

AGNIESZKA ANUSZ*

PROBLEMATYKA WYZNACZANIA RYNKU WŁAŚCIWEGO NA PRZYKŁADZIE PRZEDSIĘBIORCÓW CYFROWYCH FUNKCJONUJĄCYCH W RAMACH RYNKÓW DWUSTRONNYCH

I. WSTĘP

Znaczenie rynkowe przedsiębiorców cyfrowych rozumianych jako podmioty gospodarcze wykonujące większość lub całość swojej działalności gospodarczej online rośnie. Konsekwentnie zmianom ulegają struktury rynkowe i relacje między przedsiębiorcami, w tym stosunki między konkurentami w szczególności na rynkach, na których dotychczas dominowało całkowite działanie w sferze offline. Modele funkcjonowania przedsiębiorców cyfrowych są różne: jedni oferują swoje usługi konkretnej grupie użytkowników (np. serwisy streamingowe), inni oferują zróżnicowane świadczenia różnym grupom (np. portale aukcyjne świadczą zróżnicowane usługi kupującym i sprzedającym), co jest jedną z cech charakterystycznych dla rynku wielostronnego, który w tym przypadku należy zakwalifikować jako rynek dwustronny.

Działalność przedsiębiorców cyfrowych względem różnych grup podmiotów korzystających z ich usług sprawia, że należy zastanowić się nad kwestią wyznaczenia rynków właściwych w przypadku rynków dwustronnych. Dlatego też celem artykułu jest przedstawienie podstawowych i najbardziej aktualnych elementów prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego w odniesieniu do przedsiębiorców cyfrowych przede wszystkim w aspekcie przedmiotowym i czasowym. Należy również przeanalizować zasadność zastosowania podstawowych metod wyznaczenia rynków właściwych w odniesieniu do przedsiębiorców cyfrowych działających w obrębie rynków dwustronnych.

Jedną z podstawowych cech charakterystycznych przedsiębiorców cyfrowych jest ich względnie szybka zdolność do adaptacji lub rozszerzenia obszarów swojej działalności oraz specyficzny model działania charakterystyczny

* Agnieszka Anusz, Uniwersytet Warszawski,
agnieszkaanusz@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4069-4049>.

dla rynków wielostronnych oraz multi-homingu¹. To ostatnie pojęcie związane jest przede wszystkim ze zjawiskiem korzystania przez jednego konsumenta lub użytkownika z usług konkurentów funkcjonujących w obrębie tego samego rynku właściwego jednocześnie i równolegle. Co więcej, taka okoliczność nie wyczerpuje zapotrzebowania na konkretne usługi, ponieważ mają one zwykle charakter powtarzalny, odnawialny lub wzajemnie się uzupełniający. W rezultacie jasne i precyzyjne wyznaczenie struktury rynkowej może być utrudnione. Dlatego też konieczność prawidłowego i holistycznego wyznaczenia rynku właściwego (art. 4 ust. 1 pkt 9 u.o.k.k.²) w przypadku przedsiębiorców cyfrowych działających na rynkach dwustronnych jest tak istotna.

II. RYNEK WŁAŚCIWY

Pojęcie rynku właściwego jest instytucją wyznaczaną każdorazowo na potrzeby konkretnego postępowania antymonopolowego, niemającą sztywnych ram i regulacji prawnych, pozwalającą kształtować rynek właściwy w odniesieniu do rzeczywistych realiów ekonomicznych. Rynek właściwy jest w istocie przestrzenią, w obrębie której przedsiębiorcy konkurują ze sobą³. W obrębie rynku właściwego wyróżnia się trzy aspekty stanowiące swoiste rozgraniczenie płaszczyzny konkurencji: ujęcie produktowe, które definiowane jest przede wszystkim przez substytucyjność⁴ oferowanych towarów lub usług; terytorialne, określane za pomocą ograniczenia miejscowego przeprowadzanego badania, oraz czasowe definiowane przez badanie wyznaczonego rynku w konkretnym okresie. Rynek właściwy w aspekcie czasowym nie jest wyznaczany na potrzeby każdego postępowania antymonopolowego w przeciwieństwie do dwóch pozostałych czynników. Rynek właściwy analizuje się przede wszystkim z perspektywy: ograniczeń konkurencji, które występują lub mogą wystąpić na rynku, substytucyjności popytu i podaży oraz potencjalnej konkurencji⁵.

Najistotniejszym elementem wyznaczenia rynku właściwego w ujęciu produktowym jest prawidłowa identyfikacja substytucyjności towaru lub usługi. Ocena ta powinna uwzględniać wszelkie czynniki, które mają wpływ na decyzje konsumentów⁶, w tym przede wszystkim przeznaczenie towaru lub usługi, jego cenę i właściwości. Tym, co z kolei determinuje określenie rynku właściwego w aspekcie geograficznym, są w jednolite warunki konkurowania między przedsiębiorcami występujące na określonej przestrzeni geograficznej⁷. Na

¹ Collyer, Mullan, Timan (2017): 1–2 oraz 4–5.

² Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. 2019, poz. 369 ze zm. (dalej jako: u.o.k.k.).

³ Bolecki et al. (2011): 57.

⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. WE 1997, C 372/5: pkt 7.

⁵ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. WE 1997, C 372/5: pkt 13–24.

⁶ Kohutek (2014): 192–193.

⁷ Bolecki et al. (2011): 66.

wyznaczenie rynku właściwego w ujęciu przestrzennym mają wpływ między innymi właściwości produktu (co sprawia, że aspekt geograficzny rynku właściwego jest związany z ujęciem asortymentowym⁸), regulacje prawne, a także uwarunkowania kulturowe lub językowe.

Za podstawową metodę wyznaczania rynków właściwych przyjmuje się test SSNIP (ang. *small but significant son-transitory increase in price*), tzw. test hipotetycznego monopolisty polegający na nieznacznym i nie przejściowym, ale istotnym podniesieniu cen porównywanych towarów lub usług w celu weryfikacji ich substytucyjności⁹. Metoda ta niewątpliwie przyjmuje cenę za podstawową determinantę zachowań konsumentów. Istotą testu SSNIP jest rozstrzygnięcie, czy opłaca się zostać monopolistą na określonym rynku produktowym oraz geograficznym¹⁰. Podnoszone są również mankamenty zastosowania testu SSNIP. Bartosz Turno wskazuje, że tzw. test hipotetycznego monopolisty jedynie określa ramy rynku właściwego, a nie służy do jego precyzyjnego zdefiniowania¹¹. W kontekście testu SSNIP istnieje ponadto szczególne ryzyko zbyt wąskiego wyznaczenia rynku właściwego¹².

Kolejnym istotnym sposobem wyznaczania rynków właściwych jest test CLA (ang. *critical loss analysis*) analizujący koszty stałe i koszty zmiany. Istotą tej metody jest określenie opłacalności podniesienia ceny oferowanego towaru usługi – innymi słowy, test CLA bada, o ile procent trzeba podnieść cenę, aby podwyżka okazała się nieopłacalna dla przedsiębiorcy¹³. Obie powyższe metody często są wykorzystywane łącznie¹⁴. Poza przedstawionymi testami oceny rynku organy antymonopolowe wykorzystują również badania rynku i analizę danych aktualnych i historycznych¹⁵.

III. CHARAKTERYSTYKA I KWALIFIKACJA PRZEDSIĘBIORCÓW CYFROWYCH FUNKCJONUJĄCYCH W OBRĘBIE RYNKÓW DWUSTRONNYCH

Rynki dwustronne definiowane są za pośrednictwem czterech podstawowych czynników¹⁶ – przede wszystkim muszą występować dwie odrębne grupy użytkowników (np. kupujących i sprzedających na portalach aukcyjnych) z zastrzeżeniem, że pomiędzy tymi dwoma zbiorowościami mogą następować

⁸ Bolecki et al. (2011): 70–71.

⁹ Filistrucchi et al. (2013): 3; Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. WE 1997, C 372/5: pkt 17.

¹⁰ Turno (2016): 408.

¹¹ Turno (2016): 409.

¹² W odniesieniu do prawidłowego, tj. ani nie zbyt szerokiego, ani nie zbyt wąskiego, wyznaczenia rynku właściwego – wyrok SA w Warszawie z 15 maja 2014 r., VI ACa 1260/13; Kohutek (2014): 184–185.

¹³ O'Brien, Wickelgren (2003): 1.

¹⁴ Filistrucchi et al. (2013): 24.

¹⁵ Bolecki et al. (2011): 73–75.

¹⁶ Collyer, Mullan, Timan (2017): 1–3.

dowolne fluktuacje: np. kupujący na portalu aukcyjnym może dokonywać w nim jedynie zakupów, ale jednocześnie stale lub sporadycznie może również funkcjonować w charakterze sprzedającego i odwrotnie. Pomędzy tymi dwoma grupami użytkowników występuje pośredni efekt sieci, który jednocześnie pozwala obie te zbiorowości wyodrębnić¹⁷.

Co więcej, obie grupy nie mogą odrębnie funkcjonować¹⁸, a liczebność jednej grupy użytkowników bezpośrednio wpływa na liczebność drugiej części¹⁹. Analogicznie warunki rynkowe dotyczące jednej grupy użytkowników wpływają również na funkcjonowanie drugiej grupy²⁰, np. podniesienie cen lub prowizji dla sprzedających na portalach aukcyjnych może wpłynąć na możliwości wyboru i decyzje kupujących. Jednocześnie należy podnieść, że przedsiębiorca działający na rynku dwustronnym może odrębnie kształtować politykę cenową względem każdej z grup²¹. Przedsiębiorca może również oferować swoje usługi jednej z grup użytkowników darmowo, co dodatkowo modyfikuje warunki rynkowe w obrębie rynków dwustronnych.

Natomiast w kontekście warunków konkurowania na rynkach dwustronnych amerykański Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Ohio v. American Express Co.* uznał, że przedsiębiorcy działający dwustronnie mogą konkurować jedynie z innymi przedsiębiorcami działającymi w ramach rynków dwustronnych²².

Rynkiem dwustronnym są platformy internetowe służące do handlu online, np. Allegro, OLX, Amazon lub eBay. W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że podmiotami sprzedającymi (rzadziej kupującymi) w ramach działalności wspomnianych przedsiębiorców mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Okoliczność ta ma dwojakie znaczenie: po pierwsze, przede wszystkim może wpływać na ewentualną kwalifikację tego typu rynków jako rynków trójstronnych; po drugie, sygnalizuje istotny problem kwalifikacji osoby fizycznej, nieprowadzącej działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców²³ oraz niebędącej konsumentem w rozumieniu art. 22¹ Kodeksu cywilnego²⁴, sprzedającej na portalach aukcyjnych.

W przedmiocie pierwszej zasygnalizowanej powyżej kwestii uważam, że ewentualną próbę kwalifikacji platformy internetowej handlu online jako funkcjonującej w ramach rynku trójstronnego należy ocenić zasadniczo negatywnie i niezależnie od kwalifikacji prawnej podmiotów sprzedających lub kupujących uznać, że przedsiębiorca funkcjonuje właśnie w obrębie szerokiego

¹⁷ Szmigielski (2016): 192.

¹⁸ Supreme Court of the United States, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, June 25, 2018, No. 16-1454: 13.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Szmigielski (2016): 193–194.

²² Supreme Court of the United States, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, June 25, 2018, No. 16-1454: 14.

²³ Ustawa z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, t.jedn.: Dz. U. 2020, poz. 424 ze zm.

²⁴ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.jedn.: Dz. U. 2020, poz. 875.

rynku sprzedaży i kupna towarów lub usług. Również w przypadku, w którym przedsiębiorca określałby zróżnicowane warunki funkcjonowania przedsiębiorców oraz osób fizycznych niebędących przedsiębiorcami oferujących swoje towary lub usługi (np. przez pobieranie różnej prowizji z tytułu sprzedaży), uważam, że przedsiębiorca cyfrowy powinien zostać uznany za funkcjonującego w obrębie rynku dwustronnego, ponieważ kształtuje w ten sposób warunki działania i konkurowania między sobą dwóch grup użytkowników. Z tym podejściem związane jest rozstrzygnięcie drugiej przedstawionej kwestii – w przypadku rynku dwustronnego nie ma konieczności określania kwalifikacji prawnej osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej. Niemniej ze względu na szerszy status osoby fizycznej funkcjonującej w obrębie działalności przedsiębiorców cyfrowych na potrzeby artykułu nie posługuję się pojęciem konsumenta, ale użytkownika.

Podobne rozstrzygnięcia implikuje zakwalifikowanie jako rynku dwustronnego mediów społecznościowych. Media społecznościowe cechuje wielość rodzajów podmiotów występujących po stronie ich użytkowników. Użytkownikami mediów społecznościowych mogą być zarówno: osoby fizyczne wykorzystujące media społecznościowe do celów niekomercyjnych, przedsiębiorcy funkcjonujący w formie użytkowników mediów społecznościowych, jednak wykorzystujący je do promocji i reklamy własnej działalności gospodarczej albo przedsiębiorcy, którzy mogą, ale nie muszą być użytkownikami medium społecznościowego, ale względem których przedsiębiorca cyfrowy świadczy odpłatnie usługi reklamowe. Przyjęcie w tym przypadku kryterium ceny za wyznacznik podziału rynku na dwu- lub trójstronny doprowadziłoby do zakwalifikowania mediów społecznościowych jako rynku dwustronnego, jednakże przedstawiony charakter i zróżnicowanie podmiotów korzystających z mediów społecznościowych sugerowałby zasadność zakwalifikowania ich jako rynków trójstronnych. Wydaje się jednak, że na rynku usług porozumiewania się online oraz na rynku reklamy online media społecznościowe powinny zostać uznane za rynki dwustronne – w tym przypadku szczególnie istotne jest rozróżnienie odrębnych rynków w zakresie produktowym, a dopiero później definiowanie uczestnika rynku,

Za rynek dwustronny – w myśl przedstawionej powyżej argumentacji – należy uznać przedsiębiorców cyfrowych pośredniczących w transporcie (np. Uber, Lyft) lub w dostawie (np. Glovo, UberEats). Wszyscy wspomniani przedsiębiorcy mają dwie konkretne grupy współzależnych od siebie użytkowników: osoby oferujące usługi przewozowe i z nich korzystające oraz podmioty oferujące towary będące przedmiotem dostawy i osoby je zamawiające. Warunki funkcjonowania jednej grupy (np. wysokość opłaty za dostawę, prowizje pobierane od podmiotów oferujących swoje towary), bezpośrednio wpływają na decyzje drugiej grupy użytkowników.

Wątpliwości może budzić kwalifikacja jako rynku wielostronnego serwisów streamingowych – o ile grupa odbiorców oferowanych treści jest jednoznaczna, o tyle można się zastanawiać, czy w przypadku, w którym przedsiębiorca cyfrowy nie oferuje własnych treści audiowizualnych (czego dobrym przykładem są serwisy VOD) oraz nie występuje w charakterze dystrybutora, należałoby

rozważyć, czy są inne możliwości publikacji treści stworzonych przez podmioty trzecie w ramach serwisów streamingowych, co implikowałoby wielostronny charakter rynku. Wydaje się jednak, że tego typu możliwości są zasadniczo nikłe, stąd rynki serwisów streamingowych są rynkami jednostronnymi. Za wyjątek należy uznać serwis YouTube, który umożliwia odbieranie i publikowanie treści – zarówno przez przedsiębiorców, jak i osoby fizyczne. Poniżej omówione zostaną istotne czynniki wpływające na wyznaczanie rynków właściwych w przypadku rynków dwustronnych.

1. Efekt sieci

Jedną z cech charakteryzującą rynki nowych technologii jest efekt sieci. Związany jest on z szeroką dostępnością usług świadczonych online, przejawiającą się często w braku opłat, co zdecydowanie może przyczynić się do popularności danego przedsiębiorcy. Konsekwentnie, wraz z rosnącą liczbą użytkowników wzmacnia się pozycja rynkowa przedsiębiorcy, co przekłada się zarówno na zyski finansowe, jak i korzyści dla użytkowników, którym przedsiębiorca jest w stanie oferować konkurencyjne usługi lub towary. Efekt sieci może również przyczyniać się²⁵ do zwiększenia bariery wejścia na rynek, w konsekwencji utrudniając, a w skrajnych przypadkach uniemożliwiając, wejście na rynek potencjalnym konkurentom. W kontekście rynków dwustronnych za szczególnie istotny czynnik przyjmuje się tzw. pośredni efekt sieci, który można zdefiniować jako sytuację, gdy zwiększony popyt na towar lub usługę w obrębie jednego rynku wpływa na zwiększony popyt na towar lub usługę na innym, odrębnym rynku właściwym, przy założeniu, że towary te lub usługi są ze sobą w mniejszym lub większym stopniu powiązane²⁶. Twierdzenie to wymaga jednak uznania, że przedsiębiorcy działający w obrębie rynków dwustronnych funkcjonują jednocześnie na dwóch różnych rynkach właściwych, co należy uznać za punkt wyjścia w przypadku wyznaczania rynków właściwych w odniesieniu do rynków dwustronnych. Wskazuje się, że w przypadku rynków dwustronnych, w obrębie których dochodzi do bezpośredniej transakcji między uczestnikami obu tych rynków (ang. *two-sided transaction market*), powinno wyznaczać się jeden rynek właściwy, a w przypadku gdy między uczestnikami dochodzi do transakcji, w której przedsiębiorca działający na obu tych rynkach pośredniczy (ang. *two-sided non-transaction market*), należy wyznaczyć dwa rynki właściwe²⁷. Założenie to należy uznać za słuszne i podkreślić, że w przypadku dwustronnych rynków transakcyjnych przedsiębiorcy działający w ramach tych rynków nie mogliby funkcjonować, gdyby nie obie grupy użytkowników, stąd należy wyznaczyć jeden rynek właściwy²⁸.

²⁵ Bundeskartellamt (2016): 12.

²⁶ Bundeskartellamt (2016): 12.

²⁷ Filistrucchi et al. (2013): 6.

²⁸ Hartung (2018): 135–136.

2. Struktura cenowa rynku w kontekście rynków wielostronnych

Standardowa struktura cenowa rynku, tj. podział na rynek cen wysokich, średnich i niskich, ulega modyfikacjom²⁹ w przypadku rynków wielostronnych wskutek roli, jaką pełni platforma cyfrowa będąca swoistym pośrednikiem pomiędzy przedsiębiorcami i użytkownikami.

Podstawową różnicą jest model funkcjonowania platform internetowych, będących rynkiem dwustronnym, które dywersyfikują sytuację obu grup użytkowników z punktu widzenia kosztów – przedsiębiorcy lub osoby fizyczne, oferując towary, zwykle muszą uiszczać opłaty za wystawienie przedmiotu lub prowizję z tytułu jego sprzedaży. Natomiast klienci płacą jedynie cenę za towar lub usługę, nie uiszczając żadnych opłat na rzecz pośrednika. Różnica ta może przyczynić się do istotnych dysproporcji rynkowych (np. przez nakładanie identycznej prowizji z tytułu sprzedaży na portalu aukcyjnym na osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, ale sprzedające na tego typu platformach internetowych oraz przedsiębiorców).

IV. WYZNACZANIE RYNKU WŁAŚCIWEGO NA RYNKU DWUSTRONNYM

1. Rynek właściwy w ujęciu asortymentowym

W kontekście omówionych elementów składających się na wyznaczenie rynku właściwego w aspekcie przedmiotowym w odniesieniu do przedsiębiorców cyfrowych funkcjonujących w obrębie rynków dwustronnych szczególnie istotna wydaje się zdolność przedsiębiorców do szybkiej adaptacji do zmieniających się warunków konkurencji, w tym w szczególności względnie sprawną umiejętność generowania nowych produktów lub usług relatywnie niskim kosztem, często bazując na już oferowanych usługach.

Wydaje się, że jest to jedna z cech charakterystycznych działalności gospodarczej prowadzonej w całości lub w dominującej mierze w strefie online. Dlatego też badanie rynku właściwego jest szczególnie utrudnione, ponieważ jego prawidłowe wyznaczenie wymaga zdefiniowania często całkowicie nowych rynków produktowych oraz oceny zdolności przedsiębiorcy do szybkiego poszerzenia oferowanych przez siebie towarów lub usług. Rynki te mogą stanowić odrębne rynki właściwe, na których przedsiębiorca, w rezultacie przede wszystkim efektu sieci, uzyskuje wyjściowo silną pozycję rynkową, niewykluczone, że pozycję dominującą.

Możliwość wystąpienia dominującej pozycji rynkowej jednego przedsiębiorcy na nowym rynku właściwym jest natomiast związana z cechą charakterystyczną szeroko pojętych rynków nowych technologii, w obrębie których innowacyjność zakłada tworzenie nie tylko ulepszonych wersji już istniejących towarów lub usług, lecz także tworzenie całkowicie nowych. Może się w zwią-

²⁹ Collyer, Mullan, Timan (2017): 4.

ku z tym okazać, że przedsiębiorca, tworząc nowy produkt, przez pewien czas będzie jedynym podmiotem na rynku właściwym³⁰.

Kwestią szczególnie ryzykowną w przypadku wyznaczania rynku właściwego w obrębie rynków wielostronnych działających w sferze online jest również zbyt wąskie wyznaczenie rynku właściwego³¹. Problem ten widoczny jest na przykładzie komunikatu i decyzji amerykańskiej Federal Trade Commission³² oraz brytyjskiego – ówczesnie funkcjonującego – Office of Fair Trading³³ w sprawie koncentracji portalu społecznościowego Facebook i medium społecznościowego Instagram. Oba wymienione organy antymonopolowe wyraziły zgodę na koncentrację, a Office of Fair Trading uzasadniło ją, między innymi uznając, że Instagram jest aplikacją do edycji i publikowania zdjęć, a nie medium społecznościowym. Kwalifikacja ta jest – w mojej ocenie – przykładem na niedoszacowanie różnorodnych sposobów komunikacji pomiędzy użytkownikami, w tym w formie zdjęć, a także możliwości sprawnej i względnie taniej adaptacji aplikacji mobilnych i platform cyfrowych na przykład przez rozszerzenie ich funkcjonalności o możliwość bezpośredniej i prywatnej komunikacji między użytkownikami. Takie zjawisko wystąpiło w przypadku Instagramu wkrótce po przejęciu przez Facebook.

Natomiast okoliczność rynku właściwego, na którym – zwykle czasowo – pozycję dominującą, w tym nawet monopolistyczną, ma przedsiębiorca, który wprowadził produkt całkowicie nowy, tworzący odrębny rynek właściwy, należy uznać za nieuchronną konsekwencję postępu technologicznego. Prawo antymonopolowe określa środki, za pomocą których niekorzystne konsekwencje tego typu monopolu niwelować, w szczególności praktyki sankcjonowane jako nadużywanie pozycji dominującej (art. 9 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE³⁴).

2. Rynek właściwy w ujęciu czasowym

Aspekt czasowy rynku właściwego nie jest wyznaczany na potrzeby każdego postępowania antymonopolowego, wydaje się jednak, że w przypadku rynków nowych technologii, charakteryzujących się szeroko pojętym dynamizmem, czynnik ten może okazać się szczególnie istotny.

Pierwsza problematyczna kwestia została już zasadniczo omówiona w kontekście rynku w ujęciu asortymentowym: zagadnienie swoistego monopolu wyjściowego w przypadku przedsiębiorcy, który stworzył nowy produkt

³⁰ Szpringer (2003): 114.

³¹ I związany z nim tzw. błąd celofanowy (Kostecka-Jurczyk 2014: 38), który związany jest z nieprawidłowym zastosowaniem testu SSNIP – Szmigielski (2016): 200.

³² Closing letter to Counsel to Facebook: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/facebook-inc./instagram-inc./120822barnettfacebookcltr.pdf> [dostęp: 6.05.2019]; Closing letter to Counsel for Instagram: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/facebook-inc./instagram-inc./120822zeiglerinstagramcltr.pdf> [dostęp: 8.06.2020].

³³ Office of Fair Trading, case ME/5525/12, 14th August 2012, <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2e5ed915d7ae200003b/facebook.pdf>> [dostęp: 8.06.2020].

³⁴ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie 13 grudnia 2007 r., t.jedn.: Dz. U. 2009, Nr 203, poz. 1569 (dalej jako: TFUE).

lub usługę stanowiącą odrębny rynek właściwy. Należy jednak podkreślić, że w przypadku swoistego monopolu wyjściowego przedsiębiorcy wprowadzającego całkowicie nowy produkt lub usługę, a konsekwentnie wyodrębniającego nowy rynek właściwy, okoliczność doraźności sytuacji rynkowej nie powinna łagodzić oceny praktyk przedsiębiorcy, które mogłyby zostać uznane za monopolistyczne.

Kolejnym zagadnieniem mającym wpływ na aspekt czasowy rynku właściwego w odniesieniu do rynków wielostronnych jest efekt sieci oraz zjawisko przechylania się rynku, rozumiane jako zwiększenie siły rynkowej jednego przedsiębiorcy w efekcie raz uzyskanej przewagi konkurencyjnej³⁵. W przypadku przedsiębiorców cyfrowych funkcjonujących w obrębie rynków dwustronnych na pozycję ekonomiczną przedsiębiorcy istotny wpływ mają czynniki niematerialne i niestałe – w tym przede wszystkim liczba użytkowników mogąca podlegać niemal dowolnym fluktuacjom, często uzależnionym od czynników nieuchwytnych i czasowych, jak moda na korzystanie z usług danego przedsiębiorcy. Czynniki te niewątpliwie mogą mieć również wpływ na okresowe i stałe przechylanie się rynku, co również powinno zostać uwzględnione w przypadku wyznaczenia rynków właściwych. Niewątpliwie należy uznać, że aspekt czasowy rynku właściwego w przypadku rynków wielostronnych działających za pośrednictwem platform cyfrowych powinien być uwzględniany każdorazowo w celu prawidłowej oceny siły rynkowej przedsiębiorcy, a w konsekwencji poprawnego wyznaczenia rynku właściwego.

3. Rynek właściwy w ujęciu terytorialnym

Wydaje się, że rynek właściwy w aspekcie terytorialnym nie budzi większych wątpliwości w przypadku przedsiębiorców cyfrowych funkcjonujących w obrębie rynków dwustronnych. Warto w tym miejscu podkreślić, że są to zasadniczo rynki globalne z zastrzeżeniem wyłączeń poszczególnych państw, na których obszarach istnieją znaczne ograniczenia w wolnym dostępie do Internetu (np. Chiny, Kuba lub Rosja). Ze względu na zasadę skutku³⁶ obowiązującą w prawie antymonopolowym skala działalności przedsiębiorcy lub miejsce jego siedziby nie ma istotnego znaczenia dla jego zastosowania – wystarczy, że na terytorium danego państwa lub Unii Europejskiej wystąpi rezultat praktyki przedsiębiorcy o celu lub skutku naruszającym publiczne prawo ochrony konkurencji.

4. Metody wyznaczenia rynków właściwych w odniesieniu do przedsiębiorców cyfrowych działających na rynkach dwustronnych

Zważywszy na charakterystykę wybranych przedsiębiorców cyfrowych działających na rynkach dwustronnych zaprezentowanych w artykule, wydaje

³⁵ Katz, Shapiro (1994): 106.

³⁶ Art. 1 u.o.k.k.

się, że metoda SSNIP mogłaby znaleźć skuteczne zastosowanie w przypadku przedsiębiorców świadczących usługi dostawy, gdzie cena usługi oferowanej konsumentowi ma wpływ na jego decyzje, jak również wysokość prowizji pobieranej od przedsiębiorcy nie są bez znaczenia dla przedsiębiorców oferujących dostawę swoich produktów realizowaną przez przedsiębiorcę cyfrowego.

W odniesieniu do usług świadczonych przez przedsiębiorców cyfrowych odpłatnie należy uznać, że test tzw. hipotetycznego monopolisty oraz metoda CLA powinna znaleźć zastosowanie. Test SSNIP może natomiast nie znaleźć zastosowania w przypadku mediów społecznościowych, które są dla użytkowników darmowe³⁷, ponieważ za podstawę przyjmuje cenę produktu lub usługi. Wydaje się zatem, że w przypadku usług świadczonych nieodpłatnie powinno brać się pod uwagę charakter medium, jego funkcjonalność lub formy komunikacji. Szersze zastosowanie w przypadku cyfrowych rynków dwustronnych, a w szczególności rynków, w ramach których usługi są nawet częściowo świadczone nieodpłatnie, może znaleźć metoda CLA, zgodnie z omówionym w kontekście rynku produktowego możliwością względnie szybkiej adaptacji przedsiębiorców cyfrowych do realiów rynkowych. Istotne jest, aby w odniesieniu do tej grupy przedsiębiorców stosować analizę kosztów stałych i zmiennych niezależnie od zastosowania testu SSNIP.

5. Konkluzje

W kontekście rynku właściwego w ujęciu przedmiotowym za szczególnie istotny czynnik należy uznać ocenę zdolności przedsiębiorcy do względnie szybkiej zmiany lub rozszerzenia oferowanych usług. Kwestią związaną z ujęciem czasowym rynku właściwego jest przede wszystkim problematyka przechylania się rynku i jej konsekwencje dla konkurencji oraz swoisty monopol czasowy charakterystyczny dla rynków nowych technologii. W przedmiocie metod wyznaczania rynku właściwego wydaje się, że analiza kosztów stałych i kosztów zmiennych może znaleźć zastosowanie w każdym przypadku, natomiast test SSNIP w zależności od odpłatności świadczonej usługi³⁸.

V. POZYCJA RYNKOWA PRZEDSIĘBIORCY CYFROWEGO DZIAŁAJĄCEGO NA RYNKU WIELOSTRONNYM

Przedstawiona w artykule charakterystyka działalności przedsiębiorców cyfrowych działających na rynkach dwustronnych wskazuje na szczególnie istotną rolę swego rodzaju pośrednika pomiędzy różnymi grupami użytkowników. W konsekwencji przedsiębiorca cyfrowy nie jest konkurentem żadnej z grup swoich użytkowników, z wyłączeniem sytuacji, w której sam działa na jednym z wyznaczonych rynków właściwych (np. Amazon zarówno umożliwia sprze-

³⁷ Kanton, Łukawski, Murek (2018): 21; Hartung (2018): 127.

³⁸ Kohutek (2014): 196.

daż własnych towarów za jego pośrednictwem, jak i oferuje własne towary substytucyjne).

Charakter usługi pośredniczenia i stwarzania warunków do zaistnienia nowych podmiotów dobrze obrazuje stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie Uber³⁹, w którym wskazano, że funkcjonowanie Ubera na rynku przewozu osób przyczyniło się do popularyzacji tej usługi wśród konsumentów i zwiększyło konkurencję na tym rynku⁴⁰. Cecha ta wskazuje na zasadność stwierdzenia przedstawionego w przywoływanym już w artykule wyroku w sprawie *Ohio v. American Express Co.*, w którym uznano, że przedsiębiorcy działający na rynkach wielostronnych nie mogą konkurować z przedsiębiorcami działającymi na rynkach jednostronnych.

Rola przedsiębiorców cyfrowych działających na rynkach dwustronnych polega pośrednio na określaniu warunków konkurowania innych przedsiębiorców korzystających z ich usług. Wydaje się, że jest to kwestia istotnie niedookreślona w przeciwieństwie do sytuacji użytkowników, będących w dużej części konsumentami, względem których zastosowanie znajdują przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Opisana w ten sposób rola przedsiębiorców cyfrowych działających na rynkach wielostronnych sprawia, że należałoby się zastanowić nad ewentualną juredyzacją ich odmiennego charakteru działalności. Przykładem propozycji legislacyjnej dotyczącej przedsiębiorców cyfrowych mogłaby być do pewnego stopnia konstrukcja przedstawiona w propozycji nowelizacji niemieckiej ustawy antymonopolowe, czyli przedsiębiorcy mającego wyjątkowe znaczenie dla konkurencji między rynkami (niem. „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb”)⁴¹. O przyznaniu tego statusu miałby decydować Bundeskartellamt i wiązałyby się on z dodatkowymi obowiązkami, np. zakazem traktowania własnych ofert w sposób inny niż przedsiębiorców korzystających z jego usług lub zakaz korzystania z danych przedsiębiorców i ich klientów działających przy pomocy przedsiębiorcy cyfrowego funkcjonującego na rynku dwustronnym.

Niemniej należy zauważyć, że regulacje dotyczące nadużywania pozycji dominującej, które zakresem podmiotowym obejmują przedsiębiorców, a nie konkurentów dominanta, sprawiają, że mogą one znaleźć zastosowanie⁴² również w przypadku przedsiębiorców pełniących rolę swoistych pośredników i twórców rynków⁴³. Przykładowo, za nadużywanie pozycji dominującej, poza wspomnianą już decyzją Bundeskartellamt w sprawie *Facebooka*,

³⁹ Stanowisko UOKiK z 5 maja 2016 r.

⁴⁰ Ibid.: 6.

⁴¹ Referentenwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), <<https://www.dkart.de/wp-content/uploads/2019/10/GWB-Digitalisierungsgesetz-Fassung-Ressortabstimmung.pdf>> [dostęp: 9.11.2019]; Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Artikel 1, § 19a, s. 4.

⁴² Szmigielski (2018).

⁴³ Tzw. *gatekeepers* – M. Vestager, Speech to the Competition Day, Berlin 7th September 2020, <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-competition-day_en> [dostęp: 12.09.2020].

uznane przez Komisję zostały również praktyki Alphabet Inc. w sprawach *Google Search i Android*⁴⁴, czyli dotyczących najpopularniejszej wyszukiwarki internetowej oraz najpopularniejszego systemu operacyjnego dla urządzeń mobilnych. Natomiast w grudniu 2019 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie domniemanego nadużywania pozycji dominującej przez Allegro przez faworyzowanie własnych produktów kosztem konkurentów⁴⁵, a we wrześniu 2020 wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie tego samego przedsiębiorcy w zakresie domniemanego działania na szkodę sprzedających przez zmianę mechanizmu pobierania opłat i prowizji z tytułu sprzedaży oraz domniemanego działania na szkodę konsumentów przez zawarcie klauzul niedozwolonych w zmienionym regulaminie świadczenia usług⁴⁶.

VI. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona analiza miała na celu przedstawienie najważniejszych czynników wpływających na prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego w przypadku przedsiębiorców cyfrowych funkcjonujących w obrębie rynków dwustronnych. Omówione zostały czynniki najistotniejsze i wydaje się, że obecnie najbardziej aktualne, co oczywiście nie wyklucza pojawienia się nowych istotnych cech charakteryzujących rynki dwustronne. Wskazują one, że podstawową kwestią, która musi być każdorazowo wyodrębniona, to rozróżnienie, czy konieczne jest wyodrębnienie jednego czy dwóch rynków właściwych, na których działa przedsiębiorca. Kwestia ta ma szczególnie istotne znaczenie dla problematyki kontroli koncentracji – ocena skutków koncentracji powinna w przypadku przedsiębiorców działających na rynkach dwustronnych podlegać ocenie na wszystkich rynkach, na których działają podmiot przejmujący i przejmowany lub na których działać ma nowo powstający przedsiębiorca, w sytuacji gdy konieczne jest wyznaczenie dwóch rynków właściwych. Ze względu na czynniki charakterystyczne dla rynków dwustronnych omówione w artykule, w tym w szczególności efekt sieci, koncentracja w obrębie jednego rynku właściwego może mieć niebagatelny wpływ na warunki konkurencji na drugim rynku właściwym. Ponadto zgodnie z przytoczoną w artykule tezą amerykańskiego Sądu Najwyższego w wyroku *Ohio v. American Express Co.* przedsiębiorcy działający na rynkach dwustronnych mogą konkurować tylko z podmiotami funkcjonującymi w tym samym modelu, stąd należy uznać, że określenie rynku właściwego w odniesieniu do kontroli koncentracji w przypadku przedsiębiorców dwustronnych działających na rynkach transakcyjnych będzie wymagało wyznaczenia trzech rynków właściwych i ich łącznej oceny.

⁴⁴ Anusz (2020): 120–123.

⁴⁵ <https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16013> [dostęp: 13.09.2020]

⁴⁶ <https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16735> [dostęp: 13.09.2020]

Ponadto wydaje się, że obecnie najważniejsze jest każdorazowe uwzględnianie aspektu czasowego rynku właściwego, a w przypadku usług świadczonych nieodpłatnie – czynników związanych z właściwościami, w tym właściwościami i możliwościami technicznymi, oferowanego świadczenia. Takie podejście pozwoli – w mojej ocenie – na rzeczywistą ocenę rynku oraz może zapobiec niekorzystnej z punktu widzenia konkurencji koncentracji przedsiębiorców, polegającej coraz częściej nie tyle na akumulacji generowanych przychodów, ile trudnych do jednoznacznego oszacowania czynników niematerialnych, odgrywających coraz większą rolę we współczesnych gospodarkach.

W odniesieniu do przedsiębiorców cyfrowych mających istotny wpływ na warunki konkurowania na rynkach należy uznać, że w przedmiocie praktyk rynkowych przedsiębiorców konstrukcja nadużywania pozycji dominującej wydaje się najwłaściwsza i skuteczna. Jednocześnie wskazuję, że niektóre specyficzne warunki regulujące działalność tych przedsiębiorców (np. zakaz faworyzowania własnych ofert) to rozwiązania pożądane, muszą jednak zostać one doprecyzowane w celu skutecznej realizacji swoich założeń.

- Anusz, A. (2020). Antykonkurencyjne zastosowanie programów komputerowych i niezgodne z publicznym prawem ochrony konkurencji wykonywanie ich prawnoautorskiej ochrony. *Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa własności Intelektualnej* 1(147): 116–129.
- Aziewicz, D. (2014). Kontrola koncentracji a rynki instrumentów finansowych – wyznaczanie rynku właściwego w praktyce Komisji Europejskiej. *Decyzje Komisji Europejskiej w sprawach Nr COMP/6166 Deutsche Börse/NYSE Euronext oraz Nr COMP/M.6873 Intencontinental Exchange NYSE Euronext. Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 9(3): 34–46.
- O'Brien, D.P., Wickelgren, A.L. (2003). A Critical Analysis of Critical Loss Analysis. <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/critical-analysis-critical-loss-analysis/wp254_0.pdf>.
- Bundeskartellamt (2016). Working Paper. The Market Power of Platforms and Networks.
- Collyer, K., Mullan, H., Timan, N. (2017). Measuring market power in multi-side markets, [w:] *Competition Policy International Antitrust Chronicle* September: 1–3.
- Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeldt, P. (2013). Market definition in two-sided markets: theory and practice: 1–30. <https://www.researchgate.net/publication/256055184_Market_Definition_in_Two-Sided_Markets_Theory_and_Practice> [=Journal of Competition Law and Economics 10(2): 293–339. doi:10.1093/joclec/nhu007].
- Hartung, N. (2018). Po co komu moje dane? Omówienie opinii francuskiego organu ds. konkurencji dotyczącej wykorzystania danych w sektorze reklamy internetowej. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 8(7): 117–138.
- Kanton, K., Łukawski, J., Murek, S. (2018). Rynek uwagi: pojęcie i wyzwania przy antymonopolowej ocenie koncentracji. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 8(7): 15–28.
- Katz, M.L., Shapiro, C. (1994). System competition and network effects. *Journal of Economic Perspectives* 8(2): 93–115.
- Kohutek, K., Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa.
- Kostecka-Jurczyk, D. (2014). Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji. Wrocław.
- Szmiągowski, A. (2016). Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ* 6: 189–209.
- Szmiągowski, A. (2018). Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 8(7): 29–49.

- Szpringer, W. (2003). *Dystrybucja w gospodarce cyfrowej. Między monopolem a konkurencją*. Warszawa.
- Turno, B. (2016). Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych, [w:] T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji 25 lat*. Warszawa 2016: 405–420.
- Vestager, M. (2020). *Speech to the Competition Day, Berlin 7th September 2020*. <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-competition-day_en>.

THE PROBLEM OF DEFINING THE RELEVANT MARKET
IN THE CASE OF MULTILATERAL MARKETS – BASED ON THE EXAMPLE
OF DIGITAL ENTREPRENEURS OPERATING IN TWO-SIDED MARKETS

Summary

The article analyses the process of defining the relevant market, with reference to digital entrepreneurs who operate on two-sided markets. The article presents a description of two-sided markets, including their basic features, such as network effect and price structure. These aspects are then analysed in the context of three factors of the relevant market: relevant product market, relevant geographic market, and temporal relevant market. The article leads to the conclusion that a temporal relevant market should be determined each time when considering online multi-side markets. The article also analyses the so-called gatekeepers, that is entrepreneurs creating markets on which they also define the market conditions. Moreover, they do not always compete on the markets which they have created. In the case of gatekeepers, the article leads to the conclusion that the legal construction of abuse of market position should be sufficient; however, further regulation of gatekeepers may be necessary in the future.

Keywords: relevant market; two-sided market; network effect; antitrust law; gatekeepers