

Definiowanie rynków produktowych w gospodarce cyfrowej w świetle projektu Zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 8 listopada 2022 roku

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Definicja rynku produktowego w przypadku platform wielostronnych
 1. Sprawa *Microsoft/LinkedIn*
 2. Sprawy *Amazon Marketplace* i *Amazon Buy Box*
- III. Analiza substytucyjności po stronie kupujących na platformie
- IV. Rynki produktów pierwotnych i wtórnych
- V. Rynki w ramach ekosystemów cyfrowych i sprawa *Google Android*
- VI. Udział w rynku właściwym i inne wskaźniki siły rynkowej
- VII. Okres referencyjny danych rynkowych
- VIII. Komentarz

Streszczenie

Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (dalej: obwieszczenie)¹ poddawane jest przeglądowi po raz pierwszy od opublikowania w 1997 roku. Od tego czasu skokowy wzrost prędkości przesyłu danych przy jednoczesnym wzroście mocy obliczeniowych procesorów umożliwił w dużym stopniu przeniesienie procesów sprzedaży i dystrybucji produktów do sieci teleinformatycznych. Gospodarka cyfrowa, która powstała w wyniku tych procesów, cechuje się konkurencją o nowym dynamicznym charakterze. Oprócz tradycyjnych parametrów konkurowania, takich jak cena i jakość produktów, pozycja rynkowa jest wyznacznikiem reklamy internetowej, dostępu do danych, efektów sieciowych, aspektów wielostronnych, zachowań nabywców i obecności przedsiębiorcy w wielu kanałach dystrybucji. Niezbędne jest więc dostosowanie podstawowego narzędzia pomiaru siły rynkowej, jakim jest definicja rynków produktowych, do nowych realiów cyfrowych.

Celem artykułu jest przedstawienie głównych aspektów definiowania rynków właściwych w gospodarce cyfrowej w dokumencie zastępującym obwieszczenie, tj. projekcie Zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa (dalej: projekt zawiadomienia)².

* Doktor nauk ekonomicznych; adiunkt w Katedrze Biznesu Międzynarodowego Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie; radca prawny. ORCID: 0000-0002-5338-3936; e-mail: btarga@sgh.waw.pl.

¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. UE C 372/5 z 9.12.1997 r.).

² W artykule odwołuję się do projektu zawiadomienia udostępnionego przez Komisję Europejską 8.11.2022 roku. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en (15.12.2022) wraz z komunikatem prasowym *Commission seeks feedback on draft revised Market Definition Notice, 8 November 2022*. Projekt zawiadomienia uwzględnia uwagi ponad 100 interesariuszy uczestniczących we

Zasady definiowania rynków właściwych w ramach gospodarki cyfrowej stanowią nową sekcję dokumentu i podsumowują dorobek decyzyjny Komisji Europejskiej (dalej: Komisja lub KE) z najgłośniejszych spraw ostatnich lat dotyczących potentatów z Doliny Krzemowej. Lektura dokumentu nasuwa ogólną wątpliwość, na ile nowe wskazówki będą pomocne przeciętnym przedsiębiorcom, np. producentom i dystrybutorom towarów oferowanych konsumentom, w samodzielnej ocenie pozycji rynkowej. W artykule komentuję również kwestię badania substytucyjności wśród kupujących na platformach wielostronnych w świetle decyzji Komisji w sprawie *Amazon Marketplace* i *Amazon Buy Box* wydanej 20 grudnia 2022 r., czyli już po opublikowaniu projektu zawiadomienia.

Słowa kluczowe: rynek właściwy; udział w rynku; gospodarka cyfrowa.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

Dla stosowania prawa konkurencji niezbędne jest wyznaczenie rynków właściwych, w ramach których badane są zachowania przedsiębiorców. Rynki właściwe określają produktowy i geograficzny zakres, w którym konkurenci wywierają na siebie bezpośrednią lub pośrednią presję. Obwieszczenie opublikowane w 1997 r. w dużej mierze opisuje rzeczywistość sprzed rewolucji cyfrowej, w której przeciętny użytkownik komputera dopiero oswajał się z telefonem komórkowym i pocztą elektroniczną, lecz nie porównywał jeszcze cen produktów w porównywarkach, nie dokonywał transakcji na platformach wielostronnych, nie oglądał treści multimedialnych na YouTube ani w serwisach streamingowych, nie korzystał z mediów społecznościowych, a zdjęcia wykonywał za pomocą analogowego aparatu fotograficznego. Rewolucji technologicznej towarzyszyła stopniowa liberalizacja handlu międzynarodowego ograniczająca taryfowe i pozataryfowe bariery dostępu do rynku.

Głównym celem opublikowania obwieszczenia w 1997 r. było ułatwienie przedsiębiorcom samodzielnej oceny pozycji rynkowej zgodnie z zasadami prawa konkurencji. Wobec charakteru i skali zmian, jakie przyniosła gospodarka cyfrowa, potrzeba dostosowania obwieszczenia do realiów gospodarki zdominowanej przez produkt cyfrowy i sieci transferu danych jest niezbędna.

II. Definicja rynku produktowego w przypadku platform wielostronnych

W projekcie zawiadomienia znalazł się osobny punkt poświęcony definicji rynku właściwego w działalności platform wielostronnych. Platformy odgrywają kluczową rolę w wielu obszarach gospodarki cyfrowej, a ich działalność była w ostatnich latach przedmiotem wielu głośnych postępowań Komisji Europejskiej z zakresu nadużycia pozycji dominującej i kontroli koncentracji³. Przykładami platform wielostronnych są platformy handlowe, takie jak Amazon, platformy umożliwiające zamieszczanie reklam, np. serwisy społecznościowe i wyszukiwarka Google.

wcześniejszych etapach przeglądu, w tym komentarze organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE. Po uwzględnieniu uwag do projektu zawiadomienia, Komisja planuje opublikować jego ostateczną wersję w trzecim kwartale 2023 roku.

³ M.in. dec. KE z 3.10.2014 r. w sprawie M.7217 *Facebook/WhatsApp*; dec. KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740 *Google Search (Shopping)*; dec. KE z 6.12.2016 r. w sprawie M.8124 *Microsoft/LinkedIn*; dec. KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099 *Google Android*.

Platformy wielostronne pośredniczą w kontaktach między różnymi grupami użytkowników. Silna pozycja rynkowa platform wynika z faktu, że wykorzystują one interakcje pomiędzy różnymi grupami użytkowników platformy (tzw. pośredni efekt sieciowy). W przypadku platform handlowych, wzrost liczebności sprzedających na platformie wywołuje wzrost atrakcyjności platformy wśród kupujących i stanowi bodziec do dołączenia do platformy. Z kolei dołączenie kolejnych kupujących zwiększa atrakcyjność platformy dla sprzedawców (Anusz, 2021). Analogiczny mechanizm zachodzi w serwisach społecznościowych, gdzie dołączanie kolejnych użytkowników zwiększa atrakcyjność dla reklamodawców lub przedsiębiorców traktujących serwis społecznościowy jako kanał reklamowy. Często usługi platform wielostronnych są dostępne dla konsumentów za darmo, co ma na celu przyciągnięcie innej grupy użytkowników, korzystających z usług platformy odpłatnie⁴. Precyzyjna ocena siły rynkowej platform wielostronnych jest więc utrudniona, m.in. ze względu na wzajemne oddziaływanie grup jej użytkowników, różnicowanie polityki cenowej operatora dla grup klientów platformy (Szmigielski, 2016) oraz fakt czy użytkownicy korzystają z jednej platformy (*singlehoming*), czy z wielu konkurencyjnych serwisów jednocześnie (*multihoming*) (Rochet i Tirole, 2003).

Zgodnie z projektem zawiadomienia schemat analizy pozycji rynkowej w ramach platformy obejmuje wyznaczenie jednego lub wielu rynków właściwych dla poszczególnych grup użytkowników platformy. Za przyjęciem definicji odrębnych rynków produktowych w konkretnym przypadku przemawiają znaczne różnice w substytucyjności po każdej stronie platformy. W tym celu należy badać w szczególności różnice pomiędzy dostawcami produktów substytucyjnych dla każdej grupy użytkowników platformy, stopień zróżnicowania produktów po każdej stronie lub ich postrzegania przez każdą grupę użytkowników, rodzaj platformy (transakcyjna typu Amazon lub pośrednicząca w kontaktach typu LinkedIn) i czynniki behawioralne dotyczące zachowań użytkowników, np. czy korzystają oni z jednej, czy wielu platformy jednocześnie.

1. Sprawa *Microsoft/LinkedIn*

W sprawie *Microsoft/LinkedIn* Komisja przyjęła jedną definicję rynku produktowego obejmującą różne grupy użytkowników platformy, tj. osoby poszukujące pracy i podmioty rekrutujące do pracy. Badanie rynku nie dało jednoznacznej odpowiedzi czy poszukujący pracy uznają branżowe serwisy z ogłoszeniami o pracę, wersje on-line ogłoszeń o pracę w gazetach, ogłoszenia o pracę na stronach pracodawców i na stronach agencji rekrutujących za substytut usług rekrutowania oferowanych przez LinkedIn⁵. Podobnie brakowało jednoznacznego stanowiska wśród pracodawców odnośnie do stopnia substytucyjności LinkedIn i wymienionych wyżej form pośrednictwa pracy w internecie⁶. Pomimo ograniczonej substytucyjności usług LinkedIn i innych form pośrednictwa pracy, Komisja nie wprowadziła dodatkowej segmentacji produktowej po stronie pracodawców i pracowników, przyjmując dla LinkedIn jedną definicję rynku produktowego jako rynku usług rekrutacji on-line⁷.

⁴ Projekt zawiadomienia, pkt 97.

⁵ Dec. KE z 6.12.2016 r. w sprawie M.8124 *Microsoft/LinkedIn*, pkt 144.

⁶ *Ibidem*, pkt 145.

⁷ *Ibidem*, pkt 147.

2. Sprawy Amazon Marketplace i Amazon Buy Box

W sprawie Amazon Marketplace i Amazon Buy Box Komisja wyodrębniła osobny rynek produktowy po stronie sprzedawców korzystających z platformy Amazon – rynek produktowy usług platform dla sprzedawców umożliwiających dotarcie do kupujących (*markets for marketplace services for retailers to reach consumers*)⁸. Do takiej definicji rynku doprowadziła analiza substytucyjności pomiędzy sprzedażą na platformach a sprzedażą we własnych sklepach internetowych, w mediach społecznościowych i porównywarkach cenowych oraz w sklepach stacjonarnych.

Komisja uznała, że inne kanały sprzedaży nie stanowią dla sprzedawców alternatywy względem platformy, lecz są względem niej komplementarne. Przykładowo w porównaniu ze sprzedażą we własnym sklepie internetowym, platforma handlowa o ugruntowanej pozycji rynkowej daje natychmiastowy dostęp do dużej grupy konsumentów, wywołując większy ruch klientów przy mniejszym zaangażowaniu i niższych kosztach⁹.

Komisja pozostawiła jako otwartą definicję rynku produktowego po stronie kupujących, gdyż postępowanie dotyczyło praktyk Amazon względem sprzedawców¹⁰. Uwzględniła jednak, że siła rynkowa Amazon względem sprzedawców wynika m.in. z ogromnego znaczenia platformy dla kupujących, o czym świadczy fakt, że jest zdecydowanie najczęściej odwiedzaną witryną handlową w Niemczech, Francji i Hiszpanii¹¹ i dysponuje silną marką detaliczną cieszącą się dużym zaufaniem klientów¹². Komisja zauważyła również, że obawa przed utratą klienta na rzecz alternatywnego kanału sprzedaży przy wzroście ceny danego produktu oferowanego na Amazon jest ograniczona tym, że z reguły klienci zamawiają na Amazon wiele produktów. Według Komisji przy wzroście ceny na Amazon, klienci najprawdopodobniej wybiorą ten sam produkt u innego sprzedawcy lub jego substytut w ramach Amazon. Usługa Prime stworzyła dla kupujących silną zachętę do koncentrowania zakupów na Amazon, o czym świadczy rosnąca liczba użytkowników usługi Prime i bardziej dynamiczny wzrost średnich wydatków użytkowników Prime od wzrostu wydatków pozostałych klientów Amazon¹³.

III. Analiza substytucyjności po stronie kupujących na platformie

Warto jednak rozważyć istotną kwestię, w jakim stopniu substytucyjność po jednej stronie użytkowników platformy powinna być uwzględniana w analizie posiadania pozycji dominującej i jej ewentualnego nadużycia na rynku właściwym w drugiej grupie użytkowników platformy. Zgodnie bowiem z projektem zawiadomienia: „(...) Jeżeli w odniesieniu do produktów oferowanych po każdej stronie platformy zdefiniowano odrębne rynki, w ocenie konkurencji można nadal uwzględniać efekty sieciowe i ograniczenia z drugiej strony platformy¹⁴ [podkreślenie Autora]”. W projekcie zawiadomienia Komisja stwierdza m.in., że przy ocenie substytucyjności należy szczególnie uwzględniać elementy pozacenowe, w tym dowody na hipotetyczną substytucyjność i na ograniczenia konkurencji oparte na opiniach branżowych, bariery lub koszty przestawienia

⁸ Dec. KE z 20.12.2022 r. w sprawie AT.40462 Amazon Marketplace i AT.40703 Amazon Buy Box, pkt 80.

⁹ Ibidem, pkt 68.

¹⁰ Ibidem, pkt 78.

¹¹ Ibidem, pkt 88.

¹² Ibidem, pkt 89.

¹³ Ibidem, pkt 94.

¹⁴ Projekt zawiadomienia, pkt 95.

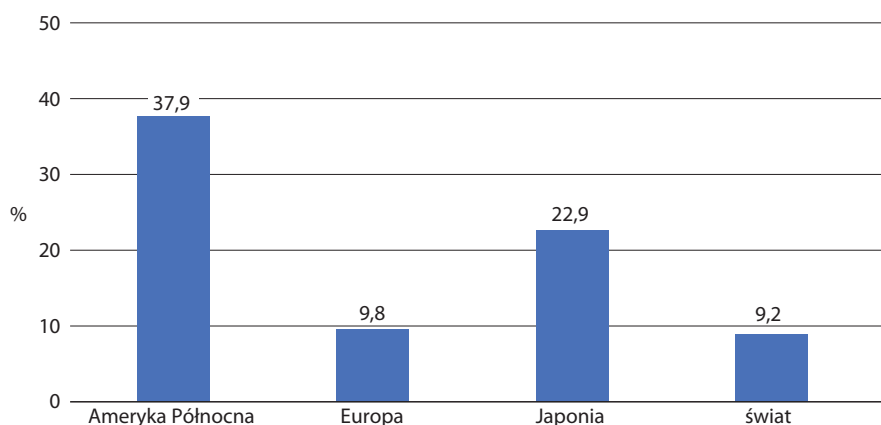
się, takie jak interoperacyjność z innymi produktami i cechy licencyjne. Komisja może również badać reakcje klientów na niewielki, lecz odczuwalny i trwały spadek jakości (*small but significant non-transitory decrease of quality*)¹⁵.

W decyzji w sprawach *Amazon Marketplace* i *Amazon Buy Box* wymienione są okoliczności wskazujące, że rola platformy Amazon po stronie kupujących jest mniejsza niż wskazywałaby na to liczba wejść na platformę. Dwie trzecie uczestników badania przeprowadzonego przez stowarzyszenie konsumentów niemieckiego landu Nadrenii-Westfalii przyznało, że rozpoczyna proces zakupowy od przeglądania ofert na Amazon, a ceny na Amazon często nie są najniższe¹⁶. Może to oznaczać, że odwiedziny na stronie Amazon nie przekładają się w istotnym stopniu na decyzje zakupowe (tzw. wskaźnik konwersji). Ponadto program Prime i oferty Buy Box zostały wprowadzone w celu podniesienia wskaźnika konwersji wśród kupujących na Amazon¹⁷. Niski wskaźnik konwersji świadczy o tym, że platforma Amazon jest istotnym źródłem informacji handlowych dla kupujących, lecz nie kontroluje ich zachowań, gdyż mogą oni szybko sprawdzić oferty u alternatywnych dostawców, np. w porównywarkach cenowych czy w wyszukiwarce.

Warto podkreślić, że dostępnych jest wiele narzędzi analitycznych pozwalających szczegółowo analizować zachowania klientów w internecie. Wiele sklepów internetowych korzysta z oprogramowania¹⁸ analizującego parametry zachowań klientów, np. strony internetowe, z których przeszli do e-sklepu, czas spędzony i strony odwiedzane w danym e-sklepie, liczbę stron odwiedzanych w trakcie jednej sesji. Są to informacje jakościowe użyteczne w analizie substytucyjności w celu ustalenia siły rynkowej danej platformy lub sklepu internetowego. Dane te pokazują m.in. przebieg procesu zbierania informacji przez klienta dokonującego zakupu na platformie. Stopień substytucyjności zakupów na platformie i w innych kanałach sprzedaży w wymiarze ilościowym można również weryfikować udziałem każdego kanału dystrybucji w zakupach poszczególnych grup produktów.

Na marginesie należy dodać, że w świetle dostępnych danych udział Amazon w detalicznym handlu elektronicznym w Europie we wrześniu 2020 r. wynosił 9,8% (zob. rys. 1), co nie wskazuje na pozycję dominującą Amazon po stronie detalicznych zakupów on-line.

Rysunek 1. Udział Amazon w handlu elektronicznym w różnych częściach świata we wrześniu 2020 roku



Źródło: Statista, www.statista.com/statistics/1183515/amazon-market-share-region-worldwide/ (27.02.2023).

¹⁵ Ibidem, pkt 98.

¹⁶ Dec. KE z 20.12.2022 r. w sprawie AT.40462 *Amazon Marketplace* i AT.40703 *Amazon Buy Box*, przypis 49.

¹⁷ Ibidem, pkt 47.

¹⁸ Np. Google Analytics.

Dostępne są zatem dane i parametry, które pozwalają na szczegółową analizę substytucyjności po stronie kupujących, która powinna być prowadzona przy ustalaniu definicji rynku produktowego. Analiza ta może prowadzić do przyjęcia szerokiej definicji rynku produktowego z perspektywy kupujących, np. rynku sprzedaży detalicznej danej kategorii produktów lub usług obejmującego kanały sprzedaży on-line i stacjonarne lub jedynie on-line. Przyjęcie szerszej definicji rynku produktowego po stronie kupujących może mieć z kolei istotne znaczenie dla wyników całościowej analizy pozycji rynkowej platformy.

IV. Rynki produktów pierwotnych i wtórnych

Do analizy konkurencji panującej na rynkach cyfrowych Komisja wykorzystuje również podejście stosowane w odniesieniu do produktów pierwotnych (*primary product*) i produktów wtórnych (*secondary product*). Produkty wtórne umożliwiają korzystanie z produktu pierwotnego. Przykładem produktów wtórnych są materiały eksploatacyjne, np. tusz do drukarek, części zamienne do samochodów oraz usługi serwisowe. W praktyce decyzyjnej Komisji występują trzy podejścia w odniesieniu do rynków wtórnych. Pierwsze podejście to przyjęcie jednej definicji rynku produktowego jako rynku systemowego obejmującego produkt pierwotny i produkt wtórny. Przykładem takiego podejścia jest rynek sprzedaży urządzeń i ich serwisowania¹⁹. Drugie podejście to zdefiniowanie obok rynku produktu pierwotnego wielu odrębnych rynków produktów wtórnych związanych z każdą marką produktu pierwotnego. Przykładowo, w sprawie *Watch Repair* Komisja uznała, że istnieją odrębne rynki części zamiennych do poszczególnych marek luksusowych zegarków²⁰. W trzecim podejściu możliwe jest wyznaczenie jednego rynku produktu pierwotnego i odrębnego rynku produktu wtórnego bez dodatkowej segmentacji odpowiadającej różnicom między produktami pierwotnymi. Przykładem jest sprawa *Assa Abloy/Agta Record*, w której Komisja przyjęła jeden wspólny rynek usług serwisowych do różnych rodzajów drzwi²¹.

V. Rynki w ramach ekosystemów cyfrowych i sprawa *Google Android*

Funkcjonowanie gospodarki cyfrowej opiera się w dużym stopniu na tzw. ekosystemach cyfrowych, które można zdefiniować jako zespoły współpracujących aplikacji i urządzeń, działających w oparciu o wspólny system operacyjny. Ekosystemy cyfrowe składają się z produktu głównego i kilku cyfrowych produktów wtórnych, których konsumpcja jest związana z produktem głównym poprzez powiązania technologiczne lub interoperacyjność²².

Podobnie jak w analizie rynków produktów pierwotnych i wtórnych, przy ekosystemach cyfrowych Komisja może przyjąć łączne definicje rynków produktowych obejmujące produkt główny i produkty wtórne lub odrębne definicje tych rynków. Komisja będzie przy tym uwzględniać takie elementy, jak: efekty sieciowe, koszty przestawienia się i decyzje o korzystaniu z jednej platformy lub wielu platform równolegle w przypadku tego samego produktu. Jeżeli produkty wtórne (cyfrowe)

¹⁹ Np. rynek produktowy obejmujący turbiny gazowe i ich późniejsze serwisowanie przyjęty w decyzji Komisji Europejskiej z 8 września 2015 r. w sprawie M.7278 *General Electric/Alstom (Thermal Power – Renewable Power & Grid Business)*, pkt 147.

²⁰ Dec. KE z 29 lipca 2014 r. w sprawie AT.39097 *Watch Repair*, pkt. 91–93.

²¹ Dec. KE z 27 lutego 2020 r. w sprawie M.9408 *ASSA ABLOY/AGTA RECORD*, pkt 130.

²² Projekt zawiadomienia, pkt 103.

są oferowane jako pakiet, Komisja może również ocenić czy ten pakiet może sam w sobie stanowić rynek właściwy²³.

Ilustracją powyższej metodologii definiowania rynku jest sprawa *Google Android*, w której Komisja badała funkcjonowanie ekosystemu narzędzi cyfrowych funkcjonujących w oparciu o mobilny system operacyjny Android²⁴. Komisja wyróżniła następujące odrębne rynki produktowe:

- 1) rynek objętych licencją inteligentnych mobilnych systemów operacyjnych – w 2005 r. Google nabył dewelopera mobilnego systemu operacyjnego Android. Stosowanie systemu Android na urządzeniu mobilnym wymaga nabycia licencji od Google. Udział Google w tym rynku na świecie (bez Chin) Komisja oszacowała na ponad 96%²⁵. Rynek ten charakteryzuje się wysokimi barierami wejścia spowodowanymi wysokimi kosztami i efektem sieciowym: większa liczba użytkowników danego mobilnego systemu operacyjnego stanowi zachętę do tworzenia nowych aplikacji pod ten system, co z kolei podnosi jego atrakcyjność i przyciąga kolejnych użytkowników. Komisja uznała, że mobilny system operacyjny Android nie należy do tego samego rynku, co systemy operacyjne, na których działają urządzenia Apple czy Blackberry, gdyż systemy te nie są udostępniane na podstawie licencji producentom urządzeń;
- 2) rynek sklepów z aplikacjami dla systemu Android – sklep Google Play Store zajmuje pozycję dominującą na światowym rynku (bez Chin) sklepów z aplikacjami przeznaczonymi dla mobilnego systemu operacyjnego Android. Ponad 90% aplikacji na urządzenia z systemem Android jest pobieranych z tego sklepu. Rynek ten charakteryzuje się wysokimi barierami wejścia²⁶;
- 3) rynki ogólnych wyszukiwarek internetowych – Komisja ustaliła, że wyszukiwarka Google ma silną pozycję dominującą na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych we wszystkich 31 państwach członkowskich EOG (udział ponad 90%)²⁷.

W oparciu o powyższą segmentację rynków produktowych, Komisja ustaliła, że Google nadużywał pozycji dominującej poprzez sprzedaż producentom urządzeń mobilnych swoich aplikacji wyłącznie w pakiecie obejmującym aplikację Google Play Store, aplikację wyszukiwarki internetowej Google i przeglądarkę internetową Chrome. Komisja ustaliła, że produktem wiążącym jest aplikacja sklepu Google Play Store, której użytkownicy smartfonów nie mogli legalnie sami pobrać. Stwarzało to konieczność preinstalacji aplikacji Google Play Store przez producentów urządzeń. W praktyce w każdym smartfonie z systemem Android należącym do Google, trzy kluczowe aplikacje dla korzystania z internetu pochodzą również od Google.

VI. Udział w rynku właściwym i inne wskaźniki pozycji rynkowej

W świetle obwieszczenia z 1997 r. głównym wskaźnikiem siły rynkowej przedsiębiorcy jest udział danego przedsiębiorcy w całkowitej wartości sprzedaży przedsiębiorców na danym rynku właściwym. Udział w rynku właściwym jest statycznym miernikiem pozycji rynkowej, który kładzie nacisk wyłącznie na warunki konkurencji panujące wewnątrz określonych rynków produktowych, pomijając presję konkurencyjną z rynków powiązanych. Udział rynkowy nie informuje o pozostałych źródłach presji konkurencyjnej, tj. substytucyjności podażowej i możliwości wejścia na rynek nowych graczy.

²³ Pkt 103 projektu zawiadomienia.

²⁴ Dec. KE z 18 lipca 2018 r. w sprawie AT.40099 *Google Android*.

²⁵ Ibidem, pkt 446.

²⁶ Ibidem, pkt 591 i nast.

²⁷ Ibidem, pkt 681.

Dodatковым mankamentem udziału rynkowego w gospodarce cyfrowej jest to, że nie informuje on o ryzyku „przechylenia się” rynku w kierunku monopolu ze względu na silne efekty sieciowe (*tipping*). Ponadto w przypadku platform wielostronnych z darmowym dostępem trudno wskazać jeden udział rynkowy, który wszechstronnie uwzględniałby wszystkie źródła siły rynkowej (OECD, 2022).

Projekt zawiadomienia uwzględni specyfikę gospodarki cyfrowej w tym zakresie, wskazując dodatkowe wskaźniki świadczące o pozycji przedsiębiorcy na rynkach cyfrowych, takie jak liczba aktywnych użytkowników (*active users*) serwisu internetowego, liczba wejść na stronę, liczba pobrań i aktualizacji, wielkość lub wartość transakcji zawartych za pośrednictwem serwisu internetowego, np. platformy wielostronnej. Komisja posługiwała się tymi wskaźnikami m.in. w sprawach *Facebook/WhatsApp*²⁸, *Google Search Shopping*²⁹, *Google Android*³⁰, *Meta/Kustomer*³¹.

W kontekście gospodarki cyfrowej istotna jest również uwaga Komisji, iż udziały w rynku są mniej wiarygodnym wskaźnikiem władzy rynkowej w przypadku produktów zróżnicowanych, gdy na wybór klienta w istotnym stopniu wpływają pozacenowe atrybuty produktów, np. projekt, wizerunek marki, specyfikacje techniczne, trwałość, poziom obsługi lub jakakolwiek inna cecha szczególna³². Niewątpliwie cechą szczególną gospodarki cyfrowej jest rozszerzenie konkurowania poza tradycyjne parametry ceny i jakości produktu. W warunkach sprzedaży wielokanałowej ważnym kryterium decydującym o wyborze dostawcy danego produktu jest poziom obsługi, wygoda i szybkość dostawy, możliwość obejrzenia produktu w punkcie stacjonarnym, dostępność fachowego doradztwa czy możliwość zwrotu w punkcie stacjonarnym.

Zgodnie z projektem zawiadomienia wskaźnikiem pozycji rynkowej przedsiębiorstw może być również poziom wydatków na badania i rozwój lub liczba patentów³³. Wskaźnik ten będzie dotyczył branży cechujących się dużymi inwestycjami w badania i rozwój. Liczba patentów może być jedynie dodatkowym wskaźnikiem siły rynkowej, gdyż patent samodzielnie nie przesądza o uzyskaniu silnej pozycji rynkowej.

W mojej ocenie wskaźnikiem o analogicznym charakterze do wydatków na badania i rozwój mogą być również wydatki przedsiębiorcy na marketing i reklamę, a w szczególności reklamę internetową. Wydatek reklamowy, podobnie jak wydatek na badania i rozwój, nie daje gwarancji dodatkowego przychodu, lecz w realiach internetu znaczenie promocji jako czynnika wpływającego na wysokość przychodu przedsiębiorcy w tzw. marketing mix (*product, place, price, promotion*) znacząco wzrosła (Dominici, 2009).

VII. Okres referencyjny danych rynkowych

W świetle projektu zawiadomienia udziały rynkowe powinny być obliczane w okresach jedno- lub dwuletnich w oparciu o dane rynkowe za co najmniej ostatnie trzy lata. Komisja zaznaczyła również, że okres referencyjny może być krótszy bądź dłuższy od roku na rynkach charakteryzujących się nierównomiernym lub nieregularnym popytem lub sezonowością podaży lub popytu³⁴. Uwaga

²⁸ Dec. KE z 3 października 2014 r. w sprawie M.7217 *Facebook/WhatsApp*.

²⁹ Dec. KE z 27 czerwca 2017 r. w sprawie AT.39740 *Google Search (Shopping)*.

³⁰ Dec. KE z 18 lipca 2018 r. w sprawie AT.40099 *Google Android*.

³¹ Dec. KE z 27 stycznia 2022 r. w sprawie M. 10262 *Meta/Kustomer*.

³² Projekt zawiadomienia, pkt 84.

³³ Ibidem, pkt 107.

³⁴ Ibidem, pkt 111.

ta może być istotna dla analizy konkurencji na rynkach z dużym udziałem sprzedaży w kanale on-line. Jednym z wymiarów konkurowania w sprzedaży internetowej jest zróżnicowanie narzędzi marketingowych (np. reklama w wyszukiwarkach, reklamy w mediach społecznościowych, spersonalizowana komunikacja) i możliwość bezpośredniego docierania do odbiorców potencjalnie zainteresowanych treściami reklamowymi. Jednocześnie internetowe kampanie reklamowe są z reguły nastawione na wywołanie zainteresowania odbiorców i uzyskanie wzrostu sprzedaży w bardzo krótkim okresie (np. kilku dni lub kilku tygodni)³⁵. W efekcie, sprzedaż w kanale on-line cechuje się dużą zmiennością w krótkich okresach, co powinno być uwzględnione w analizie konkurencji poprzez badanie udziałów w wielu krótkich następujących po sobie okresach zamiast w jednym długim. Wysoka zmienność udziałów rynkowych w krótkich okresach, np. w kolejnych miesiącach lub kwartałach stanowi cenną informację nt. dynamiki konkurencji w danym segmencie, która umyka przy zastosowaniu uśrednionego udziału rocznego. Przykładowo, przyjęcie rocznego okresu referencyjnego może prowadzić do wniosku, że udział w rynku na poziomie 45% świadczy o posiadaniu pozycji dominującej przez danego przedsiębiorcę. Jeżeli jednak w kolejnych miesiącach lub kwartałach udział tego przedsiębiorcy wahał się w przedziale od 25 do 55%, to skala wahań wskazuje raczej, że pozycja przedsiębiorcy jest podważalna przez konkurentów. Jak już wspomniano, dostępnych jest wiele narzędzi analitycznych umożliwiających szczegółowy monitoring sprzedaży w internecie.

VIII. Komentarz

Nowe sekcje dotyczące gospodarki cyfrowej, które pojawiły się w projekcie zawiadomienia podsumowują dorobek decyzyjny Komisji z najgłośniejszych spraw ostatnich lat dotyczących potentatów z Doliny Krzemowej. Oprócz wcześniejszej uwagi szczegółowej dotyczącej analizy substytucyjności wśród kupujących na platformach wielostronnych, lektura dokumentu nasuwa ogólną wątpliwość, na ile nowe wskazówki będą pomocne dla przeciętnych przedsiębiorców, np. producentów i dystrybutorów towarów oferowanych konsumentom, w samodzielnej ocenie pozycji rynkowej. Konkurowanie w warunkach gospodarki cyfrowej przybrało nowe formy ze względu na wzrost znaczenia reklamy internetowej, dezintermediację i bezpośredni kontakt z ostatecznym klientem, wielokanałowość sprzedaży, wysoką przejrzystości rynku, wzrost znaczenia usług okołosprzedażowych, większą możliwość różnicowania produktów i usług. Wobec wieloaspektowości i dynamiki konkurowania w gospodarce cyfrowej analiza konkurencji oparta na statycznej definicji rynku właściwego i udziału rynkowego może prowadzić do nadmiernych uproszczeń, w szczególności do błędnego przypisania przedsiębiorcy siły rynkowej. To kwestia o fundamentalnym znaczeniu, gdyż decyduje m.in. o możliwości uznania danego porozumienia ograniczającego konkurencję za tzw. porozumienie bagatelne w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (udziały w rynku właściwym nie większe niż 5 lub 10%), możliwości skorzystania z blokowego wyłączenia wertykalnego (udziały w rynku właściwym nie

³⁵ Wypowiedź Rafała Jakackiego, Head of e-commerce home.pl, nt. kampanii promocyjnych w okresie tzw. Black Friday: „Nasi klienci sprzedali więcej produktów i uzyskali wyższy przychód, ponieważ przygotowali swoje sklepy na okres wzmożonego handlu. W pierwszej kolejności zwiększyli budżety na reklamę internetową. Sprzedaż w czterodniowym okresie od Black Friday do Cyber Monday [podkreślenie Autora] wzrosła o ponad 43% w porównaniu z poprzednimi dniami (przy jednoczesnym spadku kosztu samej reklamy). Dodatkowo większość sklepów realizowała różnego rodzaju promocje przez cały listopad, co wpłynęło na ogólny wzrost sprzedaży w całym miesiącu, a nie tylko w czasie 4-dniowej promocji”. Źródło: Sprzedaż podczas Black Friday i Cyber Monday – jak poradziły sobie sklepy internetowe w Polsce? Pozyskano z: <https://blog.home.pl/2022/12/black-friday-i-cyber-monday-polska-wyniki-sklepy/> (24.01.2023).

większe niż 30%)³⁶ czy o stwierdzeniu posiadania pozycji dominującej (udział w rynku właściwym powyżej 40%). Wieloaspektowość i dynamika konkurowania w gospodarce cyfrowej wskazuje, że przewaga konkurencyjna w gospodarce cyfrowej jest uzyskiwana raczej w krótkich okresach i nie prowadzi do uzyskania siły rynkowej w stopniu umożliwiającym zachowanie w dużym stopniu niezależne od konkurentów i kontrahentów. W efekcie możliwość skorzystania z wertykalnego wyłączenia blokowego nie powinna być uzależniona wyłącznie od posiadania wskaźnika udziału w rynku na określonym poziomie.

Komisja wprawdzie wskazuje w projekcie zawiadomienia dodatkowe wskaźniki pozycji rynkowej, jednak niejasne pozostaje, jaką wagę należy im przypisywać i czy udział rynkowy nadal będzie mieć rozstrzygające znaczenie przy ustaleniu poziomu ryzyka antymonopolowego. W szczególności cenne byłyby wskazówki czy przekroczenie istotnych progów udziału w rynku (powyżej 30% lub 40% średniorocznego udziału rynkowego), może być zrelatywizowane przez takie czynniki, jak:

- 1) szczególnie niska marża albo marża o wysokiej amplitudzie wahań w krótkich okresach (OECD, 2022);
- 2) sprzedaż o wysokiej amplitudzie wahań w krótkich okresach;
- 3) posiadanie relatywnie niskiego budżetu reklamowego w porównaniu z konkurentami i wysokością opłat reklamowych (ACCC, 2021);
- 4) posiadanie dużych zbiorów informacji o użytkownikach (*Big Data*) uzyskanych ze względu na usługi oferowane za darmo (Oxera, 2018); G7 United Kingdom, 2021);
- 5) zachowania użytkowników strony, np. relatywnie niska liczba transakcji przy wysokiej liczbie wejść na stronę, co może wynikać z wysokiej pozycji w wyszukiwarkach lub skuteczności reklamy internetowej przy jednoczesnej nieatrakcyjności oferty (np. wysokie ceny).

Brak konkretnych wskazówek w projekcie zawiadomienia nie powinien jednak zniechęcać przedsiębiorców do stosowania nowych miar pozycji rynkowej. W realiach cyfrowych doszło wprawdzie do zdywersyfikowania parametrów konkurowania, ale pojawiły się również narzędzia umożliwiające pomiar tych parametrów. W związku z tym uważam, że rosnącą rolę w analizie konkurencji przez przedsiębiorców i organy ochrony konkurencji powinna odgrywać analityka internetowa będąca systemem narzędzi do zbierania i analizowania danych o sprzedaży w internecie i o zachowaniach internautów.

Bibliografia

- ACCC. (2021). *Digital advertising services inquiry – Final report*. Pozyskano z: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-advertising-services-inquiryfinal-report> (4.01.2023).
- Anusz, A. (2021). Problematyka wyznaczania rynku właściwego na przykładzie przedsiębiorców cyfrowych funkcjonujących w ramach rynków dwustronnych. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, LXXXIII(1). <https://doi.org/10.14746/rpeis.2021.83.1.14>.
- Dominici, G. (2009). From Marketing Mix to e-Marketing Mix: a literature overview and classification. *International Journal of Business and Management*, 4(9), <https://doi.org/10.5539/ijbm.v4n9p17>.

³⁶ Rozporządzenie Komisji (UE) 2022/720 z dnia 10 maja 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 134, art. 3 ust. 1).

- European Commission. (2018). Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine. *Press release 18 July 2018*. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581 (2.01.2023).
- G7 United Kingdom. (2021). *Compendium of approaches to improving competition in digital markets*, 29 November 2021. Pozyskano z: <https://www.gov.uk/government/publications/2022-compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets> (3.02.2023).
- Komisja Europejska. (2022). Competition: Commission seeks feedback on draft revised Market Definition Notice. *Press release of 8 November 2022*. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6528 (9.02.2023).
- OECD. (2022). *The Evolving Concept Of Market Power In The Digital Economy*. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf> (6.12.2022).
- Oxera. (2018). *Market power in digital platforms*. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/oxera/oxera_market_power_in_digital_markets.pdf (5.12.2022).
- Rochet, J. i Tirole, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>.
- Szmigielski, A. (2016). Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, 6(28).