

Artur SZMIGIELSKI

Uniwersytet Warszawski

Rola polityki antymonopolowej Unii Europejskiej w erze cyfrowej – wyzwania oraz praktyczne implikacje

Streszczenie: Jaka jest rola polityki konkurencji w gospodarce cyfrowej? Nie ma wątpliwości, że rynki cyfrowe odgrywają coraz ważniejszą rolę w życiu obywateli UE. Z punktu widzenia polityki publicznej, stanowi ona kluczowe znaczenie dla zapewnienia, aby zdrowa konkurencja prowadziła firmy do dostarczenia znaczących korzyści europejskim konsumentom poprzez wzrost innowacyjności. Jednakże, niektórzy uważają, że organy antymonopolowe powinny powstrzymać się od interwencji w szybko zmieniających się oraz opartych na technologii branżach, ponieważ koszty interwencji w tych gałęziach będzie na ogół przewyższał ewentualne korzyści. W istocie, rynki cyfrowe stanowią nowe wyzwanie dla egzekwowania prawa konkurencji. Ze względu na swoją dwustronną naturę oraz dominujący charakter innowacji jako kryterium konkurencji – tradycyjna analiza antymonopolowa może w niewystarczający sposób odzwierciedlić funkcjonowanie konkurencji na tych innowacyjnych rynkach.

Słowa kluczowe: Jednolity Rynek Cyfrowy, Unia Europejska, polityka konkurencji

Wstęp

Jak wskazuje się w literaturze naukowej, polityka konkurencji¹ stanowi filar gospodarki wolnorynkowej, a narzędziem tej polityki jest prawo konkurencji, gwarantujące jej efektywność (Rodriguez, Menon, 2010, s. 93). Polityka antymonopolowa to także jedna z najważniejszych polityk gospodarczych Unii Europejskiej², której zadaniem jest integracja rynku

¹ Polityka konkurencji (czy innymi słowy polityka antymonopolowa) w niniejszym artykule jest rozumiana wąsko w odniesieniu do zwalczania praktyk ograniczających konkurencję, tj. antykonkurencyjnych porozumień (101 TFUE) oraz nadużywania pozycji dominującej (102 TFUE).

² Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt b TFUE Unia ma wyłączną kompetencję w zakresie ustanawiania reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Oznacza to, że jedynie UE może stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące.

wewnętrznego oraz zapewnienie efektywności gospodarczej. Konkurencja wywiera bowiem nieustanną presję na przedsiębiorców, zmuszając ich do oferowania jak najlepszych produktów po możliwie najkorzystniejszych cenach. W erze postępującej rewolucji informatycznej rodzi się jednak następujące pytanie – w jakim stopniu system prawnej ochrony konkurencji, stworzony w realiach i na potrzeby gospodarki industrialnej, zdolny jest do zapewniania skutecznej konkurencji również w warunkach postępującej rewolucji informatycznej?

Powyższe pytanie jest niezwykle istotne, gdyż niewłaściwie egzekwowane prawo konkurencji może spowodować wytworzenie barier dla innowacji i wpłynąć tym samym na zahamowanie wzrostu gospodarczego (Szpringer, 2013, s. 81). W prawodawstwie Unii Europejskiej wskazany problem zyskał także nowy kontekst. W dniu 6 maja 2015 r. Komisja Europejska rozpoczęła badanie w sprawie ochrony konkurencji w sektorze handlu elektronicznego w Unii Europejskiej (ang. *e-commerce sector inquiry*)³. Badanie sektorowe wpisuje się w tzw. strategię jednolitego rynku cyfrowego (JRC), która obejmuje kompleksowe działania legislacyjne zmierzające w kierunku stworzenia połączonego jednolitego rynku cyfrowego⁴. Zdaniem Komisji, pozwoli to zapewnić dodatkowy wzrost w Europie o wartości nawet 250 mld euro (Komunikat Komisji, 2015, s. 2).

Celem niniejszego artykułu jest zbadanie roli, jaką pełni polityka antymonopolowa w kontekście tworzenia JRC. Celowi temu została podporządkowana struktura artykułu, na którą będą składać się cztery części. W pierwszej części zostaną przedstawione teoretyczne podstawy polityki antymonopolowej – jej cele oraz uwarunkowania wynikające z różnych szkół ekonomicznych. Następnie scharakteryzowana zostanie specyfika „nowej gospodarki”, która stanowi istotne wyzwanie dla stosowania narzędzi prawa konkurencji w postaci wyznaczania siły rynkowej oraz rynku właściwego. W trzeciej części zostanie udzielona odpowiedź na pytanie, dlaczego zapewnienie „uczciwej” konkurencji⁵ stanowi tak istotny

zące (źródła prawa pochodnego), a państwa członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania tych aktów (art. 2 ust. 1 TFUE).

³ Sektor *e-commerce* jest definiowany jako internetowy handel towarami oraz świadczenie usług *online*.

⁴ Jednolity rynek cyfrowy to przestrzeń, w której zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, a obywatele i przedsiębiorstwa mogą bez przeszkód i na zasadach uczciwej konkurencji uzyskać dostęp do usług *online* lub je świadczyć.

⁵ Uczciwość konkurowania stanowi cel unijnej polityki antymonopolowej. Można to porównać do zasad *fair play*, których muszą przestrzegać wszyscy uczestnicy

element w tworzeniu JRC. Ostatnia część artykułu będzie z kolei poświęcona analizie spraw, obrazujących kierunki unijnej polityki konkurencji w erze cyfrowej.

Powyższy cel badawczy wymagał przyjęcia odpowiedniej metodologii. Posłużono się przede wszystkim metodą dogmatyczną, wykorzystywaną w pracach naukowych z zakresu prawa. W tym zakresie poddano analizie przepisy zakazujące praktyk ograniczających konkurencję oraz przeanalizowano relewantne dla omawianej tematyki sprawy antymonopolowe prowadzone przez Komisję. Zbadano literaturę (prawniczą, politologiczną oraz ekonomiczną) opisującą specyfikę funkcjonowania gospodarki cyfrowej. Sięgnięto także do dokumentów opisujących plany polityczne Komisji oraz przeanalizowano dane statyczne dotyczące handlu elektronicznego. Na tej podstawie wyciągnięto odpowiednie wnioski, które zostaną zaprezentowane w końcowej części pracy.

Ekonomiczne podstawy europejskiej polityki antymonopolowej

Prawo konkurencji to jedno z pierwszych dziedzin prawa, do którego interpretacji zaczęto wykorzystywać instrumenty ekonomiczne (Stroiński, 2008, s. 482–483). Teorie ekonomiczne nadają kształt europejskiej polityce konkurencji. Nieustannie się jednak zmieniają, gdyż różni ekonomiści mają odmienne spojrzenia i tym samym mogą różnie oceniać fakty – w zależności od tego, jaką szkołę ekonomiczną preferują. Doris Hildebrand użyła terminu „szkoła europejska” i zdefiniowała go jako szkołę naukową, która odnosi się do teorii szkody odpowiednio do celów osadzonych w unijnym prawie konkurencji (Hildebrand, 2009, s. 97). Prawo i polityka konkurencji Unii Europejskiej nie są jednak prostą pochodną modeli i teorii ekonomicznych – są wypadkową poglądów wyrażonych przez ekonomistów, prawników i polityków na podstawie zastanego, historycznego systemu prawa. Podejście europejskie to kompilacja dotychczasowych teorii ekonomicznych (szkoły fryburskiej i szkół amerykańskich, a zwłaszcza szkoły harwardzkiej), stworzona z uwzględnieniem celów, potrzeb i wartości integracji europejskiej (ibidem, s. 96).

Zdaniem Roberta Bork’a, polityka antymonopolowa nie może być racjonalna, dopóki nie jest w stanie dać solidnej odpowiedzi na jedno

rynku. Kategoria ta jest charakterystyczna dla ordoliberalizmu, którego podstawy zostaną przedstawione w artykule.

pytanie: jaki jest sens tego prawa – jakie są jego cele? (Bork, 1997, s. 50). Cele prawa konkurencji tłumaczą, dlaczego konkurencja podlega ochronie i tym samym dlaczego określone praktyki dominanta kwalifikuje się za pro- lub antykonkurencyjne (Miąsik, 2008, s. 36). W literaturze wskazuje się, że Unia Europejska realizuje – za pomocą polityki i prawa konkurencji – „mieszankę różnych celów” (Jebsen, Stevens, 1996, s. 447–449). Wśród celów unijnego prawa konkurencji wymienia się najczęściej: dobrobyt konsumentów oraz efektywność gospodarczą, integrację rynku wewnętrznego, ordoliberalną wolność oraz uczciwość konkurowania, strukturę konkurencji oraz ochronę małych i średnich przedsiębiorców, a także cele nieekonomiczne (np. postęp społeczny, pełne zatrudnienie, ochronę środowiska). W przeciwieństwie do tego, podejście USA zorientowane jest obecnie, pod wpływem szkoły chicagowskiej, na zapewnienie tylko jednego celu prawa antytrustowego tj. efektywności ekonomicznej w postaci maksymalizacji dobrobytu konsumentów (Whish, 2009, s. 19–24).

W literaturze naukowej podkreśla się ogromny wpływ ordoliberalnych idei ładu konkurencyjnego (tj. szkoły fryburskiej) w procesie integracji europejskiej. Założenia ordoliberalne legły u podstaw unijnego zakazu nadużycia pozycji dominującej oraz miały duży wpływ na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej (Gerber, 2001, s. 263). Znalazło to wyraz w poszczególnych instytucjach prawnych, które dotyczą stosowania art. 102 TFUE, w szczególności w tzw. doktrynie „szczególnej odpowiedzialności” ciężącej na przedsiębiorstwach dominujących oraz formalnym podejściu do niektórych praktyk rynkowych dominantów (Kamińska, 2013, s. 240).

Założenie szkoły fryburskiej, a w szczególności jej strukturalne ujmowanie konkurencji, koresponduje z założeniami przedstawicieli tzw. szkoły harwardzkiej. W latach 50. i 60. XX w. była ona wiodącą teorią antymonopolową w Stanach Zjednoczonych, opierając swoje założenia na koncepcji strukturalnej. Zgodnie z jej założeniami struktura rynku determinuje zachowanie firm, a zachowanie determinuje wyniki rynkowe: skuteczność, rentowność, postęp techniczny (Motta, 2004, s. 7). Implementacja założeń szkoły harwardzkiej przyczyniła się do restrykcyjnych rozstrzygnięć sądów amerykańskich względnie zwyczajnych praktyk handlowych (Fox, 2002, s. 377). Zgodnie z tym podejściem, koncentrowano się przede wszystkim na posiadanej przez dane przedsiębiorstwo sile rynkowej, pozwalającej mu na angażowanie się w antykonkurencyjne praktyki. Znaczenie ekonomicznych przyczyn podejmowania tych zachowań nie odgrywało z kolei większej roli.

Przyjęcie wskazanych założeń wiąże się z postrzeganiem konkurencji w ujęciu podmiotowo-strukturalnym: jako systemu zapewniającego niezakłócone konkurowanie, a nie jako efektu tego procesu w postaci dobrobytu konsumentów. Takie ujęcie konkurencji jest dominujące w unijnym prawie i polityce konkurencji. Pojawiają się zatem oskarżenia, że w UE chroni się konkurentów, a nie konkurencję (Fox, 2003, s. 149–165). Należy w związku z tym postawić pytanie, czy tak ukształtowane teoretyczne podstawy europejskiego prawa i polityki konkurencji przystają do realiów gospodarki cyfrowej.

Konkurencja na rynku „nowej gospodarki”

Termin „nowa gospodarka” używany jest do określenia zmian strukturalnych, spowodowanych wdrażaniem na masową skalę nowoczesnych technologii z zakresu komunikacji i przetwarzania danych (Gorywoda, Jańczuk, 2009, s. 10)⁶. Na tradycyjnych rynkach współczynnik innowacji jest niski, wejścia na rynek wolne i nieregularne, nie występują gwałtowne zmiany struktury rynku. Przedsiębiorstwa cechuje wielozakładowy proces produkcji. Natomiast na rynkach nowej gospodarki obserwowane są częste wejścia i wyjścia, wysoki współczynnik innowacyjności oraz korzyści skali konsumpcji. Cykl życiowy produktów uległ znacznemu skróceniu, innowacyjne produkty charakteryzuje specyficzna struktura kosztów – ich stworzenie wymaga wysokich nakładów początkowych, natomiast koszty krańcowe są niewielkie (Klincewicz, 2008, s. 159).

Rynek nowych technologii charakteryzuje się występowaniem szczególnego modelu konkurencji nazywanego konkurencją dynamiczną. Marian Kępiński (2014, s. 4) definiuje ją jako dążenie do osiągnięcia wysokiego stopnia gospodarowania, a co się z tym wiąże – wysokiego poziomu innowacyjności. W tym ujęciu konkurencja jest ciągłym procesem opartym na postępie technicznym. W rezultacie konkurencji wprowadzają na rynek coraz to nowe towary i usługi, dążąc do zaspokojenia rodzących się nowych potrzeb nabywców i konsumentów.

Konkurencja dynamiczna powinna być więc rozumiana jako konkurencja innowacjami, w której przedsiębiorcy wykorzystują przewagę techniczną w celu umacniania swojej pozycji na rynku. Przedsiębiorcy nie konkurują więc tylko ceną i jakością produktów, ale przede wszystkim

⁶ Niewątpliwie najważniejszą z tych technologii obecnie jest Internet.

innowacyjnością. Przedsiębiorca, który jako pierwszy stworzy jakiś innowacyjny produkt, stanie się naturalnym monopolistą, zgodnie z zasadą, że „zwycięzca bierze wszystko” (Loon, 2012, s. 14). Innymi słowy, dla przedsiębiorców działających na tych rynkach – celem zapewnienia przewagi konkurencyjnej w technologii przyszłości – niezbędne są znaczne inwestycje w innowacje. Dotychczasowi liderzy rynkowi w dynamicznie rozwijających się branżach mogą być zastąpieni przez nowe przedsiębiorstwa, oferujące bardziej innowacyjne produkty i usługi⁷.

Simon Bishop i Mike Walker zauważają, że konkurencja na rynku nowych technologii przybiera często postać konkurencji nie na rynku (ang. *on the market*), a o rynek (ang. *for the market*) – o uzyskanie monopolu na jakiś nowy towar lub usługę. Pozycja dominująca uzyskana przez przedsiębiorcę może być jednak nietrwała – wprowadzenie na rynek nowego, bardziej innowacyjnego produktu (tzw. *disruptive innovation*) może spowodować całkowitą zmianę struktury rynku (Bishop, Walker, 2002, s. 202–203). Występuje więc zjawisko płynności udziałów rynkowych, związanych z dużą ilością nowych wejść na rynek. Zdaniem Dariusza Aziewiczza (2014, s. 113) innowacyjność może być decydującym czynnikiem pozwalającym ocenić siłę rynkową przedsiębiorstwa, natomiast badanie udziałów rynkowych – ze względu na ich niestabilność – prowadzi do błędnych wyników (Aziewicz, 2014, s. 113). W związku z tym, ocena siły rynkowej powinna przede wszystkim uwzględniać dynamikę rynku oraz natężenie innowacji.

Pojawia się szereg sprzecznych poglądów, czy i w jakim zakresie prawo konkurencji powinno mieć zastosowanie do rynku nowych technologii (Kohutek, 2012, s. 322–323). Zwolennicy interwencjonizmu uważają, że rynki nowej gospodarki, często zmonopolizowane, są szczególnie podatne na występowanie zjawiska antykonkurencyjnego wykluczenia, mogącego hamować innowacje i negatywnie wpływać na dobrobyt konsumentów. Dlatego też zadaniem organów antymonopolowych jest wykorzystywanie narzędzi prawa konkurencji w celu zapobiegania i zwalczania praktyk, które mogłyby ograniczać innowacje. Pogląd taki reprezentowany jest przez Komisję Europejską w 2008 r., która uzasadniała swoją ingerencję w praktyki Microsoft potrzebą ochrony efektywności dynamicznej.

Zwolennicy bardziej umiarkowanej koncepcji opowiadają się z kolei za ograniczeniem roli prawa konkurencji. Swoje podejście uzasadniają

⁷ Jako przykład można tutaj podać firmę IBM, która straciła swoją pozycję rynkową na rzecz Microsoft, produkującego systemy operacyjne oraz Intel – producenta sprzętu komputerowego.

brakiem odpowiednich środków zaradczych mogących skutecznie korygować skutki praktyk ograniczających konkurencję dynamiczną. Ostatni, najbardziej radykalny pogląd głosi, że w ogóle nie powinno się stosować zasad prawa antymonopolowego do innowacyjnych praktyk, ponieważ zbyt duży interwencjonizm może prowadzić do „chłodzenia innowacji” (ang. *chilling competition*). Zwolennicy tego podejścia uważają, że za legalne powinno się uznać praktyki dominanta polegające m.in. na technologicznym wiązaniu produktów i odmowie dostępu do informacji objętych prawami własności intelektualnej (Kohutek, 2012, s. 322–323).

Handel elektroniczny a integracyjny cel prawa konkurencji UE

Znamienną cechą polityki oraz prawa konkurencji UE jest ich ścisły związek z celami integracyjnymi, w szczególności ustanowieniem rynku wewnętrznego. Zgodnie z pierwszym zdaniem protokołu 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji – rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję⁸. Twórcy integracji europejskiej dostrzegali bowiem, że funkcjonowanie rynku wewnętrznego może zostać zakłócone nie tylko poprzez działania państw (bariery publiczne), ale także same przedsiębiorstwa (bariery prywatne). Jest to niezwykle istotne z perspektywy rozwoju nowych technologii oraz handlu elektronicznego. Internet spowodował redukcję geograficznych barier w handlu, co znajduje wyraz w często cytowanym zwrocie, że w Internecie wszystko jest oddalone tylko o jedno kliknięcie (Kohutek, 2014, s. 35). Spowodowane jest to nie tylko wzmocnieniem kanału komunikacji, tj. większej możliwości kontaktowania się, ale również zmniejszeniem kosztów przez przedsiębiorców, mogących teraz obsłużyć znacznie szerszy krąg geograficzny.

Handel elektroniczny jest istotnym krokiem w stronę dalszego wzmocnienia relacji handlowych w ramach rynku wewnętrznego. Niewątpliwie *e-commerce* wzmocnia wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, a tym samym przyczynia się do sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Doświadczenia Unii Europejskiej w znoszeniu barier w tradycyjnym handlu towarami i usługami dowodzą, że ułatwia to

⁸ Zgodnie z pierwszym zdaniem protokołu 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji – rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję. Do czasu wejścia w życie traktatu z Lizbony cen ten wynikał z ówczesnego art. 3 ust. 1 lit. g TWE.

współpracę, stymuluje lepsze wykorzystanie i alokację zasobów, a w konsekwencji przekłada się na wzrost gospodarczy wszystkich uczestników wymiany (Śledziwska, 2016, s. 6). Obecnie UE nie wykorzystuje jednak potencjału transakcji internetowych. Szczególnie polscy przedsiębiorcy relatywnie rzadko korzystają z tego kanału sprzedaży, dlatego też ich udział w transgranicznym handlu elektronicznym jest niski. Przy czym należy zauważyć, że problemy z zakupem online z zagranicy deklaruje mniej niż 5% konsumentów, a aż 70% nie miało żadnego problemu (Eurostat, 2016, s. 1).

Usunięcie barier na tym rynku stanowi priorytet polityczny Jean-Claude Junckera w ramach obecnej kadencji Komisji Europejskiej (2014–2019). Strategia ta opiera się na trzech filarach: (1) usprawnienie transgranicznego handlu elektronicznego; (2) wzmocnienie infrastruktury telekomunikacyjnej oraz innowacyjnych usług cyfrowych oraz (3) stworzenie takich warunków dla europejskich przedsiębiorstw, które pozwolą im jak najszerzej czerpać korzyści z nowych technologii oraz umacniać swoją pozycję handlową (Komunikat Komisji, 2015, s. 4).

Wspieranie budowy JRC stanowi więc istotny cel unijnej polityki konkurencji, który przełoży się na zwalczanie określonych praktyk ograniczających konkurencję na rynku handlu elektronicznego oraz usług internetowych.

Polityka antymonopolowa w erze cyfrowej

Chociaż w 2014 r. około 50% obywateli UE dokonywało zakupów *online*, to jednak tylko 15% z nich nabywała dobra i usługi z innych państw członkowskich. Przyczyn tego faktu należy upatrywać nie tylko w barierach kulturowych, ale także w stosowaniu antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorstw, ograniczających transgraniczną dystrybucję internetową pomiędzy państwami członkowskimi (Komunikat Komisji, 2015, s. 2).

Komisja Europejska w swojej strategii położyła akcent na dwa rodzaje barier w transgranicznym handlu elektronicznym tj. *geo-blocking* oraz *geo-filtering*. Pierwszy rodzaj ograniczeń to rozwiązania stosowane przez sprzedawców internetowych, które prowadzą do odmowy dostępu do stron internetowych klientom z innych państw członkowskich, zaś drugi – stosowaniu odmiennych warunków umów, w szczególności dotyczących cen (Komunikat Komisji, 2015, s. 5). Przykładami takich praktyk może być np. brak możliwości założenia konta na holenderskiej stro-

nie producenta ubrań z podaniem w systemie rejestracji innego państwa członkowskiego; możliwość założenia konta na stronie producenta, ale brak możliwości dostarczenia przesyłki do państwa pochodzenia klienta; różnicowanie cen danych towarów w zależności od państwa członkowskiego, z którego zamawiany jest towar; przełączanie klienta ze strony z domeną *.de* na stronę z domeną *.pl* (a tym samym brak możliwości korzystania z różnicy cen występującej pomiędzy różnymi państwami członkowskimi); brak dostępu do streamingu filmu, gdy dany portal wykryje, że jesteśmy z państwa, w którym nie jest oferowana ta usługa. Geoblokowanie realizowane jest z reguły w oparciu o adres IP klienta, obejmujący przybliżone wskazanie lokalizacji, z której łączy się on z Internetem. Badanie sektorowe skupi się w szczególności na przeszkodach w tych sektorach, w których handel elektroniczny jest najbardziej rozpowszechniony m.in. elektronika, odzież i obuwie oraz treści cyfrowe. Obejmie to producentów, hurtowników, sprzedawców internetowych oraz platformy internetowe (np. aukcje internetowe czy też porównywarki cenowe).

W niektórych przypadkach blokowanie geograficzne jest ściśle związane z umowami między dostawcami a dystrybutorami (tj. umowami wertykalnymi). Aż 59% biorących udział w badaniu sektorowym dostawców treści cyfrowych przyznało, że do blokowania geograficznego zobowiązują ich umowy z dostawcami (Komisja Europejska, 2016, s. 1). Umowy takie mogą ograniczać konkurencję na jednolitym rynku, naruszając art. 101 TFUE. Należy jednak oceniać to indywidualnie w każdym przypadku. Co bowiem oczywiste, nie wszystkie z ww. przypadków będą stanowiły przykład praktyki ograniczającej konkurencję. Jeżeli blokowanie geograficzne wynika z jednostronnych decyzji biznesowych podejmowanych przez przedsiębiorstwo rezygnujące z prowadzenia sprzedaży za granicą, takie zachowanie przedsiębiorstwa niezajmującego pozycji dominującej wykracza wyraźnie poza zakres unijnego prawa konkurencji.

Wskazuje się, że pełna swoboda w sprzedaży internetowej może prowadzić do sytuacji, w której przy zakupie produktu liczy się przede wszystkim jego cena. W konsekwencji zniechęca to producentów i dystrybutorów do inwestycji w budowanie świadomości klienta co do właściwości zakupionego produktu, obsługę sprzedażową, wizerunek i renomę produktu, a także w prestiż marki czy lojalność klienta (Bolecki, 2013, s. 24). Producenci markowych produktów poświęcają bowiem dużo środków, aby ich towary były sprzedawane w profesjonalny sposób. Zbudowanie marki i luksusowego wizerunku produktu nie jest tanie, co

w oczywisty sposób zwiększa koszty sprzedaży. Remedium na te problemy może być wdrożenie systemu dystrybucji selektywnej, który będzie ograniczać sprzedaż internetową (Buccirossi, 2015, s. 747). Umowy dystrybucyjne oraz powodowane przez nie ograniczenia wertykalne w handlu elektronicznym są oceniane na podstawie art. 101 TFUE, zakazującego zawierania antykonkurencyjnych umów. Reguły prawa konkurencji UE mające zastosowanie do ograniczeń wertykalnych są takie same w przypadku sprzedaży offline i online (Asimakopoulos, 2015, s. 3). Pomimo, że twierdzenie to jest prawdziwe, to jednak sposób w jaki te reguły i zasady mogą być dostosowane do sprzedaży internetowej pozostawia wiele kluczowych kwestii otwartych⁹.

Aktualnie organy antymonopolowe oraz sądy mierzyły się już z wieloma ograniczeniami nakładanymi na sprzedaż internetową przez dostawców (producentów) w ramach systemu dystrybucji selektywnej (Buccirossi, 2015, s. 764). W związku z tym można wyróżnić trzy grupy przypadków, zgodnie z którymi niniejsze ograniczenia są badane: 1) ograniczenia handlu elektronicznego, które zasadniczo są postrzegane jako zgodne z prawem konkurencji UE („łagodne ograniczenia”) np. obowiązek spełniania określonych przez dostawcę wymogów jakościowych w wyglądzie strony internetowej dystrybutora i jej funkcjonalności; 2) ograniczenia, które budzą poważne wątpliwości („mocne ograniczenia”) np. zakaz sprzedaży określonych produktów za pośrednictwem aukcji internetowych typu eBay czy Allegro; (3) ogólny zakaz handlu internetowego i inne ograniczenia stanowiące najpoważniejsze ograniczania konkurencji („ekstremalne ograniczenia”) (ibidem, s. 764).

Całkowity zakaz sprzedaży internetowej, kwalifikowany jako *hardcore restriction*, zasadniczo będzie niedopuszczalny i niezgodny z art. 101 TFUE. Dany przedsiębiorca nie może przy tym bronić się i przedstawiać argumentów, zgodnie z którymi specyfika niektórych produktów (np. perfum) wymaga jego osobistego zweryfikowania i przetestowania. W takim duchu wypowiedział się TSUE w swoim wyroku w sprawie *Pierre Fabre* (2011)¹⁰. Niemniej jednak ograniczenie to może być dozwolone obiektyw-

⁹ Rozumienie takich pojęć jak m.in. „aktywna sprzedaż”, „bierna sprzedaż” i „miejsce prowadzenia działalności gospodarczej” nie jest oczywiste w handlu internetowym.

¹⁰ W sprawie tej, francuska spółka zajmująca się produkcją artykułów kosmetycznych, zakazała swoim dystrybutorom sprzedaży swoich produktów za pośrednictwem Internetu. Jednocześnie wymagała, aby były one sprzedawane wyłącznie w fizycznych punktach sprzedaży w obecności dyplomowanego farmaceuty.

ną koniecznością jego wprowadzenia. Producent może zakazać dystrybutorowi sprzedaży przez Internet, jeśli jest to konieczne dla przestrzegania publicznego zakazu sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom ze względów bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych. Należy zauważyć, że będą to jednak bardzo rzadkie przypadki, które nie obejmują ochrony renomy produktów.

W strategii JRC zwrócono także uwagę na rozwój platform internetowych, które charakteryzują się wysokimi udziałami w rynku, a przez to mogą nadużywać swoją pozycję i tworzyć przeszkody dla funkcjonowania jednolitego rynku cyfrowego. Z perspektywy prawa antymonopolowego rozwój platform internetowych rodzi jednak wiele obaw i wątpliwości. Jak zauważa bowiem Komisja niektóre platformy internetowe stały się graczami rynkowymi konkurującymi w wielu sektorach gospodarki, a sposób w jaki wykorzystują swoją władzę rynkową wywołuje liczne pytania wymagające pogłębionej analizy, wykraczającej poza zastosowanie prawa konkurencji w indywidualnych przypadkach (Komunikat, 2015, s. 12). Pojawiają się pytania o naturę tego rynku, a przez to mnożą się problemy związane z wyznaczeniem rynku właściwego oraz siły rynkowej. Ze względu na swoją dwustronną naturę oraz dominujący charakter innowacji jako kryterium konkurencji – tradycyjna analiza antymonopolowa może w niewystarczający sposób odzwierciedlić funkcjonowanie konkurencji na tym rynku (Graef, 2015, s. 2).

Komisja Europejska pod koniec 2010 r. wszczęła postępowanie przeciwko Google w związku z zastrzeżeniami dotyczącymi nieuczciwego promowania przez Google własnych usług w wyszukiwarce, co potencjalnie może stanowić nadużycie pozycji dominującej (art. 102 TFUE)¹¹. Działanie koncernu ma polegać więc m.in. na „sztucznym” faworyzowaniu własnej porównywarki cenowej Google Shopping w ogólnych wynikach wyszukiwania. Zdaniem Komisji takie działanie sprawia, że konsumenci nie zawsze otrzymują najistotniejsze odpowiedzi na wyszukiwane przez nich kwestie, a także hamuje innowacje. Jednakże ze względu na specyfikę usług online bardzo trudno jest oszacować siłę rynkową przedsiębiorstw działających na tym rynku. Jednocześnie jest to niezbędne do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej lub dokonania koncentracji przedsiębiorstw. Co więcej, zjawisko podwyższania cen niezależnie od

¹¹ Do czasu pisania artykułu, tj. do końca czerwca 2016 r., sprawa ta nie została zakończona. W dniu 15 kwietnia Komisja przedstawiła oficjalne uzasadnienie zarzutów wobec Google (ang. *Statement of Objections*) – po ponad czterech latach od wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie.

konsumentów zasadniczo nie ma miejsca, gdyż wprowadzenie jakiegokolwiek opłaty za korzystanie z przeglądarki byłoby pod względem strategii biznesowej nieopłacalne – użytkownicy z łatwością przeszliby na inne konkurencyjne usługi. Sprawa Google wzbudza wiele kontrowersji. Z jednej strony, wielu ekspertów z zakresu prawa konkurencji uważa, że działania Google w ogóle nie mają antykonkurencyjnego charakteru, a pozycja rynkowa spółki jest wynikiem jej innowacyjnej polityki. Z drugiej jednak strony, sprawa ma wymiar polityczny i wizerunkowy. Długi czas postępowania dotyczącego dynamicznych rynków może prowadzić do faktycznej konsolidacji takiego rynku.

Przeniesienie działalności gospodarczej do wirtualnej rzeczywistości sprzyja także pojawianiu się nowych i nieznanych dotąd praktyk. Szybki rozwój handlu elektronicznego wymaga zatem od organów antymonopolowych dostosowania istniejących przepisów oraz teorii ekonomicznych (stosowanych dotychczas do rynku offline) do szerszego zakresu zachowań, które potencjalnie mogą wywierać negatywny wpływ na konkurencję. Przykładem takich praktyk są tzw. detaliczne (platformowe) klauzule największego uprzywilejowania (MFN), które stanowią odpowiednią regulację umów wertykalnych – zawieranych pomiędzy dostawcą (sprzedawcą) a platformą internetową, która jest pośrednikiem w sprzedaży produktów. Zgodnie z tą klauzulą sprzedawca zobowiązuje się, że na danej platformie nie będzie nakładał na swoje produkty lub usługi cen wyższych niż ma to miejsce na innej platformie¹².

Aktualnie około czternaście krajowych organów antymonopolowych w UE prowadziło lub nadal prowadzi postępowania dotyczące detalicznych klauzul MFN w zakresie takich platform internetowych jak biura podróży, porównywarki cenowe czy też *online marketplaces* (m.in. Amazon marketplace, iBookstore, Booking.com, Expedia). Co jednak niepokojące, krajowe organy antymonopolowe, działając w oparciu o art. 101 TFUE, doszły do różnych konkluzji w przypadku tych samych lub podobnych praktyk. Brak aktywnych działań ze strony Komisji na poziomie całej Unii, m.in. poprzez przejęcie krajowych postępowań, doprowadziło do sytuacji zagrażającej jednolitej wykładni prawa konkurencji UE (Akman, 2015, s. 2).

¹² W konsekwencji klauzule MNF zapewniają „parytet cen” wśród różnych platform internetowych, a tym samym omawiana praktyka zawiera także element umowy horyzontalnej.

Konkluzje

Chociaż coraz więcej towarów i usług sprzedaje się przez Internet, to jednak transgraniczna sprzedaż internetowa w UE nadal wzrasta w powolnym tempie. Koegzystencja tradycyjnej sieci dystrybucyjnej z siecią internetowej sprzedaży detalicznej ma przy tym powszechny charakter, a pomiędzy tymi sieciami może dochodzić do napięć i konfliktów – zwłaszcza w ramach systemów dystrybucyjnych (Kirsch, Weesner, 2006, s. 298–299). Istnieją podstawy, aby uznać, że przedsiębiorstwa – poprzez swoje praktyki handlowe – stwarzają przeszkody w transgranicznym handlu elektronicznym, a przez co powodują rozdrobnienie rynku wewnętrznego wzdłuż granic krajowych oraz uniemożliwiają rozwój uczciwej konkurencji. Przeszkody te, w szczególności mogą obejmować ograniczenia w umowach dystrybucyjnych, które uniemożliwiają detalistom sprzedaż towarów i usług zakupionych *online* lub poza granicami kraju konsumentom w innych państwach członkowskich UE. Oprócz tego – niepokój Komisji budzą zachowania platform internetowych takich jak wyszukiwarki internetowe, sklepy internetowe czy też porównywarki cenowe w zakresie nowych i nieznanych dotąd praktyk rynkowych. Z przedstawionych rozważań wynika, że rynki te wykazują się jednak znaczną odmiennością od rynków tradycyjnych (*offline*), a przez co wymagane jest odpowiednie dostosowanie unijnych narzędzi prawa konkurencji do specyfiki rynków internetowych, na których funkcjonują niniejsze podmioty.

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

Wiedza zdobyta dzięki badaniu sektorowemu może przyczynić się do lepszego egzekwowania przepisów prawa konkurencji w sektorze *e-commerce* w UE, a tym samym umocnić funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Krajowe organy antymonopolowe, które na co dzień stosują art. 101 i 102 TFUE, potrzebują jasnych wytycznych ze strony Komisji w celu jednolitego egzekwowania unijnych reguł konkurencji.

Polityka antymonopolowa UE to istotny element polityki gospodarczej, celem której jest sprzyjanie w budowie JRC. Sprawa Google pokazuje jednak ogromne trudności w zastosowaniu unijnych koncepcji prawa konkurencji do rynków nowych technologii. Polityka antymonopolowa, ukształtowana w UE na gruncie szkoły fryburskiej oraz harwardzkiej, nie do końca odpowiada istocie konkurencji na rynkach cyfrowych – ma ona bowiem charakter dynamiczny, a nie statyczny. W związku z tym, może dojść do „paradoksu antymonopolowego”, gdyż zbyt interwencyjne podejście może nie tylko nie chronić konkurencji, lecz także ją ograniczać i osłabiać. Polityka ta powinna promować korzystne skutki konkurencji (tj. dobrobyt konsumentów w postaci niższych cen, bardziej innowacyjnych usług), a nie strukturę rynku, czyli wielość podmiotów działających na danym rynku właściwym.

Bibliografia

- Akman P. (2015), *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*, „CCP Working Paper”, nr 12.
- Asimakopoulou I. G. (2015), *Physical and Virtual Selective Distribution in the EU Competition Law*, Ateny.
- Aziewicz D. (2014), *Konkurencja dynamiczna w teście istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 3.
- Badanie Eurostatu, [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Internet_use,_frequency_of_use_and_online_purchases,_2015_\(%25_of_individuals\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Internet_use,_frequency_of_use_and_online_purchases,_2015_(%25_of_individuals).png), 2.01.2016.
- Bishop S., Walker I. M. (2002), *The Economics of EC competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londyn.
- Bolecki A. (2013), *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 3.
- Bork R. H. (1997), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oxford.
- Buccirossi P. (2015), *Vertical restrictions on e-commerce and selective distribution*, „Journal of Competition Law & Economics”, nr 11.
- Fox E. M. (2002), *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anti-competitive Effect*, „Antitrust Law Journal”, nr 70.
- Fox E. M. (2003), *We protect competition, you protect competitors*, „World Competition”, nr 26.
- Gerber D. J. (2001), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford.

- Gorywoda Ł., Jańczuk A. (2009), *UOKiK v Microsoft: stosowanie prawa konkurencji w sektorach nowej gospodarki a ryzyko błędu regulacyjnego*, „PSEAP Working Paper”, nr 3.
- Graef I. (2015), *Stretching EU competition law tools for search engines and social networks*, „Internet Policy Review”, nr 3.
- Hildebrand D. (2009), *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Haga–Londyn–Nowy Jork.
- Jebsen P., Stevens R. (1996), *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, „Antitrust Law Journal”, nr 64.
- Kamińska K. (2013), *Wpływ ordoliberalizmu na rozwój polityki konkurencji w RFN i Unii Europejskiej*, „Ekonomia i Prawo”, nr 2.
- Kepiński M. (2014), *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 15: *Prawo konkurencji*, red. M. Kepiński, Warszawa.
- Kirsch A., Weesner W. (2006), *Can Antitrust Law Control E-commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law*, „Journal of International Law and Policy”, nr 12.
- Klincewicz K. (2008), *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft*, w: *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, Warszawa.
- Kohutek K. (2012), *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa.
- Kohutek K. (2014), *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 10.
- Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 6 maja 2015 r., *Strategia Jednolitego Rynku Cyfrowego dla Europy*, COM(2015) 192 final.
- Komunikat prasowy Komisji Europejskiej, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_pl.htm, 18.03.2016.
- Loon S. van (2012), *The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position?*, w: *Google & the Law – Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, red. A. Lopez-Tarruella, Haga.
- Miąsik D. (2008), *Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies”, nr 1.
- Motta M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge.
- Rodriguez A. E., Menon A. (2010), *The Limits of Competition Policy*, Haga.
- Stroiński R. (2008), *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law & Economics)*, w: *Ekonomia dla Prawników*, red. M. Bednarski, J. Wilkin, Warszawa.

- Szpringer W. (2013), *Dwu-(wielo)-stronne modele e-biznesu a prawo konkurencji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 1.
- Śledziewska K. (2016), *Analiza mechanizmu geoblokowania w kontekście różnicowania cen w UE w transgranicznym handlu elektronicznym. Perspektywa Polski*, „Raport DELab UW”.
- Whish R. (2009), *Competition Law*, Oxford, s. 19–24.
- Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS przeciwko Président de l’Autorité de la concurrence i Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, ECLI:EU:C:2011:649.
-

The role of competition policy in the digital era. Challenges and practical implications

Summary

What is the role of competition policy in the digital economy? There is no doubt that digital markets play an increasingly important part in the lives of EU citizens. From a public policy perspective, it is of key importance to ensure that healthy competition leads firms to deliver significant benefits to European consumers through increasing innovativeness. However, some believe that competition authorities should refrain from intervening in fast-moving, technology driven industries and services, as the cost of intervention in those industries would generally outweigh possible benefits. Indeed, digital markets raise new challenges for competition enforcement. Because of their multi-sided nature and the predominance of innovation as a parameter of competition, traditional competition analysis may not be sufficiently able to reflect the way in which competition takes place on these innovation markets.

Key words: Digital Single Market, European Union, competition policy

Nota o autorze

Artur Szmigielski [artur.szmigielski@wpia.uw.eu.pl] – doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół prawa konkurencji oraz wpływu nowych technologii na prawodawstwo UE.