy na rynku pozostanie dalej wystarczająca ilość danych dla innych dostawców usług reklamy *online*, niezbędnych do konkurowania z Facebookiem<sup>418</sup>.

413 Sprawa *Apple/Shazam*, par. 184; sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 180; sprawa *Verizon/Yahoo*, par. 91; sprawa *Telefonica/Vodafone*, par. 571-573.

414 A. Aniko, S. Halls, A. Ryan, *Changing digital advertising landscape – Overview of EU and UK competition cases and regulatory initiatives*, European Competition Law Review, 2022, Vol. 43 (5), str. 213.

415 Sprawa *Google/Fitbit*, par. 468.

416 *Ibidem*, par. 467.

417 Komunikat prasowy Komisji z dnia 27.01.2022 r.

418 Rozważając tę samą teorię szkody w koncentracji *Facebook/Kustomer*, CMA również stwierdził, że dane, które Facebook uzyska w wyniku transakcji, nie stworzą barier wejścia ze względu na niewielki rozmiar bazy danych Kustomera oraz ich dostępność na rynku.

### 3.2. Wyłączność danych prowadząca do wykluczenia konkurentów z rynku bądź postawienia ich w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej w koncentracjach wertykalnych

Jak wskazałam wyżej, koncentracje o skutku wertykalnym utrudniają skuteczną konkurencję, m.in. poprzez efekty nieskoordynowane polegające na utrudnieniu dostępu do czynników produkcji. W fazie pokoncentracyjnej przedsiębiorca ogranicza dostęp bądź odmawia dostępu do czynników produkcji, które są ważne dla działalności konkurentów na niższym szczeblu. Ponadto efekty nieskoordynowane mogą polegać także na uzyskaniu dostępu do istotnych pod względem handlowym informacji dotyczących działalności konkurentów na rynku wyższego lub niższego szczebla<sup>419</sup>. Ww. sytuacje (tj. utrudnienie dostępu do czynników produkcji oraz dostęp do informacji o konkurentach) mogą prowadzić – w najlepszym przypadku – do postawienia konkurentów w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej (ang. *put competitors in the competitive disadvantage*), zmniejszając ich motywację do konkurowania z beneficjentem dostępu do danych, w najgorszym zaś – do ich wykluczenia z rynku (ang. *foreclosure*)<sup>420</sup>.

W toku postępowania Komisja bada, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji ma przede wszystkim zdolność do ograniczenia dostępu do czynników produkcji bądź użycia istotnych handlowo informacji dotyczących konkurentów<sup>421</sup>, następnie bada stopień motywacji do takiego działania<sup>422</sup>, finalnie zaś – czy obrona strategia zagrazi skutecznej konkurencji na rynku<sup>423</sup>.

Przechodząc na grunt rynków cyfrowych, należy wskazać, że połączenie baz danych można zakwalifikować jako utrudnienie dostępu do czynników produkcji. Koncentracja przedsiębiorców obecnych na wyższym i niższym szczeblu obrotu może wykluczyć konkurentów niższego szczebla z rynku, w fazie pokoncentracyjnej przedsiębiorca ograniczy bowiem konkurentom dostęp do danych, niezbędnych do ich działalności na niższym szczeblu<sup>424</sup>. W szczególności może on przyjąć szereg działań, które zwiększą ich koszty (odmowa sprzedaży pakietu danych, podwyższenie ich ceny, opóźnienie ich sprzedaży, sprzedaż w mniej ustrukturyzowanej formie<sup>425</sup>). Wymienione działania wzbudzą antykonkurencyjne obawy, jeśli dotyczą ważnego czynnika produkcji (którym są dane) oraz jeśli podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie dysponować znaczącą siłą rynkową na rynku wyższego szczebla, wpływając negatywnie na ogólną dostępność tego czynnika na rynku<sup>426</sup>.

Komisja rozważała omawianą teorię szkody w koncentracji *Microsoft/LinkedIn*. Badała, czy nabycie bazy danych LinkedIna (oferującego inteligentne narzędzia do sprzedaży, ang. *Sales Intelligence Solutions*<sup>427</sup>) przez Microsofta (oferującego narzędzia

419 Pkt 78 Wytocznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych.

420 *Ibidem*, pkt 29, 72 i 78.

421 *Ibidem*, pkt 33 i n.

422 *Ibidem*, pkt 40 i n.

423 *Ibidem*, pkt 47 i n.

424 Commission's submission to the OECD Roundtable on *Consumer Data...*, *op. cit.*, pkt 30.

425 B.H. de Peyer, *EU Merger Control and Big Data*, *Journal of Competition Law & Economics*, 2018, Vol. 13 (4), str. 775.

426 Pkt 34-35 Wytocznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych.

427 SIS to termin obejmujący szeroki wachlarz rozwiązań technologicznych, dostarczających przedsiębiorcy dane na temat konsumentów (dane osobowe, miejsce zatrudnienia, stanowisko) oraz innych przedsiębiorców (oferowane produkty, świadczone usługi, struktura organizacyjna).

do zarządzania relacjami z klientami, ang. *Customer Relationship Management*<sup>428</sup>) sprawi, że w fazie pokoncentracyjnej Microsoft zacznie ograniczać dostęp do nabytej bazy swoim konkurentom oferującym narzędzia CRM<sup>429</sup>. Baza danych LinkedIn stanowiła ważny czynnik produkcji, dzięki jej analizie możliwe były bowiem identyfikacja nowych trendów konsumenckich oraz tworzenie rekomendacji na potrzeby narzędzia CRM<sup>430</sup>.

Oprócz uznania danych za czynnik produkcji w koncentracjach wertykalnych Komisja rozpatrywała je także w kontekście informacji istotnych pod względem handlowym. W koncentracji *Apple/Shazam* badano, czy za sprawą przejęcia bazy danych Shazama przez Apple drugi z nich mógłby uzyskać dostęp do danych o jego konkurentach (w szczególności Spotify) na rynku aplikacji do strumieniowego przesyłania muzyki cyfrowej<sup>431</sup>. Analiza bazy Shazama pozwoliłaby Applowi stworzyć listę użytkowników Spotify, do których następnie mógłby on dotrzeć – poprzez aplikację Shazam – z ofertą rozpoczęcia subskrypcji na Apple Music<sup>432</sup>. Niezaprzeczalnie zaproponowane działanie mogłoby postawić konkurentów Apple (a w szczególności Spotify) w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej<sup>433</sup>.

Finalnie w powyższych koncentracjach obawy Komisji nie zostały potwierdzone. Badanie rynkowe wykazało, że w fazie pokoncentracyjnej dostępna będzie wystarczająca liczba alternatywnych źródeł danych, do których dostęp posiadać będą konkurenci<sup>434</sup>.

Jednakże w sprawie *Google/Fitbit* obawy Komisji dotyczące antykonkurencyjnych skutków koncentracji potwierdziły się nie tylko w zakresie relacji horyzontalnych, ale i wertykalnych. Istniało bowiem ryzyko, że Google zaprzestanie udostępniania danych Fitbita (ang. *Web API*) podmiotom na rynku niższego szczebla, które świadczą usługi cyfrowej opieki zdrowotnej (ang. *digital healthcare services*) i dla których dane te są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania na rynku<sup>435</sup>. Ograniczenie lub przerwanie dostępu konkurentów do Web API Fitbita miałoby negatywny wpływ na dostawców aplikacji i stron internetowych, którzy wykorzystują nawet stosunkowo niewielkie ilości danych Fitbita, aby konkurować i przyczyniać się do innowacji sektora cyfrowej opieki zdrowotnej<sup>436</sup>. W związku z tym Komisja nałożyła na Google zobowiązanie do dalszego udostępniania konkurentom Web API Fitbita (o czym poniżej).

### 3.3. Wyłączność danych prowadząca do wiązania produktów i usług w koncentracjach konglomeratowych

Jak wskazałam wyżej, koncentracje o skutku konglomeratowym utrudniają skuteczną konkurencję, m.in. poprzez efekty nieskoordynowane, polegające na wykluczeniu z rynku wskutek wiązania produktów (ang. *tying*). Koncentracja może umożliwić przedsiębiorcy zdolność i motywację do zastosowania dźwigni wynikającej z silnej

428 Zob. przypis nr 403.

429 Sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 246.

430 *Ibidem*, par. 230.

431 Sprawa *Apple/Shazam*, par. 200.

432 *Ibidem*, par. 215.

433 *Ibidem*, par. 239-245.

434 Sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 276, sprawa *Apple/Shazam*, par. 247-248.

435 Sprawa *Google/Fitbit*, par. 503-506.

436 *Ibidem*, par. 526-529.

pozycji rynkowej na jednym rynku w celu wywarcia wpływu na drugim rynku poprzez sprzedaż wiążaną.

Antykonkurencyjne skutki konglomeratowe zyskały na znaczeniu w dobie rynków cyfrowych. Platformy coraz częściej wkraczają na nowe rynki, dodając kolejną „cegiełkę” (tj. usługę bądź produkt) do swojego platformowego ekosystemu<sup>437</sup>. Z punktu widzenia konsumenta omawiany typ koncentracji może przynieść korzyści w postaci tzw. *one-stop shopping*. W ramach jednej platformy użytkownik ma zapewniony dostęp do szeregu usług bądź produktów<sup>438</sup>. Stąd nierzadko jako synonimu pojęcia platforma używa się sformułowania „cyfrowy konglomerat”<sup>439</sup>.

Antykonkurencyjne obawy mogą się pojawić, jeśli podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie w stanie powiązać np. usługi analizy danych (ang. *data analytics services*) z powstałą bazą danych. Następnie przedsiębiorca może próbować „przełać” swoją siłę rynkową na – na przykład – rynek usług analizy danych, umacniając na nim swoją pozycję<sup>440</sup>. Choć – jak wskazałam wyżej – takie działanie może przynieść korzyści dla konsumentów, istnieje obawa wykluczenia dotychczasowych konkurentów z rynku oraz unicestwienia motywacji dla potencjalnych konkurentów do wejścia na niego. Konkurencja z cyfrowym konglomeratem świadczącym wachlarz usług będzie niemożliwa<sup>441</sup>.

### 3.4. Obrona przedsiębiorcy przed sformułowaną teorią szkody

Powszechną praktyką wśród przedsiębiorców jest ocena ryzyka nieuzyskania zgody na koncentrację przed jej zgłoszeniem do Komisji. Pozwala to na uniknięcie kosztów związanych z wszczynaniem postępowania, którego wynik będzie prawdopodobnie niekorzystny dla przedsiębiorcy. „Przedzgłoszeniowa” ocena pozwala także na moment refleksji nad treścią zobowiązań, które przedsiębiorca może zaproponować Komisji, aby zmniejszyć ryzyko wywołania antykonkurencyjnych skutków. Wreszcie sformułowanie potencjalnych teorii szkody, które mogą zostać zidentyfikowane w toku postępowania, pozwala na ich zaadresowanie już na etapie sporządzania zgłoszenia przez przedsiębiorcę. Z praktyki decyzyjnej Komisji wynika, że istnieje szereg argumentów, które oddalają (bądź zmniejszają) obawy dotyczące możliwości wywołania antykonkurencyjnych skutków w wyniku dokonania koncentracji.

Po pierwsze, przedsiębiorca może podnieść argument na temat braku zróżnicowania (ang. *variety*) nabywanej bazy danych. Niekiedy do świadczenia określonej usługi lub oferowania określonego produktu potrzebnych jest kilka różnych typów danych, czerpanych z kilku różnych źródeł<sup>442</sup> oraz niosących za sobą innego rodzaju

437 Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers – Background Note, DAF/COMP(2020)2, str. 23.

438 G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstyne, *Platform mergers...*, op. cit., str. 1321.

439 T. Lecuyer, *Digital conglomerates and killer acquisitions – A discussion of the competitive effects of start-up acquisitions by digital platforms*, Concurrences, 2020, No. 1.

440 B.H. de Peyer, *EU Merger Control...*, op. cit., str. 775.

441 Raport *The commercial use...*, op. cit., str. 90.

442 Komisja uznała argument odnoszący się do źródłowej jednorodności bazy danych w sprawie *Microsoft/LinkedIn* (par. 259-261). Narzędzia CRM (dostarczane przez Microsofta oraz jego konkurentów) potrzebowały danych pochodzących bezpośrednio od użytkowników (ang. *in-house customer data*) oraz od stron trzecich (ang. *third party data*). Baza danych LinkedIna zawierała dane pochodzące wyłącznie z drugiego z przedstawionych źródeł.

informacje<sup>443</sup>. Przedsiębiorca może podnieść, że nabywana przez niego baza danych jest – pod względem treściowym oraz źródłowym – jednorodna, co znacznie zmniejsza jej „atrakcyjność” oraz niezbędność jej posiadania dla wydajnego funkcjonowania na rynku.

Po drugie, przedsiębiorca może podnieść, że nie będzie miał on motywacji do połączenia baz danych w fazie pokoncentracyjnej. Motywacja przedsiębiorcy badana jest w rozumieniu opłacalności łączenia danych<sup>444</sup>. Jej brak może być spowodowany np. prowadzoną polityką prywatności lub przyjętym modelem biznesowym, zakładającym niezamieszczanie reklam na platformie<sup>445</sup>. Jeśli platformy zdecydowałyby się na wykorzystanie danych o swoich użytkownikach do oferowania spersonalizowanych reklam, konieczna byłaby zmiana modelu biznesowego<sup>446</sup>, co skutkowałoby odpływem znacznej części użytkowników, ceniących sobie nieintryzywny oraz niekomercyjny charakter używanej aplikacji<sup>447</sup>.

Po trzecie, przedsiębiorca może podnieść, że pomimo chęci połączenia baz danych jest to niemożliwe z uwagi na istniejące bariery prawne albo faktyczne. Bariery prawne mogą wynikać z przepisów prawa prywatnego (np. umów zawartych między platformą a reklamodawcami oraz dostawcami treści<sup>448</sup>) lub z przepisów prawa publicznego (zarówno RODO<sup>449</sup>, Dyrektywa 2002/58/EC<sup>450</sup>, jak i krajowe przepisy dotyczące przetwarzania danych osobowych<sup>451</sup>). Bariery faktyczne mogą wynikać z różnic systemowych, np. odmienna identyfikacja użytkowników obydwu platform<sup>452</sup>. Co ważne, wraz z kolejnymi latami obowiązywania unijnych przepisów dotyczących ochrony danych osobowych ewoluowała także ocena ich skuteczności w praktyce. Początkowo w decyzjach *Verizon/Yahoo*, *Microsoft LinkedIn* oraz *Apple/Shazam*, wydanych tuż przed wejściem w życie RODO<sup>453</sup>, Komisja jasno wskazała, że rozporządzenie stanowi odpowiednie narzędzie do zapobieżenia nielegalnemu łączeniu danych

443 Komisja uznała argument odnoszący się do treściowej jednorodności bazy danych w sprawie *Apple/Shazam* (par. 313-329). Do prawidłowego świadczenia usług rekomendowania użytkownikowi nowych utworów potrzebny jest dostęp do dwóch rodzajów danych: o muzyce, którą użytkownik streamuje (ang. *music consumption data*), oraz o muzyce, którą rozpoznaje za pomocą aplikacji (ang. *music discovery data*). Baza danych Shazama posiadała wyłącznie drugi typ danych.

444 Sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 267.

445 Komisja stwierdziła brak motywacji do połączenia baz danych z uwagi na politykę prywatności platformy przejmowanej w sprawach *Facebook/WhatsApp* (par. 174) oraz *Google/DoubleClick* (par. 263). W pierwszej sprawie połączenie skutkowałoby koniecznością zmiany modelu biznesowego WhatsAppa, opartego na strategii „zero reklam”, zaś w drugiej sprawie – koniecznością porzucenia neutralności usług DoubleClicka.

446 Sprawa *Google/DoubleClick*, par. 263.

447 Sprawa *Facebook/WhatsApp*, par. 174.

448 Komisja stwierdziła barierę wynikającą z ograniczeń kontraktowych w sprawach *Apple/Shazam* (par. 225) oraz *Google/DoubleClick* (par. 258-267).

449 Sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 178; sprawa *Verizon/Yahoo*, par. 90; sprawa *Apple/Shazam*, par. 225-232.

450 Sprawa *Google/Fitbit*, par. 408-409.

451 Sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 177, sprawa *Verizon/Yahoo*, par. 90.

452 Na przykład w sprawie *Facebook/WhatsApp* (par. 185) Facebook podniósł, że platformy używają różnych identyfikatorów użytkowników. W efekcie niemożliwe jest automatyczne dopasowanie konta WhatsApp użytkownika do konta Facebook tego użytkownika. Opisana bariera posłużyła Komisji jako argument potwierdzający brak antykonkurencyjnych skutków koncentracji. Trzy lata po wydaniu decyzji Facebook ogłosił publicznie, że dane platform zostały jednak połączone poprzez dopasowanie użytkowników, co skutkowało nałożeniem na platformę kary w wysokości 122 mln euro za wprowadzenie Komisji w błąd. Zob. decyzja Komisji z 17.05.2017 r. w sprawie M.8228 – *Facebook/WhatsApp*.

453 Tj. 25.05.2018 r.

w ogólności<sup>454</sup>. Z upływem czasu okazało się jednak, że skuteczność tychże przepisów została niejako przeszacowana<sup>455</sup>. W decyzji *Google/Fitbit* z 2020 r. Komisja wprowadziła odwołanie się do przepisów RODO oraz Dyrektywy 2002/58/EC, podkreślając, że przedsiębiorcy są odpowiedzialni za wdrożenie odpowiednich środków, aby zapewnić legalność połączenia danych<sup>456</sup>. Następnie stwierdziła jednak, że – nawet przy założeniu, legalności połączenia danych – ww. przepisy, które mają w założeniu zapobiegać nielegalnemu łączeniu zbiorów danych – w tej konkretnej sprawie nie eliminują antykonkurencyjnego ryzyka związanego z połączeniem tak dużej ilości danych<sup>457</sup>.

Czwartym argumentem, na który może powołać się przedsiębiorca, jest omawiana wyżej sytuacja powszechnej dostępności danych na rynku. Nawet jeśli platforma postanowi dokonać połączenia baz danych, czemu nie przeciwstawia się żadne bariery prawne i faktyczne, Komisja bada istnienie alternatywnych źródeł danych na rynku, do których dostęp mają konkurenci<sup>458</sup>. Przedsiębiorca może podnieść, że jego baza danych nie stanowi unikalnej wiedzy o użytkownikach<sup>459</sup>, bowiem na rynku pozostaje wystarczająca liczba źródeł danych, z których konkurenci mogą czerpać tożsame informacje. Przede wszystkim będą to własne narzędzia do zbierania danych, np. posiadanie własnej wyszukiwarki internetowej<sup>460</sup>. Ponadto alternatywnym źródłem danych mogą być podmioty trzecie, które prowadzą komercyjną sprzedaż baz danych lub nawet świadczą usługi analizy trendów rynkowych<sup>461</sup>. Co ważne, powyższe sposoby na zdobycie alternatywnych źródeł danych mogą sprawić, że zasób danych konkurentów będzie – w ocenie Komisji – większy niż baza danych przedsiębiorcy powstałego w wyniku koncentracji.

#### 4. Zakaz wewnętrznego łączenia danych lub nakaz ich zewnętrznego udostępnienia jako właściwe środki zaradcze?

Jak wynika z wyżej omówionych spraw koncentracyjnych, łączenie danych może wzbudzić obawy powstania antykonkurencyjnych skutków na badanym rynku właściwym. Stąd platforma powinna liczyć się z koniecznością wprowadzenia zmian w dokonywanej koncentracji (tj. środków zaradczych) w celu uzyskania zgody Komisji<sup>462</sup>. Wyróżnia się dwa rodzaje środków zaradczych: strukturalne (m.in. zobowiązanie do zbycia, udzielenie dostępu do ważnych środków materialnych) oraz behawioralne (zobowiązanie dotyczące przyszłego zachowania przedsiębiorcy)<sup>463</sup>.

454 Sprawa *Verizon/Yahoo*, par. 35; sprawa *Microsoft/LinkedIn*, par. 255; sprawa *Apple/Shazam*, par. 226-235.

455 T. Stuart, *Too little too late? An exploration and analysis of the inadequacies of antitrust law when regulating GAFAM data-driven mergers and the potential legal remedies available in the age of Big Data*, *European Competition Journal*, 2021, Vol. 17 (2), str. 426.

456 Sprawa *Google/Fitbit*, par. 410.

457 *Ibidem*, par. 412.

458 Tego rodzaju argument Komisja sformułowała m.in. w sprawach: *Apple/Shazam*, par. 184; *Microsoft/LinkedIn*, par. 180; *Facebook/WhatsApp*, par. 174; *Google/DoubleClick*, par. 263.

459 Sprawa *Apple/Shazam*, par. 175-179; sprawa *Verizon/Yahoo*, par. 93; sprawa *Google/DoubleClick*, par. 268.

460 W sprawie *Google/DoubleClick*, konkurenci – Microsoft oraz Yahoo – posiadali własne wyszukiwarki internetowe, które służyły im za źródło danych.

461 Sprawa *Apple/Shazam*, par. 175.

462 Wsparciem dla przedsiębiorcy w zrozumieniu podejścia Komisji do nakładania na przedsiębiorcę środków zaradczych jest *Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004*, Dz. Urz. UE 2008 Nr C 267/1.

463 Pkt 17 *Zawiadomienia Komisji w sprawie środków zaradczych*.

Tradycyjnie organy antymonopolowe opierały się na środkach strukturalnych, z uwagi na relatywną łatwość w ich zakreślaniu, trwałość czy też możliwość stosunkowo prostego monitorowania<sup>464</sup>. W kontekście rynków cyfrowych środki strukturalne uznawane są przez Komisję jako swoiste *refugium ultimum*<sup>465</sup>. Koncentracje *Google/Fitbit* oraz *Facebook/Kustomer* stanowią jasny sygnał, że Komisja coraz bardziej skłania się ku akceptacji środków behawioralnych w celu zaadresowania jej obaw dotyczących wyłączności w dostępie do danych oraz korzyści płynących z ich analizy<sup>466</sup>. Nadrzędnym celem, jaki powinien przyświecać Komisji przy zatwierdzaniu zaproponowanych przez platformę zobowiązań, jest konieczność wyrównania asymetrii informacyjnej, która może zaistnieć między podmiotem powstałym w wyniku koncentracji a innymi przedsiębiorcami działającym na rynku właściwym<sup>467</sup>. Potencjalnie możliwe do zatwierdzenia są zakaz wewnętrznego łączenia danych w ramach struktury organizacyjnej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji lub też nakaz ich zewnętrznego udostępnienia innym przedsiębiorcom na rynku.

W koncentracji *Google/Fitbit* Komisja zatwierdziła szereg środków behawioralnych. W celu zminimalizowania obaw Komisji dotyczących antykonkurencyjnych skutków horyzontalnych Google zobowiązało się do wewnętrznego oddzielenia danych Fitbita od wszelkich innych danych, gromadzonych przez platformę do celów reklamowych (tzw. *Ads Commitment*)<sup>468</sup>. Opisane zobowiązanie powszechnie określa się mianem „silo danych” (ang. *data silo*)<sup>469</sup>. W celu zminimalizowania obaw Komisji dotyczących skutków wertykalnych Google zobowiązało się do kontynuacji zewnętrznego udostępniania Web API Fitbita, aby umożliwić swoim konkurentom dostęp do tych danych (tzw. *Web API Access Commitment*)<sup>470</sup>. Co ważne, w odniesieniu do danych pochodzących z Web API Google zobowiązało się do udostępnienia nie tylko obecnej bazy, ale także wszelkich danych, które mogą zostać dołączone do niej w przyszłości<sup>471</sup>. W środowisku antymonopolowym pojawiły się odmienne oceny zastosowanych przez Komisję środków zaradczych. Niektórzy określali podejście Komisji jako innowacyjne<sup>472</sup>, inni krytykowali je za niewystarczające<sup>473</sup>. Podobne środki zaradcze zostały zatwierdzone przez Komisję w koncentracji *Facebook/Kustomer*<sup>474</sup>.

Co więcej, nie brakuje jednak osób krytykujących Komisję za zbyt mocny skręt w kierunku warunków behawioralnych. Duży poziom sceptycyzmu wyraził w tej materii A. Coscelli, dyrektor naczelny CMA: *we're quite sceptical about this type of complex, long-running behavioural undertakings that require quite a lot of monitoring, and we have rejected similar undertakings in cases over the years in the UK*<sup>475</sup>. Wyrażone stanowisko znajduje odzwierciedlenie w podejściu CMA do zatwierdzenia

464 *Ibidem*, pkt 15.

465 M. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and Competition law...*, op. cit., str. 1202.

466 A. Aniko, S. Halls, A. Ryan, *Changing digital advertising landscape...*, op. cit., str. 214.

467 J. Kramer, D. Schnurr, *Big Data and Digital Markets contestability: theory of harm and data access remedies*, Journal of Competition Law & Economics, 2022, Vol. 18 (2), str. 21.

468 Sprawa *Google/Fitbit*, par. 964-973.

469 Broszura Komisji Europejskiej, *Competition merger brief*, 1/2021, str. 7.

470 Sprawa *Google/Fitbit*, par. 974-984.

471 *Ibidem*, par. 975.

472 A. Aniko, S. Halls, A. Ryan, *Changing digital advertising landscape...*, op. cit., str. 214.

473 J. Modrall, *Google/Fitbit – The EU Commission Misses a Step*, Kluwer Competition Law Blog, 2021. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/06/17/google-fitbit-the-eu-commission-misses-a-step/>.

474 Komunikat prasowy Komisji z dnia 27.01.2022 r.

475 *Google-Fitbit's EU behavioral remedies would likely have failed in UK, CMA chief says*, MLex, 2021.

środków zaradczych w koncentracji *Facebook/Giphy*<sup>476</sup>. W 2021 r. organ odrzucił zaproponowany przez Facebooka środek behawioralny na wzór „data silo” (tj. zobowiązanie Facebooka do nieużywania danych Giphy w celach reklamowych na swojej platformie)<sup>477</sup>, zatwierdzając zmianę strukturalną w transakcji, polegającą na sprzedaży Giphy<sup>478</sup>.

Prawdą jest, że monitorowanie realizacji środków behawioralnych na gruncie rynków cyfrowych może się okazać w niektórych przypadkach nieskuteczne. Pomijając fakt, że ściśle oraz trafne zakreślenie środka behawioralnego przez organ wydaje się trudne, to dodatkowo platforma może wykorzystać niejasność treści zobowiązania do jego obejścia<sup>479</sup>. Również mniejsza orientacja organu w zakresie używanych przez platformę technologii osłabia ich precyzję<sup>480</sup>. Za przykład może posłużyć badana w 2014 r. koncentracja *Facebook/WhatsApp*, w której toku Facebook wielokrotnie informował Komisję, że nie ma technicznej możliwości połączenia danych o swoich użytkownikach z użytkownikami WhatsAppa<sup>481</sup>. Jednakże trzy lata później platforma ogłosiła publicznie połączenie profili, a wszczęte postępowanie wykazało, że przedsiębiorca posiadał wiedzę o możliwości ich połączenia już w 2014 roku<sup>482</sup>.

Z drugiej strony nałożenie środka strukturalnego w postaci np. sprzedaży nabywanej bazy danych może znacznie zahamować wzrost wydajności platformy, generowanej dzięki korzyściom skali i zakresu, efektom sieciowym, innowacyjności, a przede wszystkim dzięki algorytmom napędzanym znacznym wolumenem danych (wpływ analizy danych na wydajność przedsiębiorcy został przedstawiony w rozdziale II)<sup>483</sup>. Wszakże z przepływu danych między świadczonymi usługami poczty elektronicznej, kalendarza elektronicznego oraz map cyfrowych płyną dla nas, konsumentów, zasadnicze korzyści<sup>484</sup>.

## 5. Wpływ DMA na kontrolę koncentracji na rynkach cyfrowych

Pomimo – jak wskazałam wyżej – pokaźnego doświadczenia Komisji w badaniu koncentracji na rynkach cyfrowych (także tych z elementem łączenia danych), pojawia się szeroka krytyka skuteczności tejsze kontroli<sup>485</sup>. Przyczyn upatruje się w nieprzystających do dynamiki rynków cyfrowych teoriach szkody oraz niewłaściwych pro-

---

476 Decyzja CMA z 5.05.2021 r. w sprawie ME/6891-20 *Facebook/Giphy*.

477 Raport *Case ME/6891-20 Completed acquisition by Facebook, Inc. of GIPHY, Inc.*, Final Report, 2021, par. 11.239-11.295

478 *Ibidem*, par. 11.327.

479 J. Kwoka, T. Valletti, *Unscrambling the eggs: breaking up consummate mergers and dominant firms*, Industrial and Corporate Change, 2021, Vol. 30, str. 1289.

480 J. Kramer, D. Schnurr, *Big Data...*, *op. cit.*, str. 22.

481 Zob. przypis 452.

482 *Ibidem*.

483 M. Bourreau, A. Perrot, *Digital platforms...*, *op. cit.*, str. 8.

484 J. Kramer, D. Schnurr, *Big Data...*, *op. cit.*, str. 22.

485 G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstyne, *Platform mergers...*, *op. cit.*, str. 1318.

gach zgłoszeniowych, powodujących niewychwytywanie, tzw. *killer acquisitions*<sup>486</sup>. Oczywiście narzędziem „wyłapującym” wątpliwe z punktu widzenia konkurencji transakcje był mechanizm z art. 22 EUMR, umożliwiający przekazanie koncentracji do Komisji przez krajowy organ ochrony konkurencji<sup>487</sup>. Co więcej, w 2021 r. Komisja zmieniła podejście do interpretacji ww. artykułu i zapowiedziała swoją otwartość na przyjmowanie koncentracji odsyłanych przez krajowe organy<sup>488</sup>.

Jednakże wydaje się, że stworzenie regulacji skierowanej bezpośrednio do podmiotów z kręgu MAAMA (a DMA taką jest<sup>489</sup>) zapewni lepszą kontrolę zjawiska nabywania małych start-upów przez gigantów cyfrowych. Wprawdzie przepisy DMA nie regulują bezpośrednio reżimu kontroli koncentracji (np. poprzez zmianę progów zgłoszeniowych), jednakże mają olbrzymi pośredni wpływ na obowiązki notyfikacyjne platform. Na mocy DMA strażnik dostępu, desygnowany przez Komisję, będzie zobligowany do zgłoszenia każdej koncentracji z udziałem innego, dowolnego dostawcy podstawowych usług platformowych lub jakichkolwiek innych usług świadczonych w sektorze cyfrowym<sup>490</sup>. Obowiązek ten powstaje niezależnie od konieczności zgłoszenia transakcji do krajowego organu ochrony konkurencji lub do podmiotu odpowiedzialnego za egzekwowanie reguł dotyczących kontroli inwestycji zagranicznych (ang. *foreign direct investment*)<sup>491</sup>. Uzyskując wiedzę o transakcji, Komisja przekazuje te informacje do krajowych organów ochrony konkurencji, które następnie mogą – na mocy art. 22 EUMR – wnioskować o zbadanie jej przez Komisję<sup>492</sup>. Biorąc pod uwagę nowe podejście do interpretacji ww. artykułu oraz falę krytyki, która spadła na organ po przejęciu WhatsAppa i Instagrama przez Facebooka w 2014 r. oraz LinkedIna przez Microsofta w 2016 r.<sup>493</sup>, prawdopodobna wydaje się zwiększona aktywność Komisji w zakresie kontroli działań koncentracyjnych gigantów cyfrowych.

486 Na gruncie rynków cyfrowych terminem *killer acquisitions* określa się koncentracje, w których platforma przejmując – za stosunkowo dużą cenę – mały, lecz prosperujący start-up, który rozwinął innowacyjną usługę (bądź udoskonalił obecną). Jako że obecnie przedsiębiorcy zaczynają konkurować nie ceną produktu, lecz jego innowacyjnością, to omawiane przejęcia są *stricte* antykonkurencyjne. Platformie zależy na przerwaniu rozwoju start-upu, aby zniwelować ryzyko wyłonienia się substytucyjnego produktu/usługi o wyższym stopniu innowacyjności. Mimo to omawiane koncentracje nie są zazwyczaj zgłaszane przez organy z uwagi na niskie obroty start-upu, niesięgające progów zgłoszeniowych. Problem, tzw. *Killer acquisitions*, jest rozwiązywany przez organy ochrony konkurencji w dwojaki sposób: poprzez uzupełnienie progów zgłoszeniowych o dodatkowe kryterium dotyczące wartości transakcji (Niemcy, Austria) albo poprzez stworzenie listy podmiotów, na które nałożono obowiązek notyfikacji każdej dokonywanej koncentracji na określonym rynku (DMA, Wielka Brytania, Norwegia, Francja, Włochy, Holandia, Australia, USA). Więcej na ten temat w: raport OECD *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, 2020.

487 Na przykład za pomocą mechanizmu opisanego w art. 22 EUMR Komisja miała możliwość zbadania koncentracji *Facebook/WhatsApp*, wskazywanej jako książkowy przykład koncentracji typu *killer acquisition*.

488 Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw, Dz.Urz. UE 2021 Nr C 113/1.

489 W toku prac legislacyjnych nad DMA wskazywano bezpośrednio z nazwy podmioty, które miałyby być objęte tworzoną regulacją.

490 Art. 14 DMA, ust. 1.

491 *Ibidem*.

492 Art. 14 DMA, ust. 4-5.

493 Wymienione przejęcia podaje się jako książkowy przykład koncentracji typu *killer acquisitions*. Ich wartość wyniosła odpowiednio 19 oraz 26 miliardów dolarów. Nieprzypadkowo transakcje te stały się najdroższymi przejęciami dokonanymi w historii istnienia podmiotów z kręgu MAAMA. Zob. G. Parker, G. Petropoulos, M.V. Alstyne, *Platform mergers...*, *op. cit.*, str. 1314-1315 oraz P. Larouche, A. de Streel, *The European Digital...*, *op. cit.*, str. 550.

# Rozdział IV.

## Dostęp do danych w świetle zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 102 TFUE

### 1. Nadużywanie pozycji dominującej przez platformę na rynkach cyfrowych

Panuje powszechny konsensus co do tego, że rynki cyfrowe stanowią wyzwanie dla regulacji przewidzianej w art. 102 TFUE<sup>494</sup>. Abstrahując od dyskusji na temat niskiej skuteczności podejścia *ex post* w badaniu antykonkurencyjnych praktyk platform-dominantów<sup>495</sup>, debatuje się również o właściwości stosowania tradycyjnych narzędzi oraz adekwatności teorii szkody, ukutych w dotychczasowej praktyce decyzyjnej Komisji.

W odniesieniu do standardowych narzędzi antymonopolowych (służących np. określeniu rynku właściwego oraz siły rynkowej przedsiębiorcy), używanych na tradycyjnych rynkach, uznaje się, że nie uwzględniają one w wystarczającym stopniu specyfiki rynków cyfrowych<sup>496</sup>. Na przykład kwestionuje się adekwatność testu SSNIP (ang. *small but significant non-transitory increase in price*), skupia się bowiem on na porównaniu cen na rynku darmowych usług<sup>497</sup>. Platformy konkurują innowacyjnością oraz jakością swoich usług (a nie ich ceną), stąd pomysł na zamianę SSNIP na SSNIC (ang. *increase in costs*) albo SSNDQ (ang. *decrease in quality*)<sup>498</sup>.

W odniesieniu do dotychczasowo sformułowanych teorii szkody wskazuje się na ich nieprzystawanie do dzisiejszych modeli biznesowych cyfrowych gigantów, które „wymykają” się spod istniejących regulacji prawnych<sup>499</sup>. Zanim jednak omówię tę kwestię, wpierw przedstawię ramy prawne zakazu nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę w prawie konkurencji.

#### 1.1. Ogólne założenia art. 102 TFUE

Pojęcie dominacji zostało zdefiniowane w prawie wspólnotowym jako pozycja ekonomiczna przedsiębiorstwa, która umożliwia mu utrudnianie skutecznej konkurencji na rynku właściwym poprzez możliwość przejawiania zachowań w znacznym stopniu niezależnych od innych konkurentów, klientów, a w końcu także od konsumentów<sup>500</sup>.

494 Raport OECD *Abuse of dominance in digital markets*, 2022, str. 3.

495 Więcej na ten temat w rozdziale I.

496 J. Frederic, *Competition law enforcement and regulation for digital ecosystems: understanding the issues, facing the challenges and moving forward*, *Concurrences*, 2021, No. 3, str. 51.

497 Tak stwierdziła Komisja w sprawach *Google Shopping* (pkt 245) oraz *Google Android* (pkt 267).

498 Dokument roboczy służb Komisji, *Ocena Obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji*, Dz.Urz. WE 1997 C 372/5, 2021, str. 38.

499 A. Szmigielski, *Nowe formy...*, *op. cit.*, str. 27.

500 Sprawa 27/76 *United Brands*, pkt 65; sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co.*, pkt 38.

Na mocy art. 102 TFUE przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą ma zakaz jej nadużywania na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części w zakresie, w jakim może wpływać na handel między państwami członkowskimi<sup>501</sup>. Istnieją dwie kategorie praktyk stanowiących nadużywanie pozycji dominującej: eksploatujące oraz wykluczające<sup>502</sup>.

Oczywiście samo posiadanie pozycji dominującej nie jest zakazane<sup>503</sup>. Naturalne jest bowiem dążenie przedsiębiorców do ugruntowania swojej pozycji na rynku<sup>504</sup>. Zakazane jest dopiero jej nadużywanie, którego skutkiem nie musi być jednak wyeliminowaniu wszelkiej konkurencji na rynku<sup>505</sup>. Dla reguł prawa antymonopolowego istotny jest fakt, że konkurencja nie ma znaczącego wpływu na zachowanie dominanta. Aby mówić o praktyce antymonopolowej, pozycja, którą zajmuje przedsiębiorca na rynku, musi umożliwiać mu określanie lub przynajmniej wpływanie na warunki, w jakich konkurencja się rozwija<sup>506</sup>.

Z uwagi na zdolność dominanta do obrania strategii szkodzącej konsumentom spoczywają na nim – w teorii – dodatkowe obowiązki<sup>507</sup>. Przede wszystkim ponosi on szczególną odpowiedzialność, aby swoim zachowaniem nie zakłócać konkurencji na wspólnym rynku<sup>508</sup>. Wprawdzie art. 102 TFUE wymienia katalog praktyk, które prowadzą do jej zakłócenia, jednakże ma on charakter otwarty<sup>509</sup>. W orzecznictwie wyraźnie wskazuje się, że ww. artykuł obejmuje wszelkie zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które mogą utrudniać utrzymanie lub wzrost poziomu konkurencji na rynku (nie tylko te w nim wskazane)<sup>510</sup>.

Powyższe stanowi zaledwie niewielki zarys tematyki zakazu z art. 102 TFUE, jednakże – z uwagi na chęć klarownego przedstawienia omawianego problemu – jest ono konieczne.

## 1.2. Stosowanie art. 102 TFUE na gruncie rynków cyfrowych

Jak wskazywałam w rozdziale I, miano najbardziej „monopologennych” rynków na świecie można przypisać rynkom cyfrowym. Internet ma tendencję do tworzenia naturalnych monopolu ze względu na zachodzące na nim zjawiska ekonomiczne (przedstawione w rozdziale II). Otwartość i niejasność katalogu praktyk stanowiących nadużycie pozycji dominującej, połączone z wyzwaniem, jakie stawiają prawu konkurencji rynki cyfrowe, stwarzają organom coraz więcej okazji do „twórczej” oceny

501 Art. 102 TFUE stanowi: *Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.*

502 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 209.

503 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 217.

504 C. Banasiński et al., *Polskie Prawo...*opt. cit., str. 110.

505 Sprawa 27/76 *United Brands Company*, pkt 113.

506 Sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co.*, pkt 39. W tym miejscu warto przytoczyć używane na gruncie rynków cyfrowych określenia „platformowy regulator” oraz „platformowy reżyser”, odnoszące się do samokształtowania warunków konkurencji na rynku właściwym przez platformy. Więcej na ten temat w rozdziale I.

507 Raport OECD *Abuse of dominance in digital markets*, str. 13.

508 Wyrok Trybunału z 9.11.1983 r. w sprawie 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji* (Michelin I), ECLI: ECLI:EU:C:1983:313, pkt 57.

509 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, op. cit., str. 198.

510 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 6.10.1994 r. w sprawie T-83/91 *Tetra Pak International SA przeciwko Komisji*, ECLI: ECLI:EU:T:1994:246, pkt 114-115.

zachowań platform w świetle art. 102 TFUE<sup>511</sup>. Najlepszym przykładem na to jest odmienny wynik prowadzonych przez FTC oraz Komisję postępowań w sprawie *Google Shopping*. Podczas gdy Komisja uznała praktykę platformy za nową formę nadużywania pozycji dominującej (tj. bezprawne faworyzowanie własnej porównywarki cenowej)<sup>512</sup>, FTC doszedł do zupełnie innej konkluzji, twierdząc, że działanie Google było w rzeczywistości prokonkurencyjne, służyło bowiem poprawie jakości świadczonych usług<sup>513</sup>.

Elastyczność antymonopolowej oceny zachowania platformy nie może odbywać się kosztem zasady pewności prawa oraz określoności czynów zabronionych<sup>514</sup>. Dodatkowo przyjęcie nowej teorii szkody może przynieść konsumentom skutek odwrotny do zamierzonego, zważywszy na obawę wystąpienia tzw. fałszywych pozytywów<sup>515</sup> bądź fałszywych negatywów<sup>516</sup>. Rynki cyfrowe dostarczają spraw o wysokim stopniu skomplikowania oraz techniczności, stąd odróżnienie agresywnej konkurencji od antykonkurencyjnego zachowania może być trudne<sup>517</sup>. W 2019 r. Condorelli i Padilla zaproponowali trafny sposób postępowania organu w razie zaistnienia obaw wywołania przez zaproponowaną teorię szkody fałszywych pozytywów bądź negatywów<sup>518</sup>. Jeśli ryzyko błędnego uznania praktyki za antykonkurencyjną (fałszywe pozytywy) jest niskie, zachowanie powinno być zakazane *per se*, zaś jeśli jest ono ekstremalnie wysokie – zachowanie dozwolone w każdych okolicznościach<sup>519</sup>. W przypadkach granicznych należy zestawić ryzyko szkody dobrobytu konsumenta z potencjalnymi korzyściami płynącymi z badanego zachowania dominanta. Jeśli ryzyko szkody konsumenta przeważa, domniemywa się antykonkurencyjności zachowania, przy możliwości jego obalenia przez platformę w przypadku przedstawienia prokonkurencyjnych korzyści. *A contrario*, jeśli płynące korzyści z zachowania przeważają nad ryzykiem powstania szkody konsumenta, domniemywa się jego legalności z zastrzeżeniem możliwości wykazania przez organ szkody<sup>520</sup>.

W świetle powyższego, chcąc zbalansować ryzyka związane z nieprawidłowym „ubraniem” zachowania platformy w ramy nowej teorii szkody, organ powinien zachować szczególną rozagę już w procesie selekcji spraw do podjęcia<sup>521</sup>. Inaczej publiczno-prawna ingerencja nie tylko nie będzie prowadzić do ochrony konkurencji, ale sama będzie stanowić jej ograniczenie<sup>522</sup>.

511 A. Szmigielski, *Nowe formy...*, op. cit., str. 27.

512 Wyrok Sądu z 10.11.2021 r. w sprawie T-612/17 *Google LLC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI: EC-LI:EU:T:2021:763, par. 626-629.

513 Oświadczenie FTC z 3.01.2013 r. w sprawie praktyk wyszukiwania Google, s. 3. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/statement-commission-regarding-google-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-google-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf).

514 A. Szmigielski, *Nowe formy...*, op. cit., str. 28.

515 Czyli stwierdzenia przez organ, że zachowanie zaszkodziło konkurencji na rynku, podczas gdy nie miało to miejsca.

516 Czyli stwierdzenia przez organ, że zachowanie było zgodne z regułami prawa antymonopolowego, podczas gdy zaszkodziło ono konkurencji.

517 Wypowiedź Y. Guthman podczas trzeciej konferencji *Concurrences Digital Antitrust: How to Regulate?* w dniu 17.03.2022 r.

518 D. Condorelli, J. Padilla, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World*, 2014, str. 36-38.

519 *Ibidem*, str. 37.

520 *Ibidem*, str. 38.

521 Raport OECD *Abuse of dominance...*, op. cit., str. 3.

522 K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, Europejski Przegląd Sądowy, 2014, Vol. 10, str. 37-38.

## 2. Przegląd postępowań w sprawie nadużywania pozycji dominującej z elementem wykorzystywania danych przez platformę

Podobnie jak posiadanie statusu dominanta nie jest zakazane, tak gromadzenie oraz kontrola znacznej ilości danych w ręku jednego przedsiębiorcy nie stanowią nadużycia posiadanej siły rynkowej<sup>523</sup>. Dane nie są z natury rzeczy ani dobre, ani złe. Dopiero sposób ich eksploatacji pozwala nam ocenić, czy strategia biznesowa platformy jest zgodna z naszym interesem jako konsumentów<sup>524</sup>. Jednakże z punktu widzenia konstrukcji art. 102 TFUE działania dominanta wydają się – już na samym starcie – niejako „skazane” na bycie antykonkurencyjnymi, głównie z uwagi na ich zakres oraz skalę. To, co w przypadku rozwijającego się start-upu byłoby zjawiskiem pozytywnie wpływającym na konkurencję na rynku, w przypadku dominanta może stanowić jej zakłócenie.

Antykonkurencyjne obawy pojawiają się w momencie, w którym platforma-dominant zaczyna (świadomie lub nie) wykorzystywać zgromadzone dane w niewłaściwy sposób, chociażby w celu podnoszenia barier wejścia oraz ekspansji na rynku, co zabezpiecza jej pozycję jako dominanta<sup>525</sup>. Niewłaściwy sposób wykorzystywania danych łączy się zawsze z jednoczesnym limitowaniem dostępu do nich innym przedsiębiorcom na rynku.

Tabela nr 3 przedstawia wybrane postępowania prowadzone przez Komisję bądź krajowe organy ochrony konkurencji w sprawie nadużycia pozycji dominującej z elementem gromadzenia oraz wykorzystywania danych przez platformę. Temat niniejszej pracy magisterskiej implikuje konieczność omówienia poniższych spraw pod kątem antykonkurencyjnych skutków, jakie mogą pojawić się w wyniku skumulowania dużej ilości danych w obrębie jednej platformy.

Porównując poziom doświadczenia Komisji w prowadzeniu postępowań w sprawie kontroli koncentracji oraz w sprawie zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynkach cyfrowych, można zauważyć, że przeważa zdecydowanie pierwsze<sup>526</sup>. Stąd w niniejszym rozdziale będę posilkować się sprawami prowadzonymi przez europejskie organy ochrony konkurencji.

523 Raport OECD, *Big Data: Bringing...*, op. cit., str. 20.

524 A. Ezrachi. *Virtual Competition...*, op. cit., str. 27.

525 Raport OECD, *Big Data: Bringing...*, op. cit., str. 20.

526 J. Modrall, *Big Data...*, op. cit., str. 569.

Tabela 3. Postępowania Komisji oraz europejskich organów ochrony konkurencji w sprawach z zakresu art. 102 TFUE, w których wystąpił element gromadzenia oraz wykorzystywania danych przez platformę internetową

| Sprawa                                 | Organ prowadzący postępowanie | Zidentyfikowany problem związany z łączeniem danych                                                                                                     |
|----------------------------------------|-------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Facebook leveraging</i> (w toku)    | Komisja                       | Wykorzystywanie danych o reklamodawcach przez platformę, prowadzące do ich wykluczenia z rynku                                                          |
| <i>Facebook</i> (w toku)               | CMA                           |                                                                                                                                                         |
| <i>Amazon Marketplace</i> (w toku)     | Komisja                       | Wykorzystywanie danych o niezależnych sprzedających przez platformę, prowadzące do ich wykluczenia z rynku                                              |
| <i>Allegro</i> (w toku)                | UOKiK                         |                                                                                                                                                         |
| <i>Google AdTech</i> (w toku)          | Komisja                       | Ograniczanie reklamodawcom oraz dostawcom treści (użytkownikom biznesowym) dostępu do danych o użytkownikach końcowych                                  |
| <i>Google Privacy Sandbox</i> (w toku) | CMA                           |                                                                                                                                                         |
| <i>Facebook</i> (2016)                 | Bundeskartellamt              | Wykorzystywanie danych o użytkownikach przez platformę, z naruszeniem przepisów ochrony danych osobowych, prowadzące do wykluczenia konkurentów z rynku |

Niezależnie od organu prowadzącego postępowanie oraz podmiotu, przeciwko któremu zostało ono skierowane, w zebranych wyżej sprawach stan faktyczny – w zakresie omawianym w niniejszej pracy – jest podobny. Platforma czerpie olbrzymie ilości danych o użytkownikach (biznesowych lub końcowych) z określonego źródła (generującego codziennie nowy wolumen danych), które następnie zostają wcielone do (istniejącej już) własnej bazy danych. Oczywiście dostęp do niej posiada wyłącznie platforma-dominant, a co za tym idzie – korzyści płynące z analizy danych – czerpie wyłącznie on. Może to skutkować limitowaniem konkurentom dostępu do informacji na rynku oraz sprzeciwem dominanta wobec prowadzenia prokonkurencyjnej polityki, jeśli zagrozi ona uzyskanej przez niego przewadze na rynku<sup>527</sup>. Powstaje wtedy pytanie, czy zachowanie platformy-dominanta, polegające na uzyskaniu wyłącznego dostępu do danych, może spowodować, że pozostali gracze na rynku nie będą w stanie konkurować z nim *pari passu*, zaistnieje bowiem między nimi asymetria w ilości posiadanej wiedzy. Postawione pytanie dotyczy nie tylko kwestii ilościowych (braku dostępu do danych), ale także jakościowych (braku dostępu do odpowiednich narzędzi służących ich przetworzeniu).

527 Opinia A. Ezrachi oraz M. Stucke; Komunikat Komisji, *Europejska strategia...*, op. cit., str. 8-9.

### 3. Teorie szkody związane z ograniczaniem konkurentom dostępu do danych na rynkach cyfrowych

Gromadzenie danych, ich przetwarzanie oraz niewłaściwe wykorzystywanie, z jednoczesnym limitowaniem dostępu do nich swoim konkurentom wpasowuje się zarówno w dotychczasowo przyjęte teorie szkody, jak i daje możliwość ich nowego sformułowania. Spośród siedmiu spraw omawianych w niniejszym rozdziale aż sześć nie zostało jeszcze zakończonych. Niemożliwe jest zatem przedstawienie, jakie teorie szkody zostały w nich przyjęte. Stąd w porównaniu do rozdziału III, w którym przyjęłam podejście problemowe (tj. wskazanie przyjętych przez organ teorii szkody), w niniejszym rozdziale przechodzę przez kolejne praktyki platform, będące obecnie pod lupą organu, wskazując na ich potencjalną kwalifikację. Źródłem wiedzy o toczących się postępowaniach są komunikaty prasowe organów je prowadzących oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny.

#### 3.1. Sprawa B6-22/16 Facebook (Bundeskartellamt)<sup>528</sup>

Sprawą, od której należy zacząć analizę poruszanego problemu kumulacji danych w ręku jednego przedsiębiorcy, jest postępowanie prowadzone przez Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi<sup>529</sup>. W 2019 r. niemiecki organ stwierdził nadużycie pozycji dominującej przez platformę, polegające na gromadzeniu, łączeniu oraz przetwarzaniu danych o użytkownikach (bez ich wiedzy i zgody) na szkodę jej konkurentów funkcjonujących na rynku serwisów społecznościowych<sup>530</sup>.

Sam Bundeskartellamt ma znaczne doświadczenie w prowadzeniu spraw na rynkach cyfrowych, bowiem prawie 40% interwencji dokonanych przez europejskie organy ochrony konkurencji w latach 2010-2021 na tych rynkach zostało przeprowadzonych właśnie przez niemiecki organ<sup>531</sup>. Jednakże sprawa *Facebooka* odbiła się szerokim echem na kontynencie europejskim z uwagi na kontrowersyjne powiązanie naruszenia norm prawa ochrony danych osobowych z normami prawa antymonopolowego<sup>532</sup>.

W ocenie Bundeskartellamt antykonkurencyjne zachowanie Facebooka polegało na gromadzeniu danych o użytkownikach nie tylko ze źródeł wewnętrznych (tj. serwisu społecznościowego Facebook oraz platform będących jego własnością – WhatsApp, Instagram), ale także źródeł zewnętrznych (tj. platform i aplikacji podmiotów

528 Niniejsza praca magisterska opiera się na analizie przepisów unijnych. Omawiana decyzja została wydana na podstawie przepisów niemieckiego prawa konkurencji. Jednakże, jak wynika z wypowiedzi A. Mundta, Prezesa Bundeskartellamt, przeprowadzenie analogicznego postępowania na podstawie przepisów unijnych byłoby możliwe. Zob. *Facebook's antitrust order in Germany 'easily' replicated in EU law*, Mundt says, MLEx, 2019. Ponadto, jak wynika z FAQ, zamieszczonych w komunikacie prasowym Bundeskartellamt z 7.02.2019 roku, w toku postępowania organ ściśle współpracował z Komisją Europejską oraz innymi krajowymi organami ochrony konkurencji z uwagi na „transgraniczny wymiar sprawy”.

529 Decyzja Bundeskartellamt z dnia 7.02.2019 r. w sprawie B6-22/16 Facebook.

530 Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 7.02.2019 r. Dostęp nadzień 26.02.2022 r.: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).

531 Zob. C. Carugati, *The role of national...*, op. cit., str. 3.

532 Omawiana sprawa jest niejednokrotnie zestawiana ze sprawą o numerze PS11112, w której AGCM nałożył sankcje na Facebooka za zachowanie podobne do badanego przez Bundeskartellamt, jednakże wskazując za podstawę prawo konsumenckie, a nie antymonopolowe. Zob. komunikat prasowy AGCM z dnia 7.12.2018 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers%E2%80%99-data-for-commercial-purposes>.

trzecich). Po uzyskaniu dostępu do danej ze źródła zewnętrznego włączano ją do wewnętrznej bazy danych platformy. Dana ta była przypisywana do konkretnego profilu użytkownika, którego dotyczyła. W efekcie na jego profil składały się dane pobrane nie tylko z platform będących własnością Facebooka, ale także z platform i aplikacji podmiotów trzecich. Mając większą ilość informacji o użytkowniku, dominant wykorzystywał je do optymalizacji własnej usługi oraz przywiązywania większej liczby użytkowników do swojego serwisu, podczas gdy jego konkurenci nie mieli możliwości wykorzystywania danych w analogiczny sposób<sup>533</sup>.

W omawianej sprawie Bundeskartellamt przyjął teorię szkody polegającą na narzucaniu eksploatacyjnych postanowień, niezgodnych z regułami ochrony danych osobowych na użytkowników końcowych<sup>534</sup>. Przy czym w swojej decyzji organ oddzielił jasną linią zbieranie danych o użytkownikach w obrębie własnej platformy, od tych zbieranych na stronach podmiotów trzecich (tj. ze źródła zewnętrznego)<sup>535</sup>. Poprzez naruszenie reguł ochrony danych osobowych platforma była w stanie zebrać większą ilość informacji, które następnie użyła do poprawy jakości swoich usług<sup>536</sup>. Opisane działanie mogło spowodować wykluczenie konkurencyjnych serwisów społecznościowych z rynku. Facebook wydobywał prywatne informacje o użytkownikach (niedostępne dla konkurentów) oraz wykorzystywał je do wykluczenia rywali lub podniesienia barier wejścia i ekspansji na rynku<sup>537</sup>. Wszystko za sprawą dostępu do kilku źródeł danych, które pomogły platformie utrwalić swoją pozycję na rynku<sup>538</sup>.

### 3.2. Sprawa *AT.40462 Amazon Marketplace* (Komisja) oraz sprawa *Allegro* (UOKiK)

W trakcie przesłuchania przez sądową podkomisję antymonopolową w Izbie Reprezentantów<sup>539</sup> w 2020 roku<sup>540</sup> na pytanie: *Does Amazon have access and use third-party seller data when making business decisions?*, J. Bezos odpowiedział: *I cannot answer that question yes or no. What I can tell you is we have a policy against using seller-specific data to aid our private label business but I can't guarantee you that that policy has never been violated*. Przytoczony cytat oddaje sedno kolejnego z omawianych postępowań, wszczętego przeciwko platformie Amazon w 2019 roku przez Komisję<sup>541</sup>.

533 Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, str. 5. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook\\_FAQs.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6).

534 M. Botta, K. Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, The Antitrust Bulletin, 2019, Vol. 64 (3), str. 438.

535 M. Botta, K. Wiedemann, *Exploitative Conducts...*, op. cit., str. 469.

536 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 298.

537 Raport *Big Data: Bringing...*, op. cit., str. 21, pkt. 70.

538 J. Hoffman, O.V. Duque, *Can data exploitation be properly addressed by competition law? A note of caution*, Concurrences, 2021, No. 1, str. 80.

539 Tłumaczenie z j. angielskiego: US House Judiciary Antitrust Subcommittee.

540 Przesłuchanie stanowi część prowadzonego w 2020 r. dochodzenia w sprawie konkurencji i dominacji platform internetowych. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://judiciary.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=3113>.

541 Komunikat prasowy Komisji z dnia 17.07.2019 r.. Dostęp na dzień 26.02.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291).

Jak wskazywałam w rozdziale I, dwustronność rynków cyfrowych sprawia, że w obrębie platformowego ekosystemu Amazon działa niejako w podwójnej roli<sup>542</sup>. Po pierwsze, niezależni sprzedawcy są jego klientami (użytkownikami biznesowymi), korzystającymi z pośrednictwa Amazona w interakcjach między nimi a konsumentami (użytkownikami końcowymi). Po drugie, ci sami sprzedawcy są – na poziomie prowadzenia przez Amazon własnej sprzedaży produktów na platformie – jego konkurentami.

W ocenie Komisji antykonkurencyjne zachowanie platformy polega na wykorzystywaniu danych o niezależnych sprzedawcach (będących jej konkurentami) do celów własnych. W rzeczywistości Amazon gromadzi dane o ich aktywności w przestrzeni Amazon Marketplace. Pracownicy zajmujący się sprzedażą własną platformy mają bezpośredni dostęp do danych o niezależnych sprzedawcach, dotyczących: ilości zamówionych i wysłanych produktów, generowanych obrotów, danych związanych z wynikami sprzedawców w przeszłości czy też roszczenia kupujących dotyczących produktów<sup>543</sup>. Następnie są one przetwarzane, a wyekstrahowana informacja zostaje wykorzystana na potrzeby prowadzenia sprzedaży własnej przez Amazon, w toku której działa on jako bezpośredni konkurent niezależnego sprzedawcy. Wykorzystanie na własne potrzeby może oznaczać np. dostosowanie oferty własnej platformy, tak aby trafniej wpasowywać się w preferencje konsumentów<sup>544</sup>. Dodatkowe badania empiryczne ujawniły, że analiza danych pozwala Amazonowi podejmować decyzje biznesowe dotyczące przyszłej integracji wertykalnej (tj. które najlepiej sprzedające się produkty powinien on zacząć oferować)<sup>545</sup>. Obserwując wyniki niezależnych sprzedawców, platforma „wychwytuje” bestsellery, wprowadzając je od razu do oferty własnej. Oczywiście gromadzone dane o niezależnych sprzedawcach nie są im udostępniane, przez co nie mogą oni czerpać korzyści tożsamyh do tych płynących z analizy danych zebranych przez Amazona. Konkurencja w przestrzeni platformy odbywa się na zasadach ustalonych przez samą platformę.

W listopadzie 2020 r. Komisja wydała szczegółowe uzasadnienie zarzutów<sup>546</sup>. W komunikacie prasowym wskazała na możliwość zakwalifikowania zachowania Amazona jako praktyki wykorzystywania swojej dominacji w celu „uniknięcia normalnego ryzyka związanego z konkurencją na rynku”. Ryzyko to ponoszą jednak niezależni sprzedawcy, nie posiadając bowiem wiedzy na temat historycznej sprzedawalności i atrakcyjności oferowanych przez nich produktów, zostają wykluczeni z rynku<sup>547</sup>. Sprawa staje się jeszcze bardziej problematyczna, jeśli zwrócimy uwagę na przywiązanie niezależnych sprzedawców do platformy (w szczególności MŚP). Wskazuje się, że Amazon stał się ich nieuniknionym partnerem w biznesie, opuszczenie platformy zagroziłoby bowiem ich biznesowi<sup>548</sup>.

542 V.M.K. Reverdin, *Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU*, JECLP, 2021, Vol. 12 (3), str. 182.

543 *The European Commission Investigations Against Amazon – A Gatekeeper Saga*, Kluwer Competition Law Blog, 2020. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/12/18/the-european-commission-investigations-against-amazon-a-gatekeeper-saga/>.

544 V.M.K. Reverdin, *Abuse of Dominance...*, op. cit., str. 182.

545 L.M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, The Yale Law Journal, 2017.

546 Komunikat prasowy Komisji z dnia 10.11.2020 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077).

547 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, op. cit., str. 275.

548 L.M. Khan, *Amazon's Antitrust...*, op. cit., str. 780-781.

Analogiczne postępowanie prowadzone jest obecnie przez UOKiK w stosunku do platformy Allegro<sup>549</sup>. Organ nie wskazał jednak w swoim komunikacie rozważanej teorii szkody. Zważywszy na zauważalną ostatnimi czasy tendencję do wzorowania się przez UOKiK na rozwiązaniach wprowadzanych przez Komisję, wydaje się, że polski organ może podzielić pogląd Komisji w tej sprawie.

W doktrynie można spotkać różne kwalifikacje omawianej praktyki Amazona. Spośród istniejących teorii szkody wskazuje się praktykę drapieżnictwa cenowego (ang. *predatory pricing*)<sup>550</sup> czy też nożyce kosztowo cenowe (ang. *margin squeeze*)<sup>551</sup>. Jednakże, z uwagi na istniejącą nowość w zachowaniu Amazona, wydaje się, że Komisja będzie polegać w dużej mierze na schemacie przyjętym w sprawie *Google Shopping*, przyjmując w omawianej sprawie nową teorię szkody<sup>552</sup>. Wysuwają się trzy możliwości: praktyka tzw. *forced free riding* (czyli korzystanie z działań i wysiłków innych przedsiębiorców bez współdzielenia kosztów przez nich ponoszonych)<sup>553</sup>, nadmierne gromadzenie danych *per se*<sup>554</sup> lub też nieuzasadnione gromadzenie i eksploatacja danych na szkodę konkurentów<sup>555</sup>. Jako że uznanie nadmiernego gromadzenia danych przez platformę *per se* jako nowej praktyki nadużywania pozycji dominującej narusza w mojej ocenie zasadę pewności prawa i może prowadzić do powstania tzw. *chilling effect*, prawdopodobne wydaje się przyjęcie którejś z dwóch pozostałych teorii szkody.

### 3.3. Sprawa AT.40670 *Google AdTech* (Komisja) oraz sprawa No. 50972 *Google Privacy Sandbox* (CMA)

Kolejną sprawą z elementem wykorzystywania danych przez cyfrowego giganta jest wszczęte przez Komisję w 2021 r. postępowanie w sprawie *Google Adtech*<sup>556</sup> oraz przez CMA w sprawie *Google Privacy Sandbox*<sup>557</sup>. W ocenie organów antykonkurencyjne zachowanie Google polegałoby na ograniczaniu dostępu użytkownikom biznesowym (tj. reklamodawcom oraz dostawcom treści) do danych o użytkownikach końcowych, przy jednoczesnym wykorzystywaniu tych danych na własny użytek reklamowy.

Dane o zachowaniu użytkowników końcowych są niezbędne dla dostarczania spersonalizowanych reklam oraz treści przez użytkowników biznesowych na platformie. Reklamodawcy oraz dostawcy treści gromadzą je za pomocą własnych plików cookies, instalowanych na platformie oraz aplikacjach (ang. *third-party cookies*). W świetle (planowanego przez Google) wprowadzenia zakazu instalowania *third-party cookies* oraz zastąpienia ich dostarczoną przez Google narzędziem *Privacy Sandbox*, pojawia się obawa dot. ograniczenia dostępu do danych użytkownikom biznesowym.

549 Komunikat prasowy UOKiK z dnia 10.12.2019 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=16013](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16013).

550 T. Höppner, P. Westerhoff, *The EU's Competition Investigation into Amazon's Marketplace*, 2018, str. 4-5.

551 F. Bostoen, *Online Platforms and Pricing: Adapting Abuse of Dominance Assessments to the Economic Reality of Free Products*, *Computer Law & Security Review*, 2019, Vol. 35 (3).

552 T. Höppner, P. Westerhoff, *The EU's Competition...*, *op. cit.*, str. 6.

553 Raport OECD *Abuse of dominance...*, *op. cit.*, str. 53.

554 *The European Commission Investigations...*, *op. cit.*

555 I. Małobęcka-Szwast, *Big Data and...*, *op. cit.*, str. 277.

556 Sprawa AT.40670 *Google Adtech*, w toku. Komunikat prasowy Komisji z dnia 22.06.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_3143](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143).

557 Decyzja CMA z 11.02.2022 r. zatwierdzająca zobowiązania Google w sprawie 50972 *Google Privacy Sandbox*.

W swoim komunikacie Komisja nie wskazała, pod kątem jakiej teorii szkody zachowanie platformy jest badane. Posłużyła się jedynie sformułowaniami “*favouring its own online display advertising technology services*” oraz “*distorting competition by restricting access by third parties to user data for advertising purposes*”<sup>558</sup>. W podobnym tonie wypowiedział się CMA<sup>559</sup>, co oznacza, że praktyka platformy mogłaby zostać zakwalifikowana jako faworyzacja własnych usług (ang. *self-preferencing*) bądź odmowa zawarcia umowy (ang. *refusal to deal*)<sup>560</sup>.

### 3.4. Sprawa *Facebook leveraging* w Komisji (AT.40684) oraz CMA

Ostatnia z omawianych spraw to wszczęta również w 2021 r. przez Komisję<sup>561</sup> oraz CMA<sup>562</sup> sprawa *Facebook leveraging*. Stan faktyczny tej sprawy jest uderzająco podobny do wyżej przedstawionej sprawy *Amazon Marketplace*, przy czym zamiast niezależnych sprzedających praktyka dominanta uderza w reklamodawców, będących konkurentami Facebooka.

W ocenie organów antykonkurencyjne zachowanie platformy polegałoby na gromadzeniu oraz wykorzystywaniu danych o reklamodawcach w celu późniejszego konkurencji z nimi na rynkach reklamowych, na których Facebook jest aktywny (np. rynek drobnych ogłoszeń internetowych, tzw. *classified ads*). Podmiot uzyskuje dane o reklamodawcach, którzy zamieszczają reklamy w serwisie społecznościowym Facebook, gromadzi je i przetwarza. Następnie tak zdobytą wiedzę wykorzystuje na rynku usług ogłoszeń internetowych (Facebook Marketplace), na którym ci sami reklamodawcy są jego konkurentami. CMA dodatkowo bada wpływ takiego zachowania na platformę Facebook Dating.

Stąd też w swoim komunikacie Komisja oraz CMA wskazały na możliwość zakwalifikowania zachowania Facebooka jako praktyki tzw. *leveraging and tying*, polegającej na wiązaniu usługi ogłoszeń internetowych z usługą serwisu społecznościowego<sup>563</sup>. W obydwu komunikatach wyrażona została wola ścisłej współpracy między organami w toku prowadzonych postępowań.

## 4. Zakaz wewnętrznego łączenia danych lub nakaz ich zewnętrznego udostępnienia jako właściwe środki zaradcze?

Jak wynika z wyżej omówionych spraw koncentracyjnych, eksploatacja danych przez platformę-dominanta może wzbudzić antykonkurencyjne obawy. Z uwagi na niezakończenie sześciu z siedmiu omawianych wyżej postępowań oraz występujące w nich nowości wskazanie w niniejszej pracy magisterskiej właściwych środków zaradczych jest mocno utrudnione.

<sup>558</sup> Komunikat prasowy Komisji z 22.06.2021 r.

<sup>559</sup> Decyzja CMA w sprawie 50972 *Google Privacy Sandbox*, pkt 3.99.

<sup>560</sup> Raport OECD *Abuse of dominance...*, op. cit., str. 24.

<sup>561</sup> Sprawa AT.40684 - *Facebook leveraging*, w toku. Komunikat Komisji z dnia 4.06.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_2848](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2848).

<sup>562</sup> Komunikat prasowy CMA z dnia 4.06.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-facebook-s-use-of-ad-data>.

<sup>563</sup> Komunikat prasowy Komisji z dnia 4.06.2021 r. oraz komunikat prasowy CMA z dnia 4.06.2021 r.

Oczywiście wszelkie uwagi sformułowane w rozdziale III dotyczące zatwierdzania środków zaradczych pozostają na gruncie niniejszego rozdziału aktualne. Podobnie jak w sprawach z zakresu kontroli koncentracji, nadrzędnym celem, jaki powinien przyświecać Komisji przy zatwierdzaniu zaproponowanych przez platformę zobowiązań, jest konieczność wyrównania asymetrii informacyjnej, która powstała między platformą-dominantem, wykorzystującą dane, a jej konkurentami działającymi na rynku właściwym<sup>564</sup>. Także prowadzona w środowisku antymonopolowym debata na temat skuteczności środków behawioralnych i strukturalnych pozostaje na gruncie art. 102 TFUE aktualna.

Jedynym zakończonym postępowaniem omawianym powyżej jest sprawa *Facebooka* w Bundeskartellamt. W celu przywrócenia równowagi informacyjnej między platformą i jej konkurentami niemiecki organ nałożył na platformę środek typu „*data silo*”<sup>565</sup> (który przedstawiłam już szerzej w rozdziale III na gruncie postępowań w sprawie koncentracji). Zasadniczo platforma została zobowiązana do wewnętrznego oddzielenia danych zebranych w toku interakcji z użytkownikiem poruszającym się w obrębie serwisu Facebook, od tych zebranych zarówno na platformach będących własnością Facebooka (WhatsApp, Instagram), jak i platformach oraz aplikacjach podmiotów trzecich. Dopiero fakultatywne wyrażenie zgody przez użytkownika pozwala na połączenie wszelkich zgromadzonych o nim danych oraz przypisanie ich do konta tego użytkownika<sup>566</sup>.

Wśród przedstawicieli doktryny niemieckiej pojawiły się głosy kwestionujące zdolność organu do nałożenia tego typu środka<sup>567</sup>. Krytycy podnoszą, że poprzez dodanie warunku uzyskania zgody użytkownika na połączenie danych organ przekroczył posiadane kompetencje. Warunek ten odnosi się do kwestii prywatności, a nie konkurencji<sup>568</sup>. W tym miejscu warto nadmienić, że środek zaradczy nałożony przez Komisję w sprawie *Google/Fibit*, omawianej w rozdziale III, miał formę bezwzględnego zakazu łączenia danych przez platformę, bez różnicowania na sytuację uzyskania zgody użytkownika lub też nie.

Omawiana sprawa uwidacznia zazębianie się reguł ochrony danych osobowych z regułami ochrony konkurencji. Środkiem, który przykuł uwagę europejskiego środowiska antymonopolowego<sup>569</sup>, jest stosowany ostatnimi czasy po drugiej stronie Atlantyku nakaz zniszczenia zgromadzonych przez platformę danych oraz wszelkich algorytmów, powstałych dzięki ich analizie (ang. *algorithmic disgorgement* lub *algorithmic destruction*)<sup>570</sup>. Wprawdzie zasadniczym celem przyświecającym FTC było unicestwienie wszelkich informacji uzyskanych w toku nielegalnego gromadzenia danych przez platformę (tj. bez uzyskania zgody użytkownika)<sup>571</sup>, jednakże wydaje się,

---

564 J. Kramer, D. Schnurr, *Big Data...*, op. cit., str. 2.

565 *Ibidem*, str. 22.

566 Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 7.02.2019 r.

567 J. Kramer, D. Schnurr, *Big Data...*, op. cit., str. 22.

568 *Ibidem*, str. 23.

569 Wątek dotyczący omawianego środka pojawił się podczas trzeciej konferencji *Concurrences Digital Antitrust: How to Regulate?* 17.03.2022 r.

570 FTC zatwierdził omawiany środek w sprawach *WW International* (File No. 1923228), *Everalbum* (File No. 1923172), *Cambridge Analytica* (File No. 1823107). Zob. treść ugody z 4.03.2022 r. w sprawie *WW International* (File No. 1923228); decyzja FTC z 11.01.2021 w sprawie *Everalbum* (File No. 1923172); decyzja FTC z 6.12.2019 r. w sprawie *Cambridge Analytica* (File No. 1823107).

571 R.K. Slaughter et al., *Algorithms and Economic Justice: A Taxonomy of Harms and a Path Forward for the Federal Trade Commission*, Yale Journal of Law & Technology, 2021.

że możliwe jest jego zaaplikowanie na grunt spraw omawianych w niniejszym rozdziale. Jeśli platforma stosuje praktykę nadmiernego i nieuzasadnionego gromadzenia oraz wykorzystywania danych na szkodę jej konkurentów, organ mógłby nakazać ich zniszczenie, wraz z destrukcją wszelkich algorytmów stworzonych dzięki analizie zebranych informacji. Prowadzi to do bezpośredniego unicestwienia zasobów, które służyły platformie do nadużywania jej pozycji na rynku. Środek taki wyrównuje również powstałą między konkurentami asymetrię w ilości posiadanych informacji, bowiem w teorii przedsiębiorcy powinni w tej kwestii wrócić do punktu zero. Oczywiście można pokusić się także o krytykę takiego rozwiązania, przytaczając argumenty podnoszone w poprzednim rozdziale w stosunku do środków strukturalnych – zahamowanie wydajności platformy grożące obniżeniem jakości usług lub też zaobserwowaniem zjawiska typu *chilling effect*.

Oprócz sprawy *Facebooka* w Bundeskartellamt publicznie dostępne są także informacje o zobowiązaniach, jakie mogą zostać nałożone przez Komisję w sprawie *Amazon Marketplace*. Jak doniósł w czerwcu 2022 r. Reuters, dążąc do uniknięcia kary pieniężnej oraz zakończenia postępowania jeszcze w bieżącym roku, platforma zaofiarowała szereg zobowiązań<sup>572</sup>. Przede wszystkim Amazon chce udostępnić niezależnym sprzedającym wszelkie dane dotyczące ich działalności na platformie. Jednocześnie pracownicy zajmujący się sprzedażą własną Amazona nie mieliby dostępu do danych o niezależnych sprzedających (tzw. *chinese wall*). Na obecnym etapie Komisja czeka na zaopiniowanie przez konkurentów Amazona opisanej propozycji zobowiązań.

## 5. Wpływ DMA na czerpanie korzyści z wyłącznego dostępu do danych przez platformę

Zidentyfikowane w dotychczasowej praktyce decyzyjnej Komisji praktyki platform-dominantów, związane z wykorzystywaniem danych, skłoniły europejskiego legislatora do zaadresowania tego problemu poprzez regulację o charakterze *ex ante*. Niezaprzeczalnie DMA wpłynie na zdolność platformy do czerpania korzyści z dostępu do danych. Swoistym sercem tego aktu są art. 5 i 6<sup>573</sup>, zawierające szereg obowiązków nałożonych na desygnowanych przez Komisję strażników. Co ważne, spośród około dwudziestu nakazów i zakazów opisanych w ww. artykułach aż siedem z nich dotyczy wykorzystywania danych, co jasno wskazuje na kluczową rolę tego zasobu na rynkach cyfrowych<sup>574</sup>. Poniżej omówię najważniejsze z nich.

Przed wszystkim strażnik dostępu musi uzyskać zgodę użytkownika na „obracanie” jego danymi w przestrzeni ekosystemu platformy (art. 5 ust. 2). Poprzez „obrót” danymi rozumiem takie czynności jak: przetwarzanie danych w celach reklamowych (art. 5 ust. 2 lit. a), łączenie danych, pochodzących z różnych źródeł (art. 5 ust. 2 lit. b) oraz używanie krzyżowe danych zebranych w toku świadczenia jednej usługi na cele innej usługi (art. 5 ust. 2 lit. c). Bez zgody użytkownika powyższe działania są na mocy DMA zakazane. W rozumieniu tego ustępu źródłem danych jest nie

572 *Amazon offers to share data, boost rivals to dodge EU antitrust fines*, Reuters, 2022. Dostęp na dzień 26.02.2022 r.: <https://www.reuters.com/technology/amazon-offers-share-data-boost-rivals-dodge-eu-antitrust-fines-sources-2022-06-13/>.

573 W niniejszym podrozdziale wszystkie przytoczone artykuły odnoszą się do DMA, chyba że wskażę inaczej.

574 S. Vezzoso, *The dawn of pro-competition data regulation for gatekeepers in the EU*, European Competition Journal, 2021, Vol. 17 (2), str. 395.

tylko każda podstawowa usługa (wymieniona w art. 2 pkt. 2), ale też jakakolwiek inna, świadczona przez strażnika.

Prezentowane rozwiązanie przypomina w zasadzie tzw. obowiązek „data silo” (omawiany powyżej oraz w rozdziale III)<sup>575</sup>. Jego celem jest zmniejszenie przewagi konkurencyjnej strażników dostępu, jaką uzyskują dzięki posiadaniu oraz przetwarzaniu znaczących wolumenów danych o użytkownikach. W publikacjach wskazuje się, że inspiracją do utworzenia powyższego zakazu były dwie sprawy: nałożenie w 2017 r. kary na Facebooka za wprowadzenie w błąd Komisji co do braku możliwości połączenia danych pochodzących z dwóch źródeł w toku koncentracji z WhatsAppem<sup>576</sup> oraz omawiana wyżej sprawa Facebooka w Bundeskartellamt<sup>577</sup>.

Kolejnym obowiązkiem wzorowanym na antykonkurencyjnych praktykach zidentyfikowanych przez Komisję w ostatnich latach jest przewidziany w art. 6 ust. 1 zakaz używania danych niedostępnych publicznie (tj. zebranych przez strażnika) o użytkownikach biznesowych, którzy korzystają z usług strażnika w procesie konkurowania z nimi. Niezaprzeczalnie treść przytoczonego artykułu była inspirowana stanem faktycznym przedstawionej wyżej sprawy *Amazon Marketplace*.

Powyższe obowiązki nałożone na strażników dostępu wpisują się w prewencyjny charakter całego DMA<sup>578</sup>. Nie da się ukryć, że prowadzą one do znaczących zmian w funkcjonowaniu ekosystemów platformowych. Środowisko antymonopolowe spodziewa się dużej liczby sporów dotyczących interpretacji postanowień aktu oraz odwołań od decyzji Komisji do TSUE (zarówno desygnujących strażników, jak i stwierdzających naruszenie DMA).

Pomimo tego zauważalna jest silna chęć polityczna do zapewnienia odpowiedniego poziomu efektywności rozwiązań wprowadzanych przez DMA. Następcza kontrola działalności platform na rynkach cyfrowych, sprawowana na mocy art. 102 TFUE, jest narzędziem zbyt wolnym, nieprzystającym do dynamiki owych rynków<sup>579</sup>. Znałezienie środka zaradczego, który sprawi, że przywrócony zostanie stan rzeczy sprzed nadmiernej eksploatacji danych, wydaje się trudne<sup>580</sup>. Można rzec, że omawiane wyżej przepisy DMA to zaledwie początek tworzenia polityki ułatwiającej przedsiębiorcom dostęp do danych na rynkach cyfrowych<sup>581</sup>.

---

575 J. Kramer, D. Schnurr, *Big Data...*, op. cit., str. 61.

576 Zob. przypis 452.

577 *The European Commission Digital Markets Act: A translation*, VOX.eu, 2021. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

578 Wcielaniem w życie omawianych obowiązków zajmą się połączone siły DG COMP (naturalnie z uwagi zakres uprawnień) oraz DG Connect (który był znacząco zaangażowany w proces tworzenia DMA).

579 Sprawą, do której ponownie warto się odnieść, jest *Google Shopping*. Postępowanie zostało wszczęte w 2010 roku, zaś decyzja wydana w 2017 roku. W przeciągu tych siedmiu lat większość konkurencyjnych wyszukiwarek internetowych, dotkniętych przez antykonkurencyjną praktykę Google, zdążyła już zniknąć z rynku właściwego. Zastosowanie środków zaradczych wywoływało bardziej skutek na przyszłość, aniżeli realnie przywróciło stan rzeczy sprzed rozpoczęcia stosowania antykonkurencyjnej praktyki platformy. Zob. M. Bourreau, A. Perrot, *Digital platforms...*, op. cit., str. 9.

580 J. Kramer, D. Schnurr, *Big Data...*, op. cit., str. 8 i 15.

581 *Ibidem*, str. 8.

## Zakończenie

Uzyskanie dostępu do danych o zachowaniu użytkowników (biznesowych oraz końcowych) w przestrzeni wirtualnej oraz możliwość przetworzenia tych danych przez platformę internetową, stanowi – w określonych warunkach rynkowych – źródło jej siły rynkowej oraz daje jej przewagę konkurencyjną nad pozostałymi przedsiębiorcami na rynku właściwym. Aby postawiona hipoteza była prawdziwa, konieczne jest zaistnienie szeregu okoliczności.

Przede wszystkim rynek, na którym działa platforma, musi sprzyjać podmiotom o dużej sile rynkowej. W przypadku rynków cyfrowych istnieje coraz większa zgoda co do tego, że wykazują one szereg zjawisk ekonomicznych, które – w ujęciu holistycznym – mogą prowadzić do powstania trwałej pozycji rynkowej. Obecne na nich efekty sieciowe pozwalają na szybki wzrost liczby użytkowników po obu stronach platformy. Skupienie użytkowników wokół jednego przedsiębiorcy prowadzi do przechylenia się rynku na jego korzyść, pociągając za sobą dodatkowo korzyści skali i zakresu.

Następnie platforma musi mieć dostęp do danych, miejsce do ich przechowania oraz – co znacznie ważniejsze – narzędzia do ich przetwarzania. Pojedyncza dana o aktywności użytkownika jest bezwartościowa, dopóki nie zostanie zestawiona z miliardem podobnych aktywności. Platforma musi mieć narzędzia do zamiany surowych danych – produktu ubocznego wirtualnej rzeczywistości – w kapitał, czyli wiedzę o realiach rynku.

Kolejno wiedza ta musi być niezbędna do prawidłowego funkcjonowania na nim. W przypadku rynków cyfrowych analiza danych to klucz do wydajności platformy oraz ciągłego udoskonalania własnej strategii biznesowej. W odniesieniu do rynku właściwego analiza danych pozwala platformie podwyższać jakość swoich usług, generować zyski z reklam oraz podejmować trafne decyzje biznesowe co do jego dalszej aktywności na rynku właściwym. Dodatkowo analiza danych ułatwia platformie eksplorację rynków sąsiednich. Mając pełniejszy obraz tego, jak kształtuje się popyt, uniknie ona błędnego wejścia na rynek mało opłacalny i skieruje swoje działania na ten bardziej opłacalny.

Finalnie do uznania dostępu do danych za źródło przewagi konkurencyjnej platformy na rynkach cyfrowych konieczne jest stwierdzenie wyłączności w ich dostępie do nich. Jeśli dane o zachowaniu użytkowników w przestrzeni wirtualnej są powszechnie dostępne, to żadna platforma (nawet posiadająca pozycję dominującą na rynku) nie wygeneruje przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi. Posiada ona bowiem ten sam zasób (co jej konkurenci), z eksploatacji którego może wyciągnąć wartościowe informacje.

Z przeprowadzonej w niniejszej pracy magisterskiej analizy orzecznictwa TSUE oraz praktyki decyzyjnej Komisji i światowych organów ochrony konkurencji jasno wynika, że wyłączność w dostępie do danych może wywoływać antykonkurencyjne skutki na rynku właściwym. Między beneficjentem dostępu do danych a jego konkurentami powstaje asymetria w ilości posiadanej wiedzy o rynku. Dane dają przedsiębior-

cy przewagę konkurencyjną, co sprawia, że pozostali przedsiębiorcy nie są w stanie konkurować z nim *pari passu*.

Na gruncie spraw z zakresu kontroli koncentracji połączenie danych dwóch platform, do których dostęp będzie miał wyłącznie podmiot powstały w wyniku koncentracji, prowadzi – w zależności od rodzaju koncentracji – do innych antykonkurencyjnych skutków. W odniesieniu do koncentracji horyzontalnych połączenie baz danych może spowodować powstanie barier wejścia lub ekspansji na rynku. W odniesieniu do koncentracji wertykalnych złączenie danych może spowodować wykluczenie z rynku bądź postawienie konkurentów w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej wskutek uzyskania dostępu do handlowo istotnych informacji o ich działalności. W odniesieniu do koncentracji konglomeratowych połączenie danych może także wykluczyć konkurentów z uwagi na powiązanie produktów lub usług.

Na gruncie spraw z zakresu nadużywania pozycji dominującej skupienie znacznej ilości danych w ręku jednego przedsiębiorcy, z jednoczesnym limitowaniem dostępu do nich swoim konkurentom, wpasowuje się zarówno w dotychczasowo przyjęte teorie szkody, jak i daje możliwość ich nowego sformułowania. W szczególności na uwagę zasługuje możliwość sformułowania nowej teorii, odnoszącej się do nieuzasadnionego gromadzenia i eksploatacji danych na szkodę konkurentów, a co za tym idzie – także konsumentów.

W świetle powyższego zjawisko kumulacji dużej ilości danych w rękach platformy stanowi – w dzisiejszych realiach rynkowych – źródło jej przewagi konkurencyjnej na rynkach cyfrowych. Niewykluczone jednak, że rosnąca świadomość społeczeństwa na temat skali zjawiska gromadzenia danych spowoduje porzucenie przez gigantów cyfrowych obecnej strategii biznesowej na rzecz polityki nastawionej na maksymalizację prywatności w przestrzeni wirtualnej. Przewagę konkurencyjną uzyskają – odmiennie niż do tej pory – platformy stosujące politykę nieprzetwarzania danych o ich użytkownikach. Na tę chwilę jednak na strategii zakładającej niegromadzenie jakichkolwiek danych nikt sukcesu nie osiągnął.

# Bibliografia

## Akty prawne

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowanych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych), 2020/0374 (COD).

*Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE 2020/0361 (COD).*

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskiego zarządzania danymi (akt w sprawie zarządzania danymi), 2020/0340 (COD).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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.Urz. UE 2016 Nr L 119/1.

Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), Dz.Urz. UE 2002 Nr L 201/37.

Act Against Restraints of Competition, Sekcja 19a. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html#p0100](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0100).

## Dokumenty Komisji

Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw, Dz.Urz. UE 2021 Nr C 113/1.

Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji, Dz.Urz. UE 2008 Nr C 265/6.

Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE 2004 Nr C 31/5.

Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004, Dz.Urz. UE 2008 Nr C 267/1.

Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz. WE 1997 C 372/5.

Dokument roboczy służb Komisji, Ocena Obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz. WE 1997 C 372/5, 2021.

Dokument roboczy służb Komisji towarzyszący Sprawozdaniu Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego dot. badania sektorowego konsumenckiego Internetu rzeczy, 2021.

Dokument roboczy służb Komisji, towarzyszący dokumentowi: *Badanie sektora handlu elektronicznego*, 2017.

Dokument roboczy służb Komisji *Online Platforms*, towarzyszący Komunikatowi Komisji *Online Platforms and the Digital Single Market*, 2016.

Dokument roboczy służb Komisji, towarzyszący dokumentowi: Komunikat Komisji *Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy*, 2016.

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Polityka konkurencji dostosowana do nowych wyzwań*, 2021.

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Kompas cyfrowy 2030: europejska droga na cyfrową dekadę*, 2021.

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Europejska strategia w zakresie danych*, 2020.

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy*, 2016.

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Ku gospodarce opartej na danych*, 2014.

Formularz co do zgłoszenia koncentracji na podstawie rozporządzenia (WE) nr 139/2004, Dz.Urz. UE Nr 2013 L 336/4.

## Orzeczenia TSUE oraz Sądu

Wyrok Sądu z 11.12.2013 r. w sprawie T-79/12 *Cisco Systems i Messagenet SpA v. Komisja*, EU:T:2013:635.

Wyrok TSUE z 27.03.2012 r. w sprawie C-209/10, *Post Danmark I*, EU:C:2012:172.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited, v. Komisja Wspólnot Europejskich*, EU:T:2006:265.

Wyrok TSUE z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI: ECLI:EU:C:2004:257.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komisja*, Zbiór Orzeczeń 1999 II-00753.

Wyrok Trybunału z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission*, ECLI: ECLI:EU:C:1979:36.

Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands and United Brands Continental v. Commission*, ECLI:EU:C:1978:22.

## Decyzje Komisji oraz obecnie toczące się postępowania

Decyzja Komisji z 27.01.2022 r. w sprawie M.10262 – *Facebook/Kustomer*.  
 Decyzja Komisji z 17.12.2020 r. w sprawie M.9660 – *Google/Fitbit*.  
 Decyzja Komisji z 6.09.2018 r. w sprawie M.8788 – *Apple/Shazam*.  
 Decyzja Komisji z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099 – *Google Android*.  
 Decyzja Komisji z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740 – *Google Shopping*.  
 Decyzja Komisji z 6.12.2016 r. w sprawie M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*.  
 Decyzja Komisji z 23.02.2016 r. w sprawie M.7812 – *Sanofi/Google/DMI/JV*.  
 Decyzja Komisji z 24.02.2016 r. w sprawie M.8180 – *Verizon/Yahoo!*  
 Decyzja Komisji z 3.10.2014 r. w sprawie M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.  
 Decyzja Komisji z 4.09.2012 r. w sprawie M.6314 – *Telefonica/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.  
 Decyzja Komisji z 7.10.2011 r. w sprawie M.6281 – *Microsoft/Skype*.  
 Decyzja Komisji z 18.02.2010 r. w sprawie M.5727 – *Microsoft/Yahoo!*.  
 Decyzja Komisji z 11.03.2008 r. w sprawie M.4731 – *Google/DoubleClick*.  
 Decyzja Komisji z 3.07.2001 r. w sprawie COMP D3/38.044 – *IMS Health*.  
 Postępowanie w sprawie AT.40462 – *Amazon Marketplace*, w toku.  
 Postępowanie w sprawie AT.40670 – *Google Adtech*, w toku.  
 Postępowanie w sprawie AT.40684 – *Facebook leveraging*, w toku.

## Decyzje krajowych organów ochrony konkurencji oraz obecnie toczące się postępowania

Decyzja CMA z 11.02.2022 r. zatwierdzająca zobowiązania Google w sprawie 50972 – *Google Privacy Sandbox*.  
 Decyzja CMA z 21.11.2021 r. w sprawie ME/6920/20 – *Facebook/Kustomer*.  
 Decyzja CMA z 5.05.2021 r. w sprawie ME/6891/20 – *Facebook/Giphy*.  
 Decyzja Bundeskartellamt z 7.02.2019 r. w sprawie B6-22/16 – *Facebook*.  
 Decyzje Autorité de la concurrence z 8.07.2014 r. w sprawie 14-D-06 *Cegedim*.  
 Decyzje Autorité de la concurrence z 9.09.2014 r. w sprawie 14-MC-02 *Direct Energie*.  
 Decyzja AGCM z 20.11.2021 r. w sprawie *Amazon*.  
 Decyzja ACCC z 18.11.2021 r. w sprawie *Facebook/Kustomer*.  
 Decyzja KFTC z 2.02.2021 r. w sprawie 2021-032 *Delivery Hero/Baemin*.  
 Decyzja FTC z 11.01.2021 r. w sprawie *Everalbum* (File No. 1923172).  
 Decyzja FTC z 6.12.2019 r. w sprawie *Cambridge Analytica* (File No. 1823107).

Decyzja FTC z 20.12.2007 r. w sprawie 071-0170 *Google/DoubleClick*.  
Ugoda z FTC z 4.03.2022 r. w sprawie *WW International* (File No. 1923228).  
Postępowanie przed UOKiK w sprawie *Allegro* (komunikat prasowy z dnia 10.12.2019 r.),  
w toku.

### Wydawnictwa zwarte

- Bain J.S., *Industrial Organization*, 2<sup>nd</sup> edition, John Wiley & Sons, Inc., 1968.
- Banasiński C. et al., *Polskie Prawo Antymonopolowe, Zarys Wykładu*, Wolters Kluwer, 2018.
- Barney J.B., *Gaining and sustaining competitive advantage*, 2<sup>nd</sup> edition, Utha University, 2002.
- Blair R.D., Sokol D.D., *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 1*, Oxford University Press, 2014.
- Błachucki M., *Sądownictwo Antymonopolowe w Polsce – historia i ustrój*, UOKiK, 2011.
- Bork R., *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*, Bork Publishing LLC, 2021.
- Curry E. et al., *The Elements of Big Data Value: Foundations of the Research and Innovation Ecosystem*, Springer, 2021.
- Ezrahi A., *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016.
- Gerber D., *Competition Law and Antitrust*, Oxford University Press, 2020.
- Jones A., Sufrin B., *EU Competition Law, op. cit.; Texts, Materials and Cases*, 6<sup>th</sup> Edition, 2016.
- Małobęcka-Szwast I., *Big Data and the Abuse of a Dominant Position by Data-Driven Online Platforms under EU Competition Law*, C. H. Beck, Warszawa 2021.
- Parker G., van Alstyne W.M., Sangeet P., *Platform Revolution: how networked markets are transforming the economy and how to make them work for you*, W.W. Norton, 2017.
- Porter M., *Competitive advantage, Creating and Sustaining Superior Performance*, The Free Press, 1985.
- Porter M., *Competitive Strategy, Techniques for Analyzing Industries and Competitors*, The Free Press, 1980.
- Ratajczak-Mrozek M., *Sieci biznesowe a przewaga konkurencyjna przedsiębiorstw zaawansowanych technologii na rynkach zagranicznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu, 2010.
- Stawicki A. [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II*, red. E. Stawicki, Warszawa 2016.
- Stigler G.J., *The Organization of Industry*, Irwin, 1968.

Śledziwska K., Włoch R., *Gospodarka cyfrowa: jak nowe technologie zmieniają świat*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2020.

Whish R., Bailey D., *Competition Law*, 10<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, 2021.

## Artykuły naukowe

Alderson W., *A marketing view of competition*, Journal of Marketing, 1937, Vol. 1 (3).

Aniko A., Halls S., Ryan A., *Changing digital advertising landscape – Overview of EU and UK competition cases and regulatory initiatives*, European Competition Law Review, 2022, Vol. 43(5).

Barney J.B., *Looking inside for Competition Advantage*, The Academy of Management Executive 1995, Vol. 9 (4).

Barney J.B., *Firm resources and sustained competitive advantage*, Journal of Management 1991, Vol. 17 (1).

Bartosik-Purgat M., Ratajczak-Mrozek M., *Big Data Analysis as a Source of Companies' Competitive Advantage: A Review*, Entrepreneurial Business and Economics Review, 2018, Vol. 6 (4).

Bostoen F., *The General Court's Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse*, JECLP, 2022, Vol. 13 (2).

Bostoen F., *Online Platforms and Pricing: Adapting Abuse of Dominance Assessments to the Economic Reality of Free Products*, Computer Law & Security Review, 2019, Vol. 35 (3).

Botta M., Wiedemann K., *Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision*, JECLP, 2019, Vol. 10 (8).

Botta M., Wiedemann K., *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, The Antitrust Bulletin, 2019, Vol. 64 (3).

Breuvart Ch., Chassaing E., Perraut A., *Big Data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission's merger control practice and recent national initiatives*, Concurrences No. 3, 2016.

Brown J.R., Goolsbee A., *Does the Internet Make Markets More Competitive? Evidence from the Life Insurance Industry*, Journal of Political Economy, 2002, Vol. 110 (3).

Brynjolfsson E., Smith M.D., *Frictionless Commerce? A Comparison of Internet and Conventional Retailers*, Management Science, 2000, Vol. 46 (4).

Budzinski O., Gaenssle S., Strohr A., *Outstanding relevance across markets: A new concept of market power?*, Concurrences, 2020, Vol. 4.

Carugati C., *The role of national authorities in the Digital Markets Act*, Concurrences 2022, No. 1.

De Mauro A. et al. *A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features*, Library Review, 2016, Vol. 65 (3).

- De Peyer B.H., *EU Merger Control and Big Data*, Journal of Competition Law & Economics, 2018, Vol. 13 (4).
- Dunne N., *Platforms as regulators*, Journal of Antitrust Enforcement, 2021, Vol. 9.
- J. Frederic, *Competition law enforcement and regulation for digital ecosystems: understanding the issues, facing the challenges and moving forward*, Concurrences, 2021, No. 3.
- Friederici N., Humboldt A., Graef I., *Beyond GAFAM: How size-or-silo regulation fails to account for organisational diversity in the platform economy*, Internet Policy Review, 2021.
- Fernandez C., *A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?*, JECLP 2021, Vol. 12 (4).
- Geradin D., Katsifis D., *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform markets*, European Competition Journal, 2021.
- Graef I., *EU Competition Law Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, International Competition Law Series, 2016, Vol. 68.
- Graef I., *Market definition and market power: the case of online platforms*, World Competition, 2015, Vol. 38 (4).
- Hoffman J., Duque O.V., *Can data exploitation be properly addressed by competition law? A note of caution*, Concurrences, 2021, No. 1.
- Höppner T., Westerhoff P., *The EU's Competition Investigation into Amazon's Marketplace*, 2018.
- Hotchinson Ch., Trescakova D., *Tackling gatekeepers' self-preferencing practices*, European Competition Journal, 2022.
- Hovenkamp H., *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, Journal of Corporation Law, 2019, Vol. 45 (1).
- Iansiti M., *The Value of Data and Its Impact on Competition*, Harvard Business School, Working Paper 22-002.
- Jacobides M., Lianos I., *Ecosystems and Competition law in theory and practice*, Industrial and Corporate Change, 2021, Vol. 30.
- Khan L.M., *Amazon's Antitrust Paradox*, The Yale Law Journal, 2017.
- Kramer J., Schnurr D., *Big Data and Digital Markets contestability: theory of harm and data access remedies*, Journal of Competition Law & Economics, 2022, Vol. 18 (2).
- Kohutek K., *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, Europejski Przegląd Sądowy, 2014, Vol. 10.
- Kwoka J., Valletti T., *Unscrambling the eggs: breaking up consummate mergers and dominant firms*, Industrial and Corporate Change, 2021, Vol. 30.
- Larouche P., de Streel A., *The European Digital Markets Act A Revolution grounded on traditions*, JECLP, 2021, Vol. 12 (7).

Lecuyer T., *Digital conglomerates and killer acquisitions – A discussion of the competitive effects of start-up acquisitions by digital platforms*, *Concurrences*, 2020, No. 1.

Modrall J., *Big Data and Merger Control in the EU*, *JECLP*, 2018, Vol. 9 (9).

Newman N., *Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data*, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 30 (3), 2014.

Parker G., Petropoulos G., Alstyne M.V., *Platform mergers and antitrust*, *Industrial and Corporate Change*, 2021.

Pfeiffer R., *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, 2019, *Market and Competition Law Review*, Vol. 3 (1).

Reverdin V.M.K., *Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU*, *JECLP*, 2021, Vol. 12 (3).

Rubinfeld D.L., Gal M.S., *Access Barriers to Big Data*, *Arizona Law Review*, 2017, Vol. 59.

Slaughter R.K. et al., *Algorithms and Economic Justice: A Taxonomy of Harms and a Path Forward for the Federal Trade Commission*, *Yale Journal of Law & Technology*, 2021.

Stuart, *Too little too late? An exploration and analysis of the inadequacies of antitrust law when regulating GAFAM data-driven mergers and the potential legal remedies available in the age of Big Data*, *European Competition Journal*, 2021, Vol. 17 (2).

Szmigielski A., *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, *Europejski Przegląd Sądowy*, 2019.

Vezzoso S., *The dawn of pro-competition data regulation for gatekeepers in the EU*, *European Competition Journal*, 2021, Vol. 17 (2).

## Pozostałe źródła

*Amazon offers to share data, boost rivals to dodge EU antitrust fines*, *Reuters*, 2022. Dostęp na dzień 26.02.2022 r.: <https://www.reuters.com/technology/amazon-offers-share-data-boost-rivals-dodge-eu-antitrust-fines-sources-2022-06-13/>.

*Patrzemy na narodziny prawa platformowego*, *Rzeczpospolita*, 2022. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art36472511-maciej-marek-patrzemy-na-narodziny-prawa-platformowego>.

*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, *The Economist*, 2022. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

*A supergroup*, *The Economist*, 2022. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.economist.com/letters/2022/02/26/letters-to-the-editor>.

*Google/ Fitbit – The EU Commission Misses a Step*, Kluwer Competition Law Blog, 2021. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/06/17/google-fitbit-the-eu-commission-misses-a-step/>.

*Google-Fitbit's EU behavioral remedies would likely have failed in UK, CMA chief says*, MLex, 2021.

*The European Commission Digital Markets Act: A translation*, VOX.eu, 2021. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

*The European Commission Investigations Against Amazon – A Gatekeeper Saga*, Kluwer Competition Law Blog, 2020. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/12/18/the-european-commission-investigations-against-amazon-a-gatekeeper-saga/>.

*Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers*, Vox.eu, 2020. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://voxeu.org/article/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers>.

*Facebook's antitrust order in Germany 'easily' replicated in EU law, Mundt says*, MLEx, 2019.

*The rise of the superstars*, The Economist, 2016. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.economist.com/special-report/2016/09/15/the-rise-of-the-super-stars>.

*Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, Competition Policy International, 2015. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/01/CPI-Lambrecht-Tucker.pdf>

*The Big Asset Most Companies Ignore: Customer Data*, The Wall Street Journal, 2015. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: [https://www.wsj.com/articles/the-untapped-value-of-customer-data-1444734633?mod=djem\\_jiewr\\_MK\\_domainid](https://www.wsj.com/articles/the-untapped-value-of-customer-data-1444734633?mod=djem_jiewr_MK_domainid).

*Competition is for Losers*, The Wall street Journal, 2014. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.wsj.com/articles/peter-thiel-competition-is-for-losers-1410535536>.

*Google's "Infringenovation" Secrets*, Forbes, 2011. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.forbes.com/sites/scottcleland/2011/10/03/googles-infringenovation-secrets/?sh=40e50bae30a6>.

Search cost, Investopedia. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.investopedia.com/terms/s/search-cost.asp>.

Dirty Data, Techopedia, 2017. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.techopedia.com/definition/1194/dirty-data>.

Broshura Komisji Europejskiej, *Competition merger brief*, 1/2021.

Broshura Komisji Europejskiej, *Competition merger brief*, 1/2019.

Broshura Komisji *Enter the Data Economy: EU Policies for a Thriving Data Ecosystem*, 2017.

Comments of the American Bar Association's Section of Antitrust Law on the European Commission's Request for Input on the evolution of competition policy in light of the

digitalization of the economy, 2018. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/comments/december-2018/sal-comments-on-eu-digitisation-consultation\\_final\\_12182018.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments/december-2018/sal-comments-on-eu-digitisation-consultation_final_12182018.pdf).

Dokument OECD Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - Background Note, DAF/COMP(2020)2. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf).

Dokument CMA *A new pro-competition regime for digital markets*, 2021. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1003913/Digital\\_Competition\\_Consultation\\_v2.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1003913/Digital_Competition_Consultation_v2.pdf).

Dokument Commission's submission to the OECD Roundtable on *Consumer Data Rights and Impact on Competition*, 2020. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)40/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)40/en/pdf).

Dokument *Big Tech, Small Tech and the data economy: What role for EU Competition Law*, World Bank Group, 2019. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33124/Big-Tech-Small-Tech-and-the-Data-Economy-What-Role-for-EU-Competition-Law.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Dokument *Data, Platforms and Competition Law*, 2018. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation\\_2018/contributions/torsten\\_koerber.pdf](https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/torsten_koerber.pdf).

Dokument Bundeskartellamt *Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding*. Dostęp na dzień: 26.06.2022 r.: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook\\_FAQs.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6).

Dokument *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, 2015. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/01/CPI-Lambrecht-Tucker.pdf>.

Dziesiąte sprawozdanie z sesji UK House of Lords Select Committee on European Union, *Online Platforms and the Digital Single Market*, 2015-2016. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/lddeu-com/129/12906.htm#\\_idTextAnchor022](https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/lddeu-com/129/12906.htm#_idTextAnchor022).

Nagranie z przesłuchania J. Bezosa przez sądową podkomisję antymonopolową w Izbie Reprezentantów, 2020. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://judiciary.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=3113>.

Raport ACCC *Digital advertising services inquiry*, 2021.

Raport ACCC *Digital Platforms Inquiry*, 2019.

Raport AGCM *Joint investigative report on big data*, 2020.

Raport Autorité de la concurrence *Competition & e-commerce*, 2020.

Raport Belgian Privacy Commission *From social media service to advertising network – A critical analysis of Facebook's Revised Policies and Terms*, 2015.

Report Bundeskartellamt *Online advertising, Series of papers on "Competition and Consumer Protection in the Digital Economy"*, 2018.

Report wspólny Bundeskartellamt oraz Autorité de la concurrence, *Competition Law and Data*, 2016.

Report CMA Case ME/6891-20 *Completed acquisition by Facebook, Inc. of GIPHY, Inc., Final Report*, 2021.

Report CMA *Online platforms and digital advertising market study*, 2020.

Report CMA *The CMA's Digital Markets Strategy*, 2019.

Report CMA *Digital comparison tools market study*, 2017.

Report CMA *The commercial use of consumer data*, 2015.

Report CNMC *Study on the competition conditions in the online advertising sector*, 2021.

Report Digital Competition Expert Panel *Unlocking digital competition*, 2019.

Report ECLAC *Analysis of competition policies in five countries of Latin America and the Caribbean*, 2021.

Report HCC *Sector inquiry into e-commerce under art. 40*, 2021.

Report House Judiciary Committee, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law *Investigation of Competition in Digital Markets Majority Staff Report and Recommendations*, 2020.

Report International Competition Network Advocacy Working Group *Market Studies Project Report*, 2009.

Report International Developments and Comments Task Force *Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition* w sprawie stanowiska wyrażonego przez Sekcję Prawa Antymonopolowego American Bar Association, 2020.

Report J. Cremera, Y.A. de Montjoye, H. Schweitzera *Competition Policy for the Digital Era*, 2019.

Report Komisji *Sector inquiry into consumer Internet of Things*, 2022.

Report Komisji *E-commerce sector inquiry*, 2017.

Report *Market study on e-commerce in India*, 2020.

Report Monopolkommission *Competition policy: The challenge of digital markets*, 2015.

Report OECD *Abuse of dominance in digital markets*, 2022.

Report OECD *The evolving concept of market power in the digital economy*, 2022.

Report OECD *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, 2020.

Report OECD, *A roadmap toward a common framework for measuring the digital economy*, 2020.

Report OECD, *Merger control in dynamic markets*, 2020.

- Raport OECD, *Market Studies Guide for Competition Authorities*, 2018.
- Raport OECD, *Big Data: bringing Competition Policy to the Digital Era*, 2016.
- Raport OECD *Data-driven Innovation for Growth and Well-being*, 2014.
- Raport OECD *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, 2012.
- Raport PWC *Global Top 100 companies by market capitalisation*, 2021.
- Raport Stigler Center for the Study of the Economy and the State *Digital Platforms*, 2020.
- Raport tureckiego organu ochrony konkurencji *Digitalisation and Competition Policy*, 2021.
- Raport H. Schweitzer, *Modernising the law on abuse of market power*, 2018.
- Raport Batura O., Bas P., Yagafarova A., van Gorp N., *Business-to-Business relations in the online platform environment*, 2017.
- Wspólne porozumienie organów ds. konkurencji G7 w sprawie *Konkurencji i gospodarki cyfrowej*, Paryż, 5 czerwca 2019 r.
- Working paper Bundeskartellamt *Market Power of Platforms and Networks*, 2016.

### Komunikaty prasowe

- Komunikat prasowy Komisji z dnia 27.01.2022 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_652](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_652).
- Komunikat prasowy Komisji z dnia 22.06.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_3143](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143).
- Komunikat Komisji z dnia 4.06.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_2848](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2848).
- Komunikat prasowy Komisji z dnia 10.11.2020 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077).
- Komunikat prasowy Komisji z dnia 17.07.2019 r. Dostęp na dzień 26.02.2022 r.: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291).
- Komunikat prasowy CMA z dnia 4.06.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-facebook-s-use-of-ad-data>.
- Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 19.01.2021 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19\\_01\\_2021\\_GWB%20Novelle.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html).
- Komunikat prasowy Bundeskartellamt z dnia 7.02.2019 r. Dostęp na dzień 26.02.2022 r.: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).
- Komunikat prasowy AGCM z dnia 7.12.2018 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million>

-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers%E2%80%99-data-for-commercial-purposes.

Komunikat prasowy UOKiK z dnia 10.12.2019 r. Dostęp na dzień 26.06.2022 r.: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=16013](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16013).

## Wypowiedzi i przemówienia

Wypowiedź A. Pezzoli podczas trzeciej konferencji *Concurrences Digital Antitrust: How to Regulate?* 17.03.2022 r.

Wypowiedź M. Vestager z 5.05.2022 r., *A new Age of International cooperation in competition policy* wygłoszona podczas konferencji International Competition Network w Berlinie.

Wypowiedź M. Vestager z 24.06.2021 r., *Defending competition in a digital age*, wygłoszona podczas konferencji Florence Competition Summer Conference we Florencji.

Wypowiedź M. Vestager z 29.11.2018 r. podczas 17. Globalnego Forum Konkurencji w Paryżu.

Wypowiedź M. Vestager z dnia 17.01.2016 r. *Competition in a big data world*, wygłoszona podczas konferencji w Monachium.

Przemówienie inauguracyjne M. Kunevej, byłej Europejskiej Komisarz ds. Konsumentów, Bruksela, 31.03.2009 r.





## Wydawnictwo w ramach serii „Biblioteka UOKiK”

**Milena Machała** – laureatka III miejsca w konkursie Prezesa UOKiK w edycji 2022/23 na najlepszą pracę magisterską w obszarze ochrony konkurencji. Pracę napisała pod kierunkiem dr. hab. Piotra Bogdanowicza. Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu w Poitiers. Ukończyła kurs prawa brytyjskiego w British Law Centre, organizowany przez Wydział Prawa Uniwersytetu Cambridge we współpracy z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Stypendystka rektora za wyróżniające wyniki w nauce. Od blisko trzech lat praktykuje zawodowo w jednej z międzynarodowych kancelarii prawnych w dziale prawa ochrony konkurencji i konsumentów, zaś jesienią 2023 roku rozpocznie staż w Komisji Europejskiej. Swe zainteresowania skupia wokół prawa antymonopolowego w kontekście rynków cyfrowych, nowych technologii oraz ekonomii cyrkularnej.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa  
[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

ISBN 978-83-64681-44-8

