

Po co komu moje dane?

Omówienie opinii francuskiego organu ds. konkurencji dotyczącej wykorzystania danych w sektorze reklamy internetowej

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Rynek reklamy internetowej
 1. Rodzaje reklamy internetowej
 2. Jak działa reklama programatyczna?
 3. Rola pośredników
 4. Jak działa *Real Time Bidding*?
 5. Znaczenie danych
 6. Znaczenie Google'a i Facebooka
- III. Analiza w świetle prawa konkurencji
 1. Rynki właściwe
 - 1.1. Usługi dla internautów
 - 1.2. Usługi reklamowe
 - 1.3. Usługi pośredniczenia i analizy danych
 2. Pozycja uczestników rynku
 - 2.1. Udziały w rynku
 - 2.2. Bariery do wejścia i ekspansji na rynku
 - 2.3. Wyrównawcza siła nabywczą
 3. Problematiczne praktyki na rynku reklamy internetowej
 4. Ochrona danych osobowych a konkurencja na rynku reklamy internetowej
- IV. Krytyczna analiza Opinii
 1. Uwagi wstępne
 2. Dwustronny aspekt rynku reklamy internetowej
 3. Dane jako nowe narzędzie wymiany
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Poniższy artykuł omawia opinię francuskiego organu ds. konkurencji dotyczącą wykorzystania danych w sektorze reklamy internetowej. Pierwsza część artykułu opisuje funkcjonowanie rynku reklamy internetowej, w tym działanie reklamy programatycznej, znaczenie danych i internautów

* Absolwentka Uniwersytetu w Cambridge i Kolegium Europejskiego w Brugii; e-mail: natalia.hartung@gmail.com.

oraz pozycję kluczowych graczy na rynku reklamy internetowej, czyli Google'a i Facebooka. Druga część prezentuje wstępną analizę rynku reklamy internetowej z perspektywy prawa konkurencji. Organ rozważa następujące rynki właściwe: usług dla internautów, reklamy na portalach społecznościowych, reklamy graficznej, reklamy typu *Search* oraz usług pośredniczenia i analizy danych. Następnie Organ zwraca uwagę na problematyczne praktyki stosowane na tych rynkach, m.in. stosowanie sprzedaży wiązanej, cen drapieżnych i wyłączności, wykorzystywanie efektu dźwigni, utrudnienia w interoperacyjności czy dyskryminujące warunki. Ostatnia część artykułu porusza tematy, które nie zostały dogłębnie przeanalizowane w opinii, a mianowicie dwustronny aspekt rynku reklamy internetowej oraz czy dane mogą być traktowane jako nowe narzędzie wymiany w gospodarce cyfrowej.

Słowa kluczowe: art. 101 i 102 TFUE; kontrola koncentracji; badanie sektorowe; reklama internetowa; dane; opinia organu ds. konkurencji; rynki wielostronne; Google, Facebook; gospodarka cyfrowa.

JEL: K21, K24, K39, K49

I. Wprowadzenie

W marcu 2018 roku francuski organ ds. konkurencji (dalej: Organ) opublikował opinię dotyczącą wykorzystania danych w sektorze reklamy internetowej (dalej: Opinia Organu)¹. Organ dogłębnie zbadał rynek, analizując jego funkcjonowanie, pozycję kluczowych graczy oraz potencjalne problemy z perspektywy prawa konkurencji. Efektem tej pracy jest omówiona poniżej Opinia. Dokument ten nie jest elementem postępowania spornego przeciw konkretnemu podmiotowi, nie stwierdza zatem ani nie sankcjonuje możliwego naruszenia prawa konkurencji. Może natomiast być punktem wyjścia dla dalszych postępowania, podobnie jak badanie sektorowe Komisji Europejskiej².

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie czytelnikowi głównych ustaleń poczynionych przez organ ds. konkurencji. Opinia Organu jest interesująca ze względu na rosnące znaczenie gospodarki cyfrowej, która w znaczącej mierze oparta jest na reklamie internetowej. Ten typ marketingu jest kluczowy dla szerszego rynku reklamy, choć w Polsce, w odróżnieniu od Francji, nie prześcignął jeszcze reklamy telewizyjnej i stanowił w 2016 r. 30% wszystkich wydatków na reklamę (iab Polska. 2017/2018). Specyfika reklamy internetowej stawia też ciekawe wyzwania dla prawa konkurencji, jak na przykład definicja rynku, jego dwustronna natura czy znaczenie danych dla siły rynkowej.

Niniejszy artykuł podzielony jest na trzy części. Pierwsza część opisuje funkcjonowanie rynku reklamy internetowej, w tym działanie reklamy programatycznej, znaczenie danych i internautów oraz pozycję kluczowych graczy na rynku reklamy internetowej, czyli Google'a i Facebooka. Druga część prezentuje wstępną analizę rynku reklamy internetowej z perspektywy prawa konkurencji. Dwie pierwsze części są zatem omówieniem treści Opinii Organu. Natomiast część ostatnia podejmuje się rozważenia zagadnień, którym w opinii autorki Organ nie poświęcił wystarczająco miejsca w swojej Opinii.

¹ Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet. Francja (dalej: Opinia Organu). Pozyskano z: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/18a03.pdf>.

² Opinia Organu, 2018, pkt 5.

II. Rynek reklamy internetowej

1. Rodzaje reklamy internetowej

Organ wyróżnia dwa podstawowe rodzaje reklamy internetowej: **reklamę typu Search** oraz **reklamę graficzną** (*Display Advertising*)³. Reklama typu *Search* umożliwia sponsorowanie linków, jakie pojawiają się w wynikach wyszukiwania przy wykorzystaniu wyszukiwarki internetowej, takiej jak Google Search czy Bing. Linki sponsorowane, czyli reklamy, pojawiają się wyżej w wynikach, tym samym zwiększając szansę, że internauta wejdzie na stronę reklamodawcy. Reklama graficzna natomiast pojawia się na stronie wydawcy w formie banneru, płytki czy też filmiku wideo⁴. Dla reklamy graficznej kluczowymi wydawcami są media społecznościowe⁵. Według Organu, reklama typu *Search* jest wiodącym typem reklamy internetowej we Francji i odpowiada 55% obrotu wygenerowanego na tym rynku. Drugim rodzajem reklamy internetowej pod względem znaczenia i obrotów jest reklama graficzna, której wzrost jest powiązany z rozwojem **reklamy wideo**⁶.

Odrębną kategorię stanowi **reklama mobilna**, czyli reklama wyświetlana na telefonach komórkowych, która również dzieli się na reklamę typu *Search* i reklamę graficzną. Reklama mobilna odnotowuje silny wzrost nakładów zarówno we Francji, jak i w reszcie Europy⁷.

Wreszcie wyodrębnić należy **reklamę programatyczną**, czyli reklamę polegającą na zautomatyzowanym zakupie przestrzeni reklamowej i prowadzeniu kampanii. Ten rodzaj reklamy zazwyczaj opiera się na systemie aukcji w czasie rzeczywistym, opisanym poniżej⁸.

2. Jak działa reklama programatyczna?

Reklama internetowa rządzi się podobnymi prawami, jak reklama w telewizji czy prasie. **Wydawcy**, na przykład Facebook, YouTube czy też autorzy blogów, produkują treść, która przyciąga uwagę internautów. Na tej uwadze zależy **reklamodawcom**, którzy płacą wydawcom za umieszczenie ich reklam na swoich stronach internetowych. W transakcji zakupu przestrzeni reklamowych uczestniczy też dodatkowo wielu **pośredników**, wspierających zarówno wydawców w optymalizacji procesu sprzedaży ich przestrzeni reklamowej, jak i reklamodawców w przeprowadzeniu skuteczniejszej kampanii reklamowej. Tacy pośrednicy mogą stanowić zintegrowany element każdej ze stron bądź zewnętrzną wynajętą firmę.

Popyt i podaż na rynku reklamy internetowej spotykają się na tzw. **giełdach reklamowych** (*Ad Exchange*)⁹. Wiodącą metodą transakcji programatycznej na giełdzie reklamowej jest **RTB** (*Real-Time Bidding*), czyli aukcje w czasie rzeczywistym. Jest to system aukcji otwartych dla każdego reklamodawcy, który jednak nie zakłada bezpośredniej relacji między kupującym a sprzedającym. Innym sposobem zakupu reklamy jest **zakup programatyczny bezpośredni**, który umożliwia stworzenie bezpośredniej, uprzywilejowanej relacji między reklamodawcą a wydawcą¹⁰.

³ Opinia Organu, 2018, pkt 14.

⁴ Ibidem, pkt 14.

⁵ Ibidem, pkt 15.

⁶ Ibidem, pkt 15–16.

⁷ Ibidem, pkt 15 i 17.

⁸ Ibidem, pkt 18–19.

⁹ Ibidem, pkt 23, 34.

¹⁰ Ibidem, pkt 22.

Dzięki giełdom reklamowym, reklamy internetowe dają możliwość prowadzenia znacznie bardziej precyzyjnych kampanii. Podczas gdy tradycyjne media, jak gazety czy telewizja pozwalają na dostosowanie kampanii reklamowej w oparciu jedynie o uogólnione cechy, jakie przypisuje się czytelnikowi lub widzowi danego medium, giełdy reklamowe umożliwiają prowadzenie spersonalizowanej kampanii, dostosowanej do konkretnego internauty¹¹.

3. Rola pośredników

Głównymi pośrednikami pojawiającymi się **po stronie wydawców** są działy reklamy, *Ad Networks*, adserwery po stronie wydawcy oraz SSP, czyli platformy po stronie podaży (*Supply-Side Platforms*).

Działy reklamy zajmują się sprzedażą przestrzeni reklamowej reklamodawcom, ich domom mediowym i *Trading Desks*. Mogą się tym zajmować z wolnej ręki bądź z wykorzystaniem transakcji programatycznych. Mogą one stanowić zintegrowaną, wewnętrzną część wydawcy lub też być wynajętym zewnętrznym podmiotem. Działy reklamy zazwyczaj zawierają umowy z adserwerami (*Ad Server*) po stronie wydawcy, SSP, platformami zarządzania danymi i dostawcami danych¹². Wraz z rozwojem RTB i giełd reklamowych, funkcje działu reklamy dla małych i średnich wydawców zaczęły pełnić **Ad Networks**, dzięki którym przestrzeń reklamowa oferowana przez takich wydawców jest w stanie osiągnąć, łącznie, wystarczającą skalę by być interesującą dla reklamodawców¹³.

Adserwery po stronie wydawcy stanowią platformę technologiczną służącą do zarządzania przestrzenią reklamową oraz optymalizacji procesu rozpowszechniania reklam zgodnie z kryteriami, takimi jak *capping* (tj. ograniczanie liczby wyświetleń danej reklamy dla tego samego internauty w zdefiniowanym okresie), ilość wyświetleń, daty czy skuteczność. Adserwery oferują też narzędzia niezbędne do raportowania i analizowania kampanii reklamowych. Umożliwiają ponadto weryfikację czy dana reklama podlega zapisom umowy bezpośredniej między wydawcą a reklamodawcą i, jeżeli tak jest, mogą dać priorytet takiej reklamie. Wydawca zazwyczaj współpracuje tylko z jednym adserwerem ze względu na złożoną i kosztowną integrację technologiczną, jakiej wymaga taka współpraca¹⁴.

Z kolei **SSP** (platformy po stronie podaży; *Supply-Side Platforms*) jest platformą technologiczną, która odpowiada za optymalizowanie i automatyzowanie sprzedaży przestrzeni reklamowej poprzez określanie minimalnej ceny, decydowanie o informacjach udzielonych na potrzeby aukcji i o tym, jacy kupcy mogą w niej uczestniczyć. Wydawcy zazwyczaj łączą się z wieloma SSP i giełdami reklamowymi w celu zwiększenia swoich przychodów¹⁵.

Głównymi pośrednikami pojawiającymi się **po stronie reklamodawców** są domy mediowe, *Trading Desks*, adserwery po stronie reklamodawcy oraz DSP, czyli platformy po stronie popytu (*Demand-Side Platforms*)¹⁶.

¹¹ Ibidem, pkt 22.

¹² Ibidem, pkt 37.

¹³ Ibidem, pkt 39.

¹⁴ Ibidem, pkt 36.

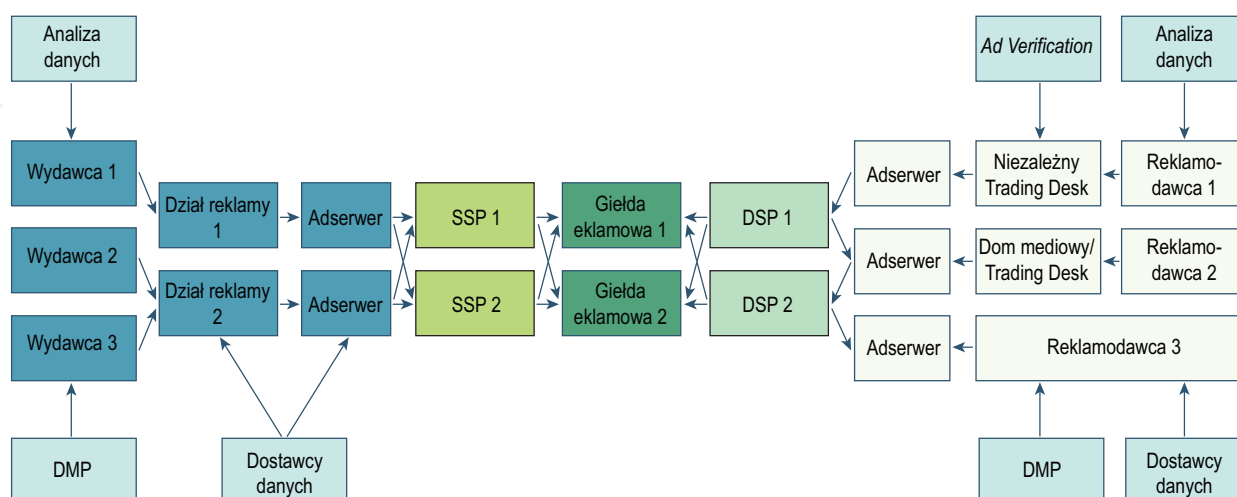
¹⁵ Ibidem, pkt 35.

¹⁶ Ibidem, pkt 23.

Domy mediowe pomagają reklamodawcom w tworzeniu i realizacji kampanii reklamowych. Wiele z tych domów posiada własne platformy do programatycznego zakupu przestrzeni reklamowych, tzw. **Trading Desks**¹⁷. Te ostatnie zajmują się znalezieniem i zakupem w czasie rzeczywistym przestrzeni, którymi zainteresowany jest reklamodawca¹⁸. W tym celu wykorzystują technologiczne narzędzie, jakim jest **DSP** i które stanowi interfejs umożliwiający zakup przestrzeni reklamowej oferowanej przez *Ad Networks*, *Ad Exchanges* i *SSP*¹⁹.

Wreszcie **adserwery po stronie reklamodawcy** stanowią platformę technologiczną mieszczącą poszczególne produkty reklamowe, która umożliwia ich rozpowszechnianie. Ponadto, adserwery umożliwiają zarządzanie i optymalizowanie kampanii reklamowej poprzez modyfikację pewnych jej elementów czy też *capping*, nadzorowanie grupy docelowych odbiorców bądź tworzenie raportów statystycznych mierzących skuteczność kampanii²⁰. Rysunek 1. przedstawia uproszczony schemat relacji pomiędzy głównymi uczestnikami rynku reklamy internetowej.

Rysunek 1. Schemat relacji pomiędzy głównymi uczestnikami rynku reklamy internetowej



Źródło: Wersja polska opracowana na podstawie schematu na str. 22 Opinii Urzędu.

4. Jak działa *Real Time Bidding*?

RTB działa w następujący sposób. Gdy internauta otworzy stronę internetową wydawcy, ta strona ładuje się z pustymi przestrzeniami przeznaczonymi na reklamy. Wtedy przeglądarka internetowa komunikuje się z adserwerem wydawcy, aby ustalić czy dane przestrzenie nie są objęte bezpośrednią umową pomiędzy wydawcą a reklamodawcą. Jeżeli nie, nawiązany zostaje kontakt z SSP wydawcy, której przekazane zostają wszystkie dane dotyczące internauty oraz dostępnych przestrzeni reklamowych, jakimi dysponuje adserwer. Przestrzenie reklamowe są wtedy wystawiane na giełdzie reklamowej.

Gdy dana przestrzeń reklamowa pojawi się na giełdzie, DSP reklamodawców połączonych z tą giełdą muszą zdecydować czy brać udział w aukcji i jaką cenę zaproponować. W tym celu DSP

¹⁷ Ibidem, pkt 28.

¹⁸ Ibidem, pkt 29.

¹⁹ Ibidem, pkt 31.

²⁰ Ibidem, pkt 30.

porównują dane otrzymane od swojego reklamodawcy z danymi przekazanymi przez adserwer wydawcy oraz danymi dotyczącymi internauty pochodzącymi z innych źródeł (np. od dostawcy danych), jak również badają ewentualne umowy programatyczne bezpośrednie.

SSP wybiera najwyższą spośród wszystkich złożonych ofert i wysyła wybraną reklamę do wyszukiwarki internauty. Wyszukiwarka kontaktuje się wtedy z adserwerem reklamodawcy i, po otrzymaniu instrukcji dotyczących reklamy oraz sposobu jej wyświetlania, wyświetla reklamę internaucie. Ze względu na szybkość wszystkich powyższych transakcji, internauta zobaczy wybraną dla niego reklamę niemalże natychmiast po otwarciu strony internetowej²¹.

Istnieje wiele metod taryfikacji stosowanych w sektorze reklamy internetowej. Koszt tysiąca (*cost per mille*; CPM) oznacza koszt tysiąca wyświetleń danej reklamy. Koszt za klik (*cost per click*; CPC) określa metodę płatności uzależnioną od liczby kliknięć przez internautów na wyświetloną reklamę. Koszt za podwójne kliknięcie odnosi się do metody taryfikacji wymagającej pierwszego kliknięcia na reklamę i ponownego kliknięcia już na stronie reklamodawcy. Koszt za akcję (*cost per action*; CPA) dotyczy taryfikacji zależnej od konkretnego zachowania internauty, jak na przykład dokonania zakupu na stronie internetowej reklamodawcy. Wreszcie koszt za obejrzenie (*cost per view*; CPV), stosowany w reklamie wideo, uzależniony jest od odtworzenia danego filmiku przez internautę w określonym przedziale czasowym²².

5. Znaczenie danych

Opisany powyżej proces RTB obrazuje jak niezwykle istotnie znaczenie mają dla reklamy internetowej dane. Umożliwiają one reklamodawcom zaplanowanie, analizowanie i kontrolowanie swojej kampanii reklamowej, a wydawcom ułatwiają optymalizację sprzedaży ich przestrzeni reklamowych.

W sektorze reklamy internetowej zbierane i wykorzystywane są różne **rodzaje danych**²³. Po pierwsze, są to **dane dotyczące internautów**, takie jak ich zainteresowania, wiek, płeć czy język, ale też dane kontaktowe, dane wyszukiwania (np. przeglądane strony internetowe, czas spędzony na danej stronie), dane dotyczące dokonanych zakupów czy dane geolokalizacji. Te informacje umożliwiają dostosowanie reklamy do konkretnego internauty²⁴. Po drugie, gromadzone są **dane dotyczące urządzeń**, z których internauta łączy się z internetem, na przykład adres IP. Te dane umożliwiają rozpoznanie danego internauty, gdy korzysta on z różnych urządzeń. Jest to możliwe na przykład dzięki temu, że internauta jest zalogowany do swojego konta Google zarówno na komputerze, jak i na telefonie²⁵. Po trzecie, zbierane są **dane dotyczące produktów** reklamodawcy, w tym nazwa i kategoria wyszukiwanych produktów. Po czwarte, **dane dotyczące stron i aplikacji**, w szczególności odwiedzin, przestrzeni reklamowych, ich struktury i tematyki. Po piąte, **dane o kampaniach reklamowych**, jak na przykład liczba wyświetleń (kontekst i skala wyświetlania reklamy, cechy charakterystyczne, jakość i widoczność) czy dane dotyczące aukcji (złożenie oferty czy wygrywająca cena). Dzięki danym o kampaniach możliwa jest ich optymalizacja, w tym badanie konwersji, czyli tego, w jakim stopniu reklamy skutkują oczekiwaną reakcją

²¹ Ibidem, s. 24.

²² Ibidem, pkt 25.

²³ Ibidem, pkt 40.

²⁴ Ibidem, pkt 42.

²⁵ Ibidem, pkt 42.

internauty (np. przejściem na daną stronę, zakupem produktu, pojawieniem się na wydarzeniu). Ponadto ten typ danych pozwala wybrać zwycięzcę aukcji czy ograniczyć oszustwa, w szczególności wyświetlanie reklamy niezgodne z umową. Wreszcie gromadzone są też **dane zewnętrzne**, jak godzina czy pogoda²⁶.

Organ rozróżnia dwa główne **sposoby zbierania danych**. Po pierwsze, można zbierać dane **w systemie logowania**, w którym internauta musi uprzednio stworzyć swoje konto, podając wymagane informacje, np. tworząc konto Google. Po drugie, dane mogą być też zbierane przez reklamodawcę lub wydawcę **przy wykorzystaniu narzędzi śledzenia** (*tracking*) na ich własnych stronach, takich jak cookies, tagi na stronie czy tagi na reklamie. Ponadto internauci mogą dobrowolnie przekazać informacje o sobie, na przykład zapisując się do newslettera czy też podczas zakupu zarówno online, jak i offline²⁷.

Opinia przybliży działanie narzędzi śledzenia między innymi na przykładzie **plików cookie**. Cookie (zwane też ciasteczkami) to plik zapisany na dysku internauty przez serwer strony, którą internauta odwiedził. Jest to plik tekstowy zawierający wiele informacji, które odczytać i zarejestrować może serwer, m.in. nazwa serwera, który założył cookie, numer identyfikacyjny i data wygaśnięcia. Cookie może pełnić różne funkcje, na przykład zapamiętywać zawartość koszyka podczas zakupów online, umożliwiać geolokalizację czy rozpoznawać internautę przy ponownych wizytach na danej stronie. Cookie reklamowe natomiast umożliwia śledzenie przebiegu wizyty internauty na stronie internetowej²⁸.

Pliki cookies mają kluczowe znaczenie dla reklamy programatycznej. Podczas aukcji SSP wysyła informacje o internaucie zapisane na cookie. DSP porównuje te informacje z danymi reklamodawców, aby ustalić czy internauta jest celem reklamy. DSP gromadzi te dane w bazach, które tworzy, umieszczając tagi na stronie reklamodawcy, samodzielnie lub za pomocą platform zarządzania danymi (Data Management Platform, **DMP**). Ponadto, działy reklamy mogą zakładać cookies na przestrzeniach reklamowych, aby zbierać informacje dotyczące m.in. liczby wyświetlonych reklam czy kliknięć przez internautę. Natomiast adserwery wykorzystują cookies by wyświetlać właściwe reklamy i prowadzić *reporting* (tj. raportowanie na temat wyświetlanych reklam)²⁹.

W tym kontekście Opinia przytacza dwa rodzaje usług, które są istotne dla rynku reklamy internetowej: (i) narzędzia służące do analizy i kontroli kampanii (Data Analytics oraz Ad Verification); oraz (ii) platformy zarządzania danymi i usługi dostarczania danych (DMP). **Data Analytics** analizuje cechy internautów odwiedzających daną stronę internetową, jej konwersję oraz bada grupę internautów, do których dociera konkretna kampania reklamowa. Dzięki takim informacjom reklamodawca może zbadać interakcję internauty z reklamą, w tym skąd dostał się na daną stronę internetową, co na niej oglądał i ile czasu na niej spędził³⁰. Z kolei **Ad Verification** weryfikuje czy reklama jest rozpowszechniana w sposób, który nie zagraża reputacji reklamodawcy i czy jest kierowana do właściwej grupy docelowej³¹.

²⁶ Ibidem, pkt 23.

²⁷ Ibidem, pkt 43–44.

²⁸ Ibidem, str. 31.

²⁹ Ibidem, pkt 48.

³⁰ Ibidem, pkt 52–55.

³¹ Ibidem, pkt 56.

Natomiast wspomniane powyżej DMP, czyli platformy zarządzania danymi, są wykorzystywane zarówno przez reklamodawców, jak i przez wydawców. Są zatem podłączone do DSP, SSP, giełd oraz adserwerów. Reklamodawcom DMP pomagają organizować i segmentować grupy docelowe, jak również zbierać informacje o internautach i analizować ich zachowania. Co się tyczy wydawców, DMP dają im możliwość określenia cech socjodemograficznych internautów odwiedzających ich strony, dzięki czemu wydawcy mogą przygotować atrakcyjniejszą ofertę sprzedaży swoich przestrzeni reklamowych³².

W ten sposób dane, ich ilość, dokładność, zróżnicowanie i dostępność stanowią kluczowy parametr konkurencji na rynku reklamy internetowej z perspektywy zarówno reklamodawców, jak i wydawców³³. Stawia to w szczególnej pozycji **internautów**, którzy z jednej strony stanowią cel reklamy, a z drugiej zaś – źródło danych. Należy tutaj wspomnieć, że internauta może ograniczyć zarówno reklamy, które będą wyświetlać się na odwiedzanych przez niego stronach internetowych (na przykład poprzez wykorzystanie narzędzi blokujących typu *Ad Block*), jak i dane, które są zbierane na jego temat³⁴. Znaczenie mają też tutaj regulacje prawne dotyczące ochrony danych osobowych oraz życia prywatnego, które razem z dostępnymi dla internautów narzędziami mają znaczący wpływ na przychody wydawców i pośredników technicznych³⁵. Są to jednak ograniczenia, które nie dotyczą wszystkich uczestników rynku jednakowo – więksi gracze mogą często je ominąć. I tak Google porozumiał się z właścicielem narzędzia Adblock, by ten uwzględnił jego reklamy na liście reklam dozwolonych, których wyświetlanie nie będzie blokowane. Z kolei Facebook rozwinął technologię, która uniemożliwia funkcjonowanie narzędzi blokujących³⁶. Poniższa sekcja przedstawia ustalenia Organu dotyczące szczególnej pozycji tych dwóch gigantów technologicznych w sektorze reklamy internetowej.

6. Znaczenie Google'a i Facebooka

Opinia zwraca uwagę, że dla rynku reklamy internetowej szczególne znaczenie mają dwa podmioty: Google i Facebook. Ich silna pozycja rynkowa przejawia się na kilka sposobów.

Po pierwsze, **większość obrotu na rynku reklamy internetowej jest realizowana przez Facebooka i Google'a**. Poza nimi żaden podmiot nie posiada udziału w obrotach na rynku reklamy internetowej we Francji przewyższającego 10%. Natomiast Google ma znacznie silniejszą pozycję niż Facebook, generując we Francji trzykrotnie większe przychody niż ten ostatni. Sytuacja ma się podobnie na poziomie globalnym, gdzie Google odpowiada za jedną trzecią obrotów³⁷. Facebook i Google charakteryzują się też wysokim wzrostem obrotów (w 2017 r. o odpowiednio 49 i 20%) i razem odpowiadają za 92% wzrostu w sektorze reklamy internetowej³⁸. Co więcej, obydwa przedsiębiorstwa prowadzą konsekwentną politykę przejęć. Google kupił m.in. Applied Semantics, YouTube'a, DoubleClick, SSP AdMob i Admeld, DSP Invite Media i Motorolę, podczas gdy Facebook jest właścicielem Instagrama i WhatsAppa³⁹.

³² Ibidem, pkt 58–59.

³³ Ibidem, pkt 88 i 95.

³⁴ Ibidem, pkt 69 i 74.

³⁵ Ibidem, pkt 71–72.

³⁶ Ibidem, pkt 74.

³⁷ Ibidem, pkt 98–100.

³⁸ Ibidem, pkt 103–104.

³⁹ Ibidem, pkt 105 i 239.

Po drugie, **usługi kluczowe z punktu widzenia internautów są świadczone właśnie przez Facebooka i Google'a**, czyniąc z nich w ten sposób wiodących wydawców, oferujących wiele przestrzeni reklamowych, proporcjonalnie do liczby wejść na daną stronę internetową bądź aplikację mobilną⁴⁰. W sierpniu 2017 roku w samej Francji strony Google'a zostały odwiedzone przez 44,9 milionów internautów, wyprzedzając Facebooka o ponad 4 miliony⁴¹. Google oferuje niezwykle szeroką gamę usług, podczas gdy Facebook jest liderem na rynkach portali społecznościowych oraz komunikatorów (*fr.* messageries instantanées)⁴². Liczba internautów odwiedzających strony i aplikacje tych przedsiębiorstw stale rośnie, co jest powiązane ze znaczącymi efektami sieciowymi zarówno bezpośrednimi, jak i pośrednimi. Te efekty wynikają z natury świadczonych usług oraz silnej pozycji Google'a i Facebooka i są szczególnie znaczące w przypadku Google Search, YouTube'a, Map Google, Facebooka, Instagrama, Messengera i WhatsAppa. Co więcej, te usługi są wzajemnie powiązane, na przykład Google Search ułatwia dostęp do Map Google i YouTube'a, a Facebook ułatwia dostęp do Messengera⁴³. Efekty sieciowe mogą prowadzić do efektu kuli śnieżkowej, faworyzując dużych graczy na rynku i prowadząc do koncentracji. Mogą również stanowić barierę do wejścia na rynek. Znaczenie tutaj może też mieć zbieranie i wykorzystanie danych, które mogą wzmacniać efekty sieciowe, umożliwiając przedsiębiorstwu poprawę jakości jego produktów i usług, w ten sposób prowadząc do zwiększonych udziałów w rynku. Efekty sieciowe mogą jednak wspierać nowych uczestników rynku, którym umożliwiają przyciągnięcie dużej liczby użytkowników ze względów innych niż ich rozmiar (na przykład dzięki swojej innowacyjności)⁴⁴.

Po trzecie, **najpopularniejsze usługi związane z reklamą internetową są świadczone przez Google'a i Facebooka**. Ich szczególna pozycja wynika z wyjątkowo dużej ilości posiadanej przestrzeni reklamowej, możliwości wykorzystania obszernego zbioru danych, wertykalnej integracji oraz, w przypadku Google'a, obecności na rynku zarówno reklamy typu *Search*, jak i reklamy graficznej⁴⁵.

Jak wspomniano powyżej, Google i Facebook **dysponują dużą ilością przestrzeni reklamowej**, na którą składają się przestrzenie reklamowe na ich własnych stronach internetowych, jak również na niezależnych stronach i aplikacjach⁴⁶. Przykładowo, gdy reklamodawca nawiąże współpracę z Google, jego reklama graficzna będzie wyświetlana nie tylko na stronach należących do Google'a (jak YouTube czy Gmail), lecz także na niezależnych stronach, których wydawcy korzystają z usług pośredniczych Google'a, takich jak AdSense czy DoubleClick⁴⁷ 48. Facebook działa w podobny sposób, choć na mniejszą skalę, z tym że reklamodawcy z nim współpracujący

⁴⁰ Ibidem, pkt 107.

⁴¹ Ibidem, pkt 109.

⁴² Google dostarcza ponad 70 różnych produktów i usług, które umożliwiają internautom m.in. wyszukanie informacji (Wyszukiwarka Google, Mapy Google, Tłumacz Google, Chrome), rozrywkę (np. YouTube, Muzyka Google Play), otrzymywanie informacji (np. Gmail, Google+ i Wiadomości Google), organizację (np. Zdjęcia Google, Kontakty, Kalendarz Google) czy poprawę wydajności (Dokumenty Google, Arkusze Google, Dysk). (Opinia Organu, 2018, pkt 110).

⁴³ Opinia Organu, 2018, pkt 111–114 i str. 54.

⁴⁴ Ibidem, s. 54.

⁴⁵ Ibidem, pkt 118.

⁴⁶ Ibidem, pkt 119.

⁴⁷ AdSense umożliwia wydawcom wyświetlanie reklam na ich stronie/ aplikacji, podczas gdy DoubleClick świadczy kompleksową obsługę techniczną zarówno wydawcom jak i reklamodawcom, w tym udostępnia adserwer, giełdę reklamową oraz platformy DSP i SSP. (Opinia Organu, 2018, pkt 121–122)

⁴⁸ Opinia Organu, 2018, pkt 120–122.

będą korzystać z Facebook Audience Network, jeżeli chcą, aby ich reklamy były wyświetlane na przestrzeniach reklamowych niezależnych wydawców⁴⁹.

W następnej kolejności należy zwrócić uwagę na **możliwości Google'a i Facebooka wykorzystania obszernego zbioru danych**, które dają im znaczącą przewagę konkurencyjną. W szczególności Organ podkreślił, że te podmioty zbierają dane dostępne przez ich własne strony, jak również przez niezależne strony i aplikacje, które korzystają z usług i narzędzi oferowanych przez nie na rynku reklamy internetowej. Co więcej, Facebook może zbierać dane ze stron, które używają jego kodów (jak przyciski Lubię To i Udostępnij lub piksel Facebooka, czyli narzędzie wyświetlania reklam), podczas gdy Google wykorzystuje do tego przeglądarkę Chrome, narzędzia używające oprogramowania Android lub strony korzystające z jego narzędzi analizy (Google Analytics)⁵⁰. Niemniej jednak Google uważa, że duże ilości danych, do których ma dostęp, nie stanowią bariery do wejścia na rynek, ponieważ są to dane ogólnodostępne i mogą być odtworzone przez jego konkurentów⁵¹.

Jak wspomniano powyżej, dane umożliwiają targetowanie (tj. określenie i/lub dotarcie do wybranej grupy docelowej reklamy). W tym zakresie Google i Facebook oferują reklamodawcom różne funkcjonalności, jak na przykład typowanie odbiorców ze względu na kontekst, temat, zainteresowania, język i geolokalizację czy uwarunkowania socjodemograficzne. To daje tym podmiotom przewagę konkurencyjną ze względu na ilość i zróżnicowanie danych, które umożliwiają reklamodawcom na dotarcie do precyzyjnie zdefiniowanej grupy odbiorców. Co więcej, dane są potrzebne do efektywnej kontroli i oceny kampanii reklamowej⁵².

Dla siły Google'a i Facebooka na rynku reklamy internetowej istotny jest też fakt, że są one **zintegrowane wertykalnie**, posiadają zarówno przestrzenie reklamowe, jak i zajmują się ich sprzedażą. Z tej integracji wynika optymalizacja na różnych poziomach łańcucha wartości. Na przykład współdzielenie infrastruktury przez DSP i giełdę reklamową Google'a minimalizuje ryzyko utracenia informacji zawartych w ciasteczkach. Co więcej, DSP Google'a są w stanie szybciej odpowiedzieć na aukcje ogłaszane na giełdzie reklamowej Google'a. Ponadto Google i Facebook umożliwiają dostęp do danych wygenerowanych na ich portalach jedynie reklamodawcom, którzy korzystają z ich usług pośredniczenia, w ten sposób wiążąc dane i te usługi⁵³.

Wreszcie Google jest jednym z nielicznych podmiotów, który jest w stanie zaoferować reklamodawcom **tak reklamę typu Search, jak i reklamę graficzną**. Dzięki temu reklamodawca, przy użyciu konta AdWords, może prowadzić kampanię opartą na tych dwóch typach reklamy. W ten sposób, gdy internauta wyszuka słowo klucz określone przez reklamodawcę, zobaczy jego reklamę w wynikach wyszukiwania, ale także jako reklamę graficzną wyświetlaną na stronach wydawców współpracujących z Googlem⁵⁴.

⁴⁹ Ibidem, pkt 123–124.

⁵⁰ Ibidem, pkt 125–127, 130.

⁵¹ Ibidem, pkt 125–127.

⁵² Ibidem, pkt 134–137.

⁵³ Ibidem, pkt 141–143.

⁵⁴ Ibidem, pkt 144–147.

III. Analiza w świetle prawa konkurencji

1. Rynki właściwe

1.1. Usługi dla internautów

W pierwszej kolejności Organ odnotował, że wiele z usług świadczonych internautom, w szczególności przez Facebooka i Google'a, jest świadczonych bezpłatnie (na przykład wyszukiwarka Google, YouTube, Gmail, Facebook, Instagram, WhatsApp). To komplikuje standardową analizę rynku z wykorzystaniem testu SSNIP, który oparty jest na wzroście ceny. Możliwym rozwiązaniem jest zastosowanie testu opartego na jakości oferowanych usług, tzw. SSNIQ. Niemniej jednak w 2007 roku sąd w Stanach Zjednoczonych w sprawie *KinderStart* stwierdził, że wyszukiwarki nie mogą stanowić rynku właściwego, ponieważ korzystanie z nich jest bezpłatne⁵⁵.

Mimo to praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej (dalej: KE) wydaje się jednoznacznie wskazywać, że takie usługi mogą zostać uznane za rynek właściwy. I tak w decyzjach *Facebook/WhatsApp* (2014) i *Microsoft/LinkedIn* (2016), KE jako rynek właściwy wyznaczyła usługi sieci społecznościowych oraz usługi zawodowych sieci społecznościowych. Natomiast w zeszłorocznej decyzji *Google Shopping* KE określiła jako rynki właściwe rynek ogólnych wyszukiwarek internetowych oraz rynek porównywarek cen. W tej decyzji KE zwróciła uwagę, że mimo iż internauci nie płacą za korzystanie z wyszukiwarek, to niemniej jednak przyczyniają się do ich spieniężenia poprzez dostarczanie swoich danych. Tutaj Organ zwrócił uwagę na fakt, że decyzja o udostępnianiu usług za darmo jest biznesową decyzją każdego przedsiębiorstwa i nic nie stoi na przeszkodzie, żeby Google i Facebook zaczęły pobierać opłaty za oferowane usługi. Na przykład Google proponuje internautom w Stanach Zjednoczonych abonament na YouTube Red, który, w odróżnieniu od standardowego YouTube'a, jest dostępny bez reklam⁵⁶.

Należy tutaj odnotować argument przedstawiony Organowi przez Facebooka, który argumentował, że operuje na rynku „przyciągania uwagi”, na którym miałby konkurować z tradycyjnymi mediami, jak telewizja czy gazety. Organ odrzucił jednak taką definicję rynku, przytaczając wyżej cytowane już decyzje KE⁵⁷.

1.2. Usługi reklamowe

1.2.1. Reklama online a reklama offline

Pierwszym zagadnieniem, jaki Organ poddał pod rozważenie było, czy reklama internetowa należy do tego samego rynku co reklama telewizyjna, nie podejmując ostatecznej decyzji co do definicji rynku właściwego. Organ zwrócił uwagę na rosnące podobieństwo między oboma typami reklamy, zwłaszcza jeżeli chodzi o reklamę wideo. Niemniej jednak Opinia zdaje się ciążyć w kierunku stwierdzenia, że rynek reklamy internetowej jest odrębnym rynkiem, podpierając się praktyką decyzyjną zarówno własną, jak i KE (na przykład decyzja *Google/DoubleClick* z 2008 r.). Organ zwrócił w szczególności uwagę na inne metody taryfikacji i targetowania, interaktywność reklamy internetowej, niższe koszty wejścia na rynek czy też narzędzia do śledzenia kampanii

⁵⁵ Ibidem, pkt 159.

⁵⁶ Ibidem, pkt 161–162.

⁵⁷ Ibidem, pkt 164–165.

reklamowych, które nie są dostępne przy reklamie telewizyjnej. Co więcej, rynek reklamy internetowej charakteryzuje się dużym zróżnicowaniem uczestników i obejmuje także pośredników technologicznych, którzy nie są potrzebni przy reklamie telewizyjnej. Reklama telewizyjna jest ponadto objęta specjalnym reżimem prawnym. Natomiast z punktu widzenia reklamodawców, reklama internetowa jest tańsza, pozwala dotrzeć do większej liczby odbiorców i dokładniej określonej grupy internautów oraz oferuje narzędzia pomiaru skuteczności i kontroli kampanii reklamowej, które nie są dostępne przy korzystaniu z reklamy telewizyjnej. Wreszcie należy wskazać, że ta ostatnia nie jest substytutem reklamy typu *Search*⁵⁸.

1.2.2. Różne rodzaje reklamy internetowej

Organ sugeruje, ale nie stwierdza definitywnie, z jednej strony wyróżnienie odrębnego rynku dla reklamy na portalach społecznościowych, z drugiej zaś – rozróżnienie między reklamą graficzną i reklamą typu *Search*⁵⁹.

Co się tyczy reklamy na portalach społecznościowych, Organ zwrócił uwagę na następujące aspekty: dane zebrane na portalu są następnie wykorzystywane do targetowania; owe dane są szczegółowe, kompletne i niezwykle znaczące dla reklamy internetowej; portale społecznościowe oferują reklamę po bardzo atrakcyjnych cenach; wreszcie wiele domów mediowych stworzyło działy specjalnie dedykowane reklamie na takich portalach⁶⁰.

Jeżeli chodzi o substytucyjność pomiędzy reklamą graficzną a reklamą typu *Search*, Organ odniósł się do swojej Opinii z 2010 roku dotyczącej rynku reklamy internetowej, w której stwierdził, że te dwa typy reklamy odpowiadają różnym potrzebom reklamodawców, a ta ostatnia posiada lepsze możliwości targetowania. Organ przywołał też decyzję w sprawie *Facebook/WhatsApp*, w której KE rozważyła, bez ostatecznego stwierdzenia, powyższą segmentację rynku. W szczególności KE zwróciła uwagę na to, że oba rodzaje reklamy używane są do różnych celów: reklama typu *Search* generuje bezpośredni ruch na stronę reklamodawcy, podczas gdy reklama graficzna służy do budowania (świadomości) marki⁶¹.

1.3. Usługi pośredniczenia i analizy danych

Wspierając się decyzją KE w sprawie *Google/DoubleClick*, Organ wyróżnił dwa osobne rynki, oba o obrębie geograficznym obejmującym co najmniej Europejski Obszar Gospodarczy: rynek pośredniczenia w sprzedaży reklamy (na którym operują giełdy reklamowe, SSP i DSP) oraz rynek rozpowszechniania reklam (na którym działają adserwery). Podczas gdy DSP i SSP służą do nawiązania relacji między wydawcą a reklamodawcą, adserwery wydawców zapewniają rozwiązania technologiczne, dzięki którym wyświetlenie reklam jest możliwe⁶².

Co się tyczy usług analizy danych, Organ zwrócił uwagę, że KE w swojej praktyce decyzyjnej zaproponowała, bez ostatecznego stwierdzenia, następującą segmentację tego rynku na: (i) rynek usług informacji marketingowej, obejmujący dostarczanie informacji na temat

⁵⁸ Ibidem, pkt 170–174.

⁵⁹ Ibidem, pkt 176.

⁶⁰ Ibidem, pkt 177.

⁶¹ Ibidem, pkt 178.

⁶² Ibidem, pkt 183–185.

poszczególnego internauty; (ii) rynek badań rynku; oraz (iii) rynek badań mediów, w celu określenia ich widowni. Organ stwierdził, że przeprowadzone przez niego konsultacje publiczne nie podważyły podejścia KE⁶³.

2. Pozycja uczestników rynku

W pierwszej kolejności Organ zwrócił uwagę na dwustronny charakter wielu z rynków, na których działają Google i Facebook. Organ przytoczył własne wytyczne dotyczące kontroli koncentracji, które wymagają analizy obydwu rynków w celu zarówno wyznaczenia rynku właściwego, jak i oceny skutków koncentracji. W związku z tym analiza rynku dwustronnego może być prowadzona w oparciu o zdefiniowanie pojedynczego rynku właściwego o dwóch stronach bądź w oparciu o dwa osobne, choć powiązane ze sobą rynki właściwe⁶⁴. Następnie Organ przeszedł do analizy pozycji Facebooka i Google'a na uprzednio zdefiniowanych rynkach, rozważając ich udziały w rynku, bariery ekspansji i wejścia na rynek oraz wyrównawczą siłę nabywczą.

2.1. Udziały w rynku

Przed przejściem do analizy udziałów na konkretnych rynkach właściwych, Organ zwrócił uwagę, że Sąd Unii Europejskiej stwierdził, że w przypadku nowych, intensywnie rozwijających się sektorów, które charakteryzują się krótkimi cyklami innowacji, duże udziały w rynku nie wskazują koniecznie na siłę rynkową⁶⁵.

2.1.1. Rynki usług dla internautów

Na rynku usług dla internautów istnieje wiele mierników ilości, które można wziąć pod uwagę przy analizie siły rynkowej, na przykład liczba kont, liczba użytkowników dziennych lub miesięcznych, liczba odwiedzin na stronie, liczba użytkowników zalogowanych, liczba wideo udostępnionych bądź wyświetlonych przez użytkowników. Niemniej jednak wiele z tych mierników nie odzwierciedla czasu spędzonego na korzystaniu z serwisu ani ilości danych o użytkowniku, jaki dana platforma może zebrać. W związku z tym takie czynniki również powinny być brane pod uwagę w celu zmierzenia grupy użytkowników danego serwisu⁶⁶.

Problematyczne jest też dokładne zidentyfikowanie przedsiębiorstw działających na wytyczonych rynkach. I tak na przykład w procesie konsultacji przeprowadzonym przez Organ, YouTube często zaliczany był do portali społecznościowych, mimo że jego podstawową funkcją jest przechowywanie i udostępnianie materiałów audiowizualnych. W decyzji *Facebook/WhatsApp*, KE zaliczyła do portali społecznościowych Facebook, Google+, LinkedIn, Twitter i MySpace. Z kolei Bundeskartellamt w swojej wstępnej analizie dotyczącej praktyk stosowanych przez Facebooka stwierdził, że Twitter, Snapchat, LinkedIn oraz YouTube nie są aktywne na rynku portali społecznościowych⁶⁷.

Mając na uwadze powyższe, Organ stwierdził, że Facebook jest największym z portali społecznościowych na urządzeniach przenośnych we Francji, biorąc pod uwagę liczbę pojedynczych

⁶³ Ibidem, pkt 188–189.

⁶⁴ Ibidem, pkt 191.

⁶⁵ Ibidem, pkt 196; przywołując wyrok Sądu z 11.12.2013 r. w sprawie T-79/12 *Cisco Systems, Inc. i Messagenet SpA przeciwko Komisji*, EU:T:2013:635, pkt 69.

⁶⁶ Opinia Organu, 2018, pkt 201, 204.

⁶⁷ Ibidem, pkt 202.

odwiedzających. Razem z Instagramem, portalem należącym do tej samej grupy kapitałowej, odpowiada za ponad połowę wszystkich pojedynczych odwiedzających⁶⁸. Za Facebookiem uplasowały się kolejno Twitter, Instagram, LinkedIn, Snapchat, Pinterest i Tumblr⁶⁹. Z kolei należący do Google'a Gmail ma największą grupę comiesięcznych użytkowników na terminalach mobilnych na rynku poczty internetowej⁷⁰. Również w zakresie usług kartograficznych Google ma pozycję lidera: w lipcu 2017 roku we Francji Mapy Google odwiedziło 28 milionów użytkowników, spośród 35,4 milionów, które skorzystało z tego typu usług. Natomiast na rynku wyszukiwania we Francji Google Search ma ponad 90% udziałów, podczas gdy na rynku przeglądarek Google Chrome ma około 50%⁷¹.

Ocena siły rynkowej YouTube'a jest utrudniona ze względu na to, że wymaga stwierdzenia czy należy on do rynku platform dzielenia materiałów wideo czy też może do szerszego rynku rozpowszechniania treści wideo. Należy tutaj jednak zwrócić uwagę, że YouTube oferuje internautom szeroki wachlarz funkcjonalności, jak na przykład możliwość wstawiania własnych filmów, dostęp do utworów muzycznych czy do stale rosnącej biblioteki filmów. Opierając się na danych przekazanych przez firmę pomiarową Médiamétrie, Organ stwierdził, że YouTube jest najczęściej odwiedzaną na komputerach stroną wideo we Francji: odwiedza go miesięcznie ponad 20 milionów internautów, łącznie spędzając na platformie prawie 52 miliony godzin i odtwarzając ponad miliard filmów⁷².

2.1.2. Rynki usług reklamowych i wykorzystania danych

W 2016 roku Google był największym graczem na światowym rynku reklamy internetowej, z przychodami znacznie przewyższającymi przychody Facebooka. Rozważając łącznie przychody z reklamy graficznej i reklamy typu *Search*, przychody Google'a wyniosły ponad 40% francuskiego rynku reklamy internetowej w 2016 roku. Natomiast biorąc pod uwagę jedynie reklamę typu *Search*, przychody Google'a przekroczyły 70%⁷³.

Co do pozostałych przychodów Google'a, duża część spośród nich pochodzi z usług pośredniczenia. I tak według jednego z uczestników rynku rozpowszechniania reklam, udziały Google'a we Francji na rynku adserwerów dla reklamodawców wynoszą około 65% ilości. Z kolei DSP Google'a, DoubleClick Bid Manager jest DSP generującym największy obrót i charakteryzuje się wysokim wzrostem⁷⁴. Analizując pozycję Google'a na rynku usług pośredniczenia, autorzy Opinii wzięli pod uwagę pełny wachlarz usług, które firma świadczy zarówno reklamodawcom, jak i wydawcom. Przykładowo, biorąc pod uwagę liczbę stron internetowych we Francji obsługiwanych przez dany adserwer, udziały Google'a w sektorze adserwerów przekraczają 70%⁷⁵.

⁶⁸ Ibidem, pkt 203.

⁶⁹ Ibidem, str. 83.

⁷⁰ Ibidem, pkt 206.

⁷¹ Ibidem, pkt 207–209.

⁷² Ibidem, pkt 210–211 i str. 87.

⁷³ Ibidem, pkt 214–215.

⁷⁴ Ibidem, pkt 219–221.

⁷⁵ Ibidem, s. 89.

2.2. Bariery do wejścia i ekspansji na rynku

Co się tyczy barier do wejścia i ekspansji, Facebook i Google twierdzą, że operują w sektorze odznaczającym się innowacyjnością, częstym wejściem na rynek nowych graczy i znaczącym wzrostem. Z kolei pozostali uczestnicy rynku reklamy internetowej przekonują o istnieniu różnorodnych barier do wejścia i ekspansji.

2.2.1. Rynki usług dla internautów

W Opinii stwierdzono, że bariery do wejścia na rynki usług dla internautów mają, ze względu na dwustronną naturę rynku reklamy internetowej, wpływ na przychody z reklamy. Wysokie udziały w rynku oraz różnica między pierwszym a drugim podmiotem wskazują na istotne bariery w szczególności, jeżeli chodzi o wyszukiwarki, usługi kartograficzne, portale społecznościowe, platformy udostępniania wideo czy usługi poczty internetowej. Na każdym z tych rynków Facebook i Google dysponują, niezmiennie od wielu lat, silną, stale rosnącą pozycją⁷⁶.

Rynki te wymagają znaczących **inwestycji**, zarówno początkowych, jak i ponawianych, związanych z utrzymywaniem i poprawą jakości usług oraz przejęciami innych podmiotów. Jednak nawet pomimo znaczących inwestycji w Bing, Microsoft nie był w stanie zwiększyć swoich udziałów w rynku wyszukiwarek. Jest to związane z tym, że wiele z rynków, na których działają Facebook i Google charakteryzuje się silnymi **efektami sieciowymi**, działającymi na korzyść tych przedsiębiorstw. Choć na rynku portali społecznościowych w Europie działa wiele podmiotów (Snapchat, Twitter, Google+), wszystkie z nich mają znacznie mniejsze **grupy użytkowników** niż Facebook czy Instagram. Podobnie YouTube stale zwiększa swoją przewagę na DailyMotion⁷⁷.

Dzięki dużym grupom użytkowników Google i Facebook korzystają z istotnych **efektów skali**, które umożliwiają zmniejszenie kosztów, zebranie większej ilości danych i poprawę jakości usług, w szczególności jakości wykorzystywanych algorytmów. Wszystkie te elementy wskazują na duże bariery do wejścia i ekspansji na rynkach, na których działają Facebook i Google⁷⁸.

2.2.2. Rynki usług reklamowych i wykorzystania danych

Dla wydawców chcących wejść na **rynek sprzedaży przestrzeni reklamowych w internecie** bariery do wejścia i ekspansji są małe, w szczególności, jeżeli zdecydują się na usługi pośredników, takich jak AdSense. Jednak by móc **bezpośrednio sprzedawać** swoje przestrzenie reklamowe niezbędnie jest zbudowanie wystarczająco dużej grupy odbiorców/użytkowników. Ponadto by móc samodzielnie prowadzić bezpośrednią sprzedaż przestrzeni reklamowych z wykorzystaniem własnej technologii programatycznej (np. AdWords, Facebook Ad Manager, Twitter Ads) konieczne jest stworzenie giełdy reklamowej, co z kolei wymaga dużych inwestycji i zasobów ludzkich⁷⁹.

Jeżeli chodzi o **rynki pośredniczenia w sprzedaży oraz rozpowszechniania reklam**, wielu uczestników rynku zwróciło uwagę na znaczące bariery do wejścia i ekspansji. Mimo że wiele istotnych SSP i DSP weszło na te rynki, nie mając powiązań z dużymi grupami, to musiały one jednak dokonać serii inwestycji informatycznych i w oprogramowanie, w rozwój algorytmów

⁷⁶ Ibidem, pkt 226–227.

⁷⁷ Ibidem, pkt 228.

⁷⁸ Ibidem, pkt 229–230.

⁷⁹ Ibidem, pkt 232.

czy w nawiązanie współpracy z platformami, wydawcami i reklamodawcami. Jak wspomniano już powyżej, ten sektor charakteryzuje się też dużą liczbą przejść⁸⁰. Inne bariery na rynku usług pośredniczenia to dostęp do przestrzeni reklamowych, dostępność i przydatność danych użytkowników oraz ekspertyza techniczna umożliwiająca zintegrowanie ze stronami internetowymi reklamodawców. Szczególnie trudno jest rywalizować z Googlem i Facebookiem w kwestiach liczby użytkowników oraz ilości przestrzeni reklamowych⁸¹.

2.3. Wyrównawcza siła nabywcza

Organ stwierdził, że wyrównawcza siła nabywcza wydawców, reklamodawców i pośredników technicznych nie gra istotnej roli na rynku reklamy internetowej. Wielu uczestników tego rynku zwróciło uwagę, że negocjacje z podmiotami, takimi jak Google czy Facebook są bardzo trudne, a często niemożliwe⁸². Każdy wydawca reprezentuje tylko niewielką część popytu na usługi pośredniczenia, podobnie jak pojedynczy reklamodawca jest stosunkowo nieznaczącym graczem na rynku zakupu przestrzeni reklamowych⁸³.

3. Problematiczne praktyki na rynku reklamy internetowej

Opinia Organu ma za zadanie zbadać rynek, natomiast nie może stwierdzać konkretnych naruszeń. W związku z tym w ostatniej części swojej analizy Organ przedstawił problematyczne praktyki, jakie zostały opisane przez uczestników rynku, nie podejmując się jednak ich kwalifikacji w świetle prawa konkurencji⁸⁴.

Po pierwsze, Organ zwrócił uwagę na częste **stosowanie sprzedaży wiązanej, cen drażniących i wyłączności**. Uczestnicy rynku zwracali uwagę na wiązanie ze sobą różnych usług pośredniczenia, usług pośredniczenia i usług dostawy danych oraz usług pośredniczenia i wyłącznego dostępu do przestrzeni reklamowych⁸⁵.

Po drugie, niektóre przedsiębiorstwa stosują **efekt dźwigni**, aby rozszerzyć swoją silną pozycję z jednego rynku na inne lub by co najmniej zaburzyć panujące na nich warunki konkurencji. Tego typu zachowania zdarzają się w szczególności w sektorach, takich jak audyt medialny, domy mediowe, dostawa usług reklamowych czy usług wykorzystania danych dla reklamodawców. Wykorzystanie efektu dźwigni może prowadzić do zamknięcia rynku, zwłaszcza jeżeli informacje posiadane przez podmiot dominujący nie są dostępne bądź odtwarzalne dla jego konkurentów⁸⁶.

Po trzecie, niektórzy wydawcy i pośrednicy twierdzą, że istnieją **różnice w tym, jak są traktowani** przez podmioty, które uznają za dominujące. Takie różnice dotyczą zarówno możliwości spieniężenia pewnych typów filmów na platformie, jaki i warunków dostępu DSP do giełd i inwentarzy reklamowych pewnych wydawców/platform⁸⁷.

Po czwarte, uczestnicy rynku zwracają uwagę na **utrudnienia w interoperacyjności** w sektorze pośrednictwa reklamowego, co według Organu może zostać uznane za możliwą odmowę

⁸⁰ Ibidem, pkt 238–239.

⁸¹ Ibidem, pkt 240.

⁸² Ibidem, pkt 242.

⁸³ Ibidem, pkt 243.

⁸⁴ Ibidem, pkt 247.

⁸⁵ Ibidem, pkt 248.

⁸⁶ Ibidem, pkt 250.

⁸⁷ Ibidem, pkt 251.

przyszanania dostępu do niezbędnych urządzeń, dyskryminację, problemy z przejrzystością lub praktyki łączenia⁸⁸.

Po piątę, wiele podmiotów uznało za istotne **ograniczenia dotyczące zbierania i dostępu do pewnych danych**. Przykładowo, wiele platform odmówiło stacjom telewizyjnym dostępu do danych dotyczących ich własnych usług. Z kolei jeden z pośredników skarżył się na opacność komunikowanych danych. Zwrócił on uwagę, że w przypadku niektórych platform otrzymywane dane są oparte na deklaracjach platformy, a pośrednicy nie mają żadnej możliwości zweryfikowania ich autentyczności. W tym kontekście Organ zwrócił uwagę, że odmowa dostępu do danych może być uznana za niezgodną z prawem konkurencji, jeżeli dane stanowią niezbędne urządzenie bądź jeżeli taka odmowa jest przejawem dyskryminacji. Odmowa dostępu może też stanowić porozumienie antykonkurencyjne⁸⁹.

Po szóste, Organ zwrócił uwagę na standardy pomiaru publiczności i certyfikacji przedsiębiorstw przez podmioty trzecie, które stanowią związki przedsiębiorstw⁹⁰.

Wreszcie należy wspomnieć, że Organ odniósł się do problemów związanych z **brakiem przejrzystości na rynku reklamy internetowej**. W czasie przeprowadzonych konsultacji publicznych wielu uczestników rynku skarżyło się na nierówną dystrybucję przychodów między wydawcami a pośrednikami technicznymi. Uważali, że część nakładów reklamodawców, która dociera do wydawców jest niewystarczająca. Na przykład w 2014 roku Światowa Federacja Reklamodawców (*World Federation of Advertisers*) oszacowała, że jedynie 40% nakładów reklamodawców dociera do wydawców, reszta jest dzielona pomiędzy pośrednikami. Zwrócono też uwagę na problem oszustw, na przykład wykorzystywanie robotów do sztucznego generowania kliknięć czy wyświetlanie wielu reklam na tej samej przestrzeni reklamowej, mimo że tylko pierwsza jest widoczna dla internauty. Zdarza się również, że reklama jest wyświetlana w sposób, który szkodzi marce reklamodawcy, na przykład na stronie lub przed filmem o niestosownej treści⁹¹. W tym kontekście Organ zaznaczył, że potrzebne są stosowne ramy prawne, które poprawią poziom przejrzystości w relacjach między, z jednej strony, wydawcami czy reklamodawcami, z drugiej zaś – pośrednikami i platformami. Takie ramy prawne powinny w szczególności zlikwidować asymetrię, jaka obecnie istnieje między tymi podmiotami w kwestii przejrzystości i wykorzystania danych osobowych⁹².

4. Ochrona danych osobowych a konkurencja na rynku reklamy internetowej

Autorzy Opinii odnotowali, że internauci stopniowo zaczynają sobie zdawać sprawę z tego, że korzystanie z różnorodnych usług w internecie wiąże się ze zbieraniem i wykorzystywaniem ich danych. Niemniej jednak ta świadomość pozostaje stosunkowo niska, w szczególności w porównaniu ze skalą, na jaką te dane są zbierane. Dzięki temu potężni gracze, tacy jak Google czy Facebook są w stanie zachować swoją silną pozycję na rynkach usług dla internautów⁹³.

⁸⁸ Ibidem, pkt 252.

⁸⁹ Ibidem, pkt 253–254.

⁹⁰ Ibidem, pkt 255.

⁹¹ Ibidem, pkt 82–84.

⁹² Opinia Organu, 2018, pkt 262.

⁹³ Ibidem, pkt 277–279.

W tym kontekście w Opinii przywołano unijne regulacje dotyczące ochrony danych osobowych i życia prywatnego, w szczególności proponowane rozporządzenie ePrivacy⁹⁴. Rozporządzenie to, jeżeli zostanie przyjęte w obecnej formie, będzie wymagać wyraźnej zgody internauty na zapisanie na jego urządzeniu jakichkolwiek narzędzi śledzenia, zarówno plików cookies, jak i narzędzi prowadzących do zbierania danych w systemie logowania. W ramach konsultacji publicznych przeprowadzonych dla celów przygotowania Opinii wielu uczestników tego rynku zwróciło uwagę, że proponowane rozporządzenie może mieć odmienne skutki dla różnych uczestników rynku, tym samym zaburzając konkurencję⁹⁵.

Po pierwsze, przejście z systemu *opt-out* (tj. narzędzia śledzenia nie mogą operować, jeżeli internauta omówił udzielenia na to zgody) do systemu *opt-in* (tj. narzędzia śledzenia mogą operować tylko pod warunkiem, że internauta udzielił na to zgody) nie jest neutralne technologiczne. Wynika to z faktu, że użytkownik może chętniej wyrazić zgodę na zbieranie jego danych w systemie logowania niż przy wykorzystaniu innych narzędzi śledzenia⁹⁶.

Po drugie, projekt rozporządzenia ePrivacy zakłada, że przeglądarki internetowe powinny zbierać informacje o wyrażonej przez internautę zgodzie i zapewniać, że jest ona respektowana. W konsekwencji wyszukiwarki będą miały możliwość zablokowania wybranych plików cookies. Według jednego z francuskich wydawców, takie rozwiązanie daje właścicielom wyszukiwarek przewagę nad pozostałymi uczestnikami rynku. Jednocześnie nie jest możliwe, by wyszukiwarki ograniczały ilość danych zbieranych w systemie logowania, nawet w przypadku braku zgody internauty. W efekcie faworyzowane będą potężne podmioty, takie jak Google, Apple, Amazon czy Facebook, które dysponują własnymi wyszukiwarkami i/lub operują w systemie logowania⁹⁷.

Tutaj Organ zwrócił uwagę, że w obecnej formie, proponując zbieranie zgody internautów przez przeglądarki, rozporządzenie może godzić w uczestników rynku działających w oparciu o cookies, w porównaniu z ich konkurentami operującymi w systemach logowania. Jest to konsekwencja tego, że zgoda użytkownika na zbieranie jego danych jest uzyskiwana w momencie jego rejestracji w danym systemie logowania. W opinii Organu, rozporządzenie powinno zakładać wyrażanie zgody na każdej stronie, odwiedzanej przez internautę, również w systemach logowania i bez względu na narzędzie śledzenia. Jednocześnie rozporządzenie powinno dawać internaucie możliwość zaakceptowania lub odmowy zbierania jego danych w oparciu o cele, do jakich te dane są zbierane (w celu umożliwienia świadczenia danej usługi, czy też w celu śledzenia na potrzeby reklamy)⁹⁸.

IV. Krytyczna analiza Opinii

1. Uwagi wstępne

Przed przejściem do analizy i ewentualnej krytyki Opinii Organu należy podkreślić, jak zostało to już opisane powyżej, że celem Opinii nie jest stwierdzenie konkretnych naruszeń prawa konkurencji, a jedynie zbadanie danego rynku i zwrócenie uwagi na możliwe problemy. W związku

⁹⁴ Wniosek rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylające dyrektywę 2002/58/WE (rozporządzenie w sprawie prywatności i łączności elektronicznej) COM/2017/010 final - 2017/03 (COD).

⁹⁵ Opinia Organu, 2018, pkt 281–286.

⁹⁶ Ibidem, pkt 287.

⁹⁷ Ibidem, pkt 289–290.

⁹⁸ Ibidem, pkt 293–294, 296.

z powyższym nie można oczekiwać, że w Opinii czytelnik znajdzie ostateczne odpowiedzi na pewne pytania. Gdyby tak było, Organ ryzykowałby wiązanie sobie rąk w przypadku przyszłych postępowań. Niemniej jednak przygotowanie Opinii stanowi możliwość dogłębnego rozważenia pewnych kluczowych zagadnień, nawet jeżeli nie prowadzi to do ostatecznego zajęcia pozycji w toczących się debatach. Poniżej zostały omówione zagadnienia, które w opinii autorki nie zostały wystarczająco przestudiowane przez Organ: dwustronny aspekt rynku reklamy internetowej oraz rola danych.

2. Dwustronny aspekt rynku reklamy internetowej

Nie ma konsensusu, co do definicji pojęcia „dwustronnego (lub wielostronnego) rynku”. Co do zasady przyjmuje się jednak, że przedsiębiorstwo operujące na wielostronnym rynku musi obsługiwać różne grupy klientów. Wiele definicji stwierdza też, że w przypadku takich rynków zachodzą pośrednie efekty sieciowe pomiędzy obsługiwanymi grupami klientów, co ma wpływ na ustalanie ceny (Wisner i Rasek, 2017, pkt 2).

Dwustronna natura rynku ma znaczenie dla definicji rynku właściwego, pozycji dominującej i oceny skutków danej praktyki bądź koncentracji. Zostało to odnotowane przez Organ w omawianej Opinii. Organ zauważył też, że w przypadku rynków wielostronnych można zdefiniować jeden rynek o wielu stronach bądź odrębne, choć powiązane ze sobą rynki. Opinia opisuje różne rynki, na przykład usług dla internautów czy usług pośredniczenia, i tym samym zdaje się przyjmować do drugie podejście. Jakkolwiek zrozumiałe jest, że w Opinii Organ nie decyduje się jednoznacznie rozstrzygnąć tej kwestii, to jednak szkoda, że autorzy nie pokusili się o pogłębienie tematu. W Opinii brakuje rozważań dotyczących tego, **kiedy mamy do czynienia z jednym, a kiedy z wieloma rynkami**.

W tym zakresie warto przywołać kategoryzację proponowaną przez Wisnera i Raseka (2017). Rozróżniają oni między „platformami łączącymi” (*matching platforms*) a „platformami dostarczającymi widownię/reklamowymi” (*audience providing/advertising platforms*). Platformy łączące umożliwiają najlepsze możliwe skojarzenie członków różnych grup, na przykład dwóch osób korzystających z portalu randkowego. Użytkownicy korzystający z platform łączących mają ten sam cel. Skojarzenie ze sobą danych osób może, ale nie musi, prowadzić do transakcji między nimi. Platformy łączące charakteryzują się wzajemnymi pozytywnymi pośrednimi efektami sieciowymi, a ponadto niektóre mogą odznaczać się (negatywnymi) bezpośrednimi efektami sieciowymi. Z kolei platformy reklamowe dostarczają jednej grupie, na przykład reklamodawcom, uwagę drugiej grupy, na przykład czytelników gazety. Tutaj również pojawiają się pośrednie efekty sieciowe. Wisner i Rasek twierdzą, że platformy łączące stanowią jeden rynek o dwóch stronach, a pozostałe platformy powinny być rozważane jako odrębne, choć powiązane rynki właściwe (Wisner i Rasek, 2017, pkt 16 i 18).

Do zbioru platform łączących zalicza się „platformy transakcyjne” (*transaction platform*). Platforma transakcyjna to pośrednik, który umożliwia stronom nawiązanie bezpośredniej i identyfikowalnej transakcji, na przykład internetowy serwis nieruchomości. Członkowie różnych grup mają wspólny cel. Można też zaobserwować pozytywne wzajemne pośrednie efekty sieciowe. Jedna grupa nie mogłaby samodzielnie funkcjonować, co oznacza, że platformy transakcyjne muszą być uznane za jeden rynek właściwy, obejmujący obie grupy uczestników. Z kolei platformy

nietransakcyjne (*non-transaction platforms*), takie jak media, nie wymagają koniecznie istnienia obydwu grup. Przykładowo, gazety mogą utrzymywać się samodzielnie z przychodów ze sprzedaży i nie muszą koniecznie polegać na reklamodawcach. Co za tym idzie, platformy nietransakcyjne stanowią dwa odrębne, choć powiązane rynki. Takie platformy mogą, ale nie muszą, przejawiać wzajemnych pozytywnych efektów sieciowych (Wismer i Rasek, 2017, pkt15 i 18). Zgodnie z powyższymi rozważaniami reklama internetowa powinna być najprawdopodobniej uznana za oddzielne, choć powiązane ze sobą rynki właściwe. Jest to zgodne z podejściem, jakie zdaje się preferować Organ w Opinii.

Drugim zagadnieniem, które nie otrzymało należytej uwagi w Opinii jest **znaczenie ewentualnych prokonkurencyjnych skutków praktyk stosowanych przez uczestników rynku reklamy internetowej**. Warto byłoby pochylić się nad tym zagadnieniem na poziomie teoretycznym, zwłaszcza że wymaga ono szczególnej uwagi w przypadku rynków dwustronnych ze względu na fakt, że podczas gdy ograniczenie konkurencji może zajść po jednej stronie, pozytywne efekty mogą być odczuwane po drugiej stronie rynku. Taka argumentacja jest też często podnoszona przez strony postępowania, ostatnio przez Google w sprawie *Google Android*⁹⁹. W tej sprawie KE nałożyła w lipcu 2018 r. karę 4,34 miliarda euro na Google'a, między innymi za następujące praktyki. Producenci smartfonów lub tabletów, chcący skorzystać z bezpłatnego oprogramowania Android, musieli zainstalować na swoich urządzeniach przeglądarkę i wyszukiwarkę Google'a (odpowiednio Chrome i aplikację Google Search), jeżeli chcieli mieć dostęp do niezbędnego produktu (*must-have*), czyli aplikacji Sklep Play¹⁰⁰. Google argumentował, że ich model biznesowy opiera się na sprzedaży związanej tych produktów, która umożliwia stworzenie otwartego i bezpłatnego oprogramowania, co jest w interesie zarówno producentów urządzeń, jak i konsumentów¹⁰¹. Tego rodzaju argumenty są oczywiście niezwykle istotne, a mimo to nie istnieją jasne zasady dotyczące tego, w jaki sposób powinny być one uwzględnione w ocenie praktyk stosowanych na rynkach wielostronnych.

W tym zakresie pomocny jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *MasterCard*. Trybunał najpierw zaznaczył, że w przypadku „systemu o dwustronnej naturze [...], aby ocenić, czy środek, który narusza co do zasady zakaz przewidziany w art. 81 ust. 1 [TWE], jako że stwarza on skutki ograniczające konkurencję w stosunku do jednej z dwóch grup konsumentów związanej z tym systemem, może spełniać pierwszą przesłankę przewidzianą w art. 81 ust. 3 WE, należy uwzględnić [...] wszelkie obiektywne korzyści wynikające z tego środka nie tylko na rynku, w stosunku do którego stwierdzone zostało ograniczenie, ale także na rynku, który obejmuje drugą grupę konsumentów związaną z tymże systemem”¹⁰². Oznacza to, że jeżeli praktyka ogranicza konkurencję na jednym rynku (na przykład, w przypadku *Google Android*, na rynku wyszukiwarek internetowych), to przy rozważaniu jej możliwych skutków prokonkurencyjnych należy też wziąć pod uwagę skutki na rynku obejmującym drugą grupę użytkowników (na przykład, konsumentów kupujących urządzenia operujące na oprogramowaniu Android). Należy jednak zwrócić uwagę, że w dalszej części wyroku Trybunał stwierdził, że „w przypadku gdy [...] skutki ograniczające

⁹⁹ Dec. KE z dnia 18.07.2018 w sprawie AT.40099 *Google Android* (nieopublikowana).

¹⁰⁰ Komunikat prasowy KE dostępny na http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm (29.09.2018).

¹⁰¹ Post na blogu Google'a dostępny na <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/android-has-created-more-choice-not-less/> (29.09.2018).

¹⁰² Wyr. TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-382/12 P *MasterCard*, EU:C:2014:2201, pkt 237.

konkurencję zostały stwierdzone tylko na jednym rynku dwustronnego systemu, korzyści wynikające ze środka ograniczającego na odrębnym powiązanim rynku także połączonym z omawianym systemem, nie mogą same w sobie kompensować niedogodności wynikających z tego środka w braku jakichkolwiek dowodów na istnienie odczuwalnych obiektywnych korzyści, które można by przypisać wspomnianemu środkowi na rynku właściwym, zwłaszcza gdy [...] konsumenci na owych rynkach nie są zasadniczo ci sami”¹⁰³. Innymi słowy, ograniczenie konkurencji na rynku właściwym może być uzasadnione jedynie wtedy, kiedy wiążą się z nim pozytywne skutki *na tym samym* rynku właściwym.

To rodzi dalsze pytania: czy korzyści na rynku, na którym zachodzi ograniczenie konkurencji muszą być większe niż na rynku powiązanim, czy wystarczy, że istnieją? W jaki sposób należy ocenić, czy łącznie te korzyści są wystarczające, aby zbilansować negatywne skutki ograniczenia? Są to problemy dotyczące kwantyfikacji tych korzyści, które Alfonso Lamadrid de Pablo (2015) uznaje za jeden z powodów, dla których organy ds. konkurencji często nie przywiązują wystarczającej wagi do pozytywnych efektów danej praktyki stosowanej na rynku wielostronnym. Niemniej jednak tego rodzaju problemy pojawiają się również w przypadku rynków jednostronnych. Tym, co rzeczywiście może utrudniać analizę w przypadku rynków wielostronnych jest fakt, że, przynajmniej według Lamadrida de Pablo, pozytywne efekty uzyskane po stronie popytu mogą zmienić typowo problematyczne praktyki w pozytywne. I tak ceny drapieżne mogą nie mieć na celu wykluczenia konkurencji, a raczej stanowić inwestycję w kluczowy element modelu biznesowego przedsiębiorstwa, czyli użytkowników, aby móc osiągnąć wystarczającą masę krytyczną. Z kolei stosowanie sprzedaży związanej umożliwia wprowadzenie nowego produktu na rynek, pokonanie barier do wejścia lub spieniężenie innego produktu lub usługi (Lamadrid de Pablo, 2015, s. 11).

3. Dane jako nowe narzędzie wymiany

Mimo że Opinia dotyczy wykorzystania danych, to jednak Organ nie podjął się rozważenia ciekawego teoretycznego pytania dotyczącego znaczenia danych dla analizy konkurencyjnej, a mianowicie: **do jakiego stopnia dane są nową walutą?** Organ zdaje się zgadzać ze stwierdzeniem KE, która w decyzji *Google Shopping* wskazała, że, mimo iż użytkownicy nie płacą za dostarczane im usługi, to jednak przyczyniają się do ich spieniężenia poprzez dostarczanie danych¹⁰⁴. To sugeruje, że dane osobiste rzeczywiście stały się nowym narzędziem wymiany wartości, ponieważ oferowane są w zamian za usługi.

Naturalną konsekwencją tego rozumowania jest stwierdzenie, że dane stanowią parametr konkurencji. Oznaczałoby to na przykład, że dane zbierane w przesadnie szeroki sposób i na niekorzystnych dla użytkownika warunkach są analogiczne do wysokich cen czy spadku jakości. Mimo to, w decyzji *Facebook/WhatsApp* KE stwierdziła, że ewentualne problemy związane z ochroną prywatności, które wynikają ze zwiększenia ilości danych kontrolowanych przez Facebooka w następstwie rozważanej transakcji, nie mieszczą się w zakresie prawa konkurencji, a raczej są domeną prawa ochrony danych osobowych¹⁰⁵. To z kolei oznaczałoby, że warunki zbierania danych nie są parametrem konkurencji.

¹⁰³ Ibidem, pkt 242.

¹⁰⁴ Opinia Organu, 2018, pkt 162.

¹⁰⁵ Dec. KE z dn. 3 października 2014 w sprawie COMP/M.7217 Facebook/WhatsApp, pkt 164.

Możliwym rozwiązaniem tej sprzeczności jest pogląd proponowany przez Wismera i Raseka (2017). Autorzy twierdzą, że nie jest konieczne uznanie danych za narzędzie wymiany polegającej na tym, że użytkownik ma dostęp do darmowych usług w zamian za dostarczanie swoich danych. Lepszym rozwiązaniem jest przyjęcie, że darmowe oferowanie pewnych usług dla jednej grupy klientów umożliwia platformie dostarczanie odpłatnych usług, które oferuje innej grupie klientów. W takiej sytuacji platforma nie będzie konieczne oczekiwać „zapłaty” (w danych) od bezpłatnych użytkowników, ponieważ bezpłatna usługa zostanie spieniężona dzięki płatnym klientom. Będzie to jednak możliwe tylko jeżeli zachodzą pośrednie efekty sieciowe między grupą użytkowników korzystających z darmowych usług a grupą korzystającą z odpłatnych usług. Przy takim rozumowaniu rzeczywiście niekorzystne warunki zbierania danych użytkowników stają się odrębnym problemem, z którym lepiej niż prawo konkurencji może sobie poradzić prawo ochrony danych osobowych (Wismer i Rasek, 2017, pkt 21–22).

V. Podsumowanie

Opinia francuskiego organu ds. konkurencji dotycząca reklamy internetowej jest ważną, przeglądową analizą skomplikowanego rynku, którego znaczenie dla europejskiej i światowej gospodarki stale rośnie. Opinia wyjaśnia złożone relacje między wydawcami, reklamodawcami, internautami i pośrednikami, zwracając uwagę na szczególną pozycję Google’a i Facebooka. Przedstawia, w jaki sposób zbierane i wykorzystywane są dane i jakie mają znaczenie dla procesu konkurencji. Wreszcie Opinia wskazuje na potencjalnie problematyczne praktyki, pojawiające się na rynku reklamy internetowej i rozważa możliwy wpływ prawa ochrony danych osobowym na równowagę konkurencyjną. Opinia stanowi świetny punkt wyjścia dla przyszłych postępowań spornych, jakie mogą podjąć organy ds. konkurencji wobec uczestników rynku reklamy internetowej. Niestety, nie podejmuje się jednak analizy pewnych ciekawych teoretycznych pytań, takich jak znaczenie dwustronnej natury rynku reklamy internetowej czy możliwość uznania danych za nową walutę gospodarki cyfrowej.

Bibliografia

- L’Autorité de la concurrence. (2018). Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l’exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet. Francja: Autorité de la concurrence. Pozyskano z: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/18a03.pdf>.
- iab Polska. (2017/2018). Perspektywy rozwojowe reklamy online w Polsce. Pozyskano z <https://iab.org.pl/wp-content/uploads/2017/12/Raport-Perspektywy-Rozwojowe-Reklamy-Online-2017-2018.pdf> (20.08.2018).
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm (29.09.2018).
- Lamadrid de Pablo, A. (2015). The double duality of two-sided markets. *Comp Law* 64. Pozyskano z: https://antitrustlair.files.wordpress.com/2015/05/the-double-duality-of-two-sided-markets_clj_lamadrid.pdf (ostatnio odwiedzony 29.09.2018).
- <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/android-has-created-more-choice-not-less/> (29.09.2018).
- Rasek, A. i Wismer, S. (2017). *Market definition in multi-sided markets*. OECD, 21–23 June.