



Włodzimierz Szpringer*

PRAWO KONKURENCJI W GOSPODARCE OPARTEJ NA DANYCH

Artykuł był podstawą referatu wygłoszonego podczas drugiego dnia I Kongresu Allerhanda Instytucje Prawa Ochrony Konkurencji w Warszawie – 8 czerwca 2022 r. Celem opracowania jest opisanie procesu przechodzenia od społeczeństwa informacyjnego (*information society*) do społeczeństwa opartego na danych (*data-driven society*) i ukazania w tym kontekście prawa ochrony konkurencji. Autor m.in. rozważa potrzebę wprowadzenia regulacji o zarządzaniu danymi i w tym kontekście analizuje regulacje w niektórych państwach oraz projekty regulacji opracowane w Unii Europejskiej.

Pojęcia kluczowe: prawo konkurencji; społeczeństwo oparte na danych (*data-driven society*); *Data Act*, *Data Governance Act* i *Digital Markets Act*.

Wprowadzenie

Droga między społeczeństwem informacyjnym (*information society*) a społeczeństwem opartym na danych (*data-driven society*) ma daleko idące konsekwencje dla świata. Być może bardziej trafne ujęcie mówi, że następuje przejście ze społeczeństwa informacyjnego

* Prof. dr hab. Włodzimierz Szpringer, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie; Uniwersytet Warszawski, Wydział Zarządzania; ORCID: 0000-0003-3874-8906

do społeczeństwa opartego na wiedzy (*knowledge society*), a z niego do społeczeństwa opartego na mądrości (*wisdom society*). Projekt regulacji o zarządzaniu danymi jest pozytywnym krokiem w kierunku ułatwienia innowacji opartych na danych. Ma potencjał, aby zrewolucjonizować wymianę danych między organizacjami z korzyścią dla interesariuszy. Zachęca do tworzenia nowej infrastruktury do udostępniania danych, a co za tym idzie, pomoc w budowaniu jednolitego rynku cyfrowego w państwach członkowskich UE.

Nowatorski charakter gospodarki opartej na danych wymaga zwrócenia uwagi organów antymonopolowych na konkurencyjne szkody dla innowacji (np. z braku interoperacyjności, z nieprzejrzystości algorytmów, nieudostępniania kluczowych patentów) a nie tylko w kontekście bardziej znanych kategorii: ceny, produkcji i jakości. Egzekwowanie przepisów antymonopolowych jest wymagane, gdy zachowanie biznesowe szkodzi konkurencji poprzez tłumienie nowych modeli biznesowych, technologii lub produktów, ale organy egzekwujące prawo muszą być ostrożne, ponieważ zbyt restrykcyjne czy nadmierne działania przeciwko firmom zaangażowanym w badania i rozwój również mogą osłabić innowacyjność.

Możliwe jest poszerzenie regulacji (interpretacji) nadużywania dominacji rynkowej o inne formy zależności ekonomicznej np. dostęp do danych, w tym także do własności intelektualnej u przemysłowej, ewentualnie zastosowanie – ze względu na par excellence infrastrukturalny charakter ekosystemów platform bigtechów – koncepcji urządzeń kluczowych (*essential facility*), kategorii użyteczności publicznej (*public utilities*), nadużywania przewagi kontraktowej czy szacowania kosztu wykluczenia (*cost of exclusion*). Kontekst tej interesującej problematyki - to poszukiwanie „złotego środka” między ochroną danych a dostępem do danych, między tragedią wspólnego pastwiska (*tragedy of commons*) a tragedią prywatnego zawłaszczania (*tragedy of anti-commons*), a tym samym – opracowania systemów zarządzania danymi prywatnymi oraz publicznymi, który nie budzi wątpliwości z perspektywy konkurencji¹.

Przykładowo – być może potrzebne jest nowe spojrzenie organów antymonopolowych na algorytmiczną wymianę danych między firmami w kontekście zakazu kartelowego art.101 TFUE, wymianę danych na rynkach nowych technologii w kontekście praw własności intelektualnej i przemysłowej, a także wymianę danych dla celów „wbudowanego nadzoru” nad rynkiem (*embedded supervision*) czy automatyzacji regulacji i *compliance* (*reg-tech*, *sup-tech*). W kwestii ochrony i dostępu do danych należy mieć w polu widzenia nie tyl-

¹ Por. Ostrom E. (2013). *Dysponowanie wspólnymi zasobami* Warszawa, WoltersKluwer 2013; Ostrom E., Basurto X. (2011). *The Evolution of Institutions: Toward a New Methodology* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1934360

ko projekty *Data Act*, *Data Governance Act* i *Digital Markets Act*, lecz także kontekst GDPR (RODO), regulacji sztucznej inteligencji i cyberbezpieczeństwa (np. eIDAS, NIS, DORA, MICA)².

Dane dla gospodarki cyfrowej stały się czynnikiem produkcji, wpływającym na efektywność działalności gospodarczej. Określają także rozwój nowych modeli biznesu. Digityzacja dotyczy zmiany formy informacji z analogowej na cyfrową, digitalizacja (cyfryzacja) – procesów i ról wchodzących w zakres operacji biznesowych, a transformacja cyfrowa – całości: modelu biznesowego i strategii firmy. Transformacja cyfrowa – to systemowa zmiana funkcjonowania rynku, konsumentów, przedsiębiorstw i państwa w wyniku wdrożenia technologii cyfrowych i dzięki datafikacji. Datafikacja (danetyzacja) jest definiowana jako proces tworzenia cyfrowych reprezentacji kolejnych obszarów świata rzeczywistego oraz czerpania wartości z pozyskanej w ten sposób informacji. Datafikacja ma doniosłe konsekwencje społeczne i ekonomiczne. Datafikacja tworzy również grunt dla nowych modeli biznesowych rozwijanych przez platformy cyfrowe (*fintechy* i *bigtechy*)³.

Ludzie są przystosowani do współpracy, a nowe technologie działają jako wzmacniacz ludzkiego, opartego na współpracy, sposobu myślenia. W polu badań jest pojawienie się nowego rodzaju współpracy, którą umożliwiają technologie sieciowe. To nowe społeczeństwo oparte na współpracy można scharakteryzować jako szereg usług i startupów, które umożliwiają wymianę i interakcje *peer-to-peer* za pośrednictwem technologii. Powstaje pytanie, czy ekonomiczne aspekty nowej współpracy mają potencjał, aby uczynić społeczeństwo bardziej sprawiedliwym; czy jest to przykrywką dla niesprawiedliwości społecznej i wycisku użytkowników. Można pokazać bowiem zarówno pozytywne, jak i negatywne strony istnienia kooperatywnych aspektów nowych technologii⁴.

Koncepcja społeczeństwa współpracy opiera się na oddolnym i długotrwałym współdziałaniu w grupie, której członkowie opracowali określone wzorce relacji dzięki technologii, a którego rola gwałtownie w ostatnich latach rośnie. Oprócz gospodarki, podkreśla się oddziaływanie współpracy także na inne obszary, jak związki międzyludzkie, środowisko i kultura. Istnieją pewne ułatwienia np. to, że mimo, iż technologie są coraz bardziej złożone, to interfejsy – coraz prostsze. Rozwiązania np. *AI mainstreaming* (*low-code – no-code*) mogą być budowane przez samych użytkowników – amatorów.

² Szerzej w publikacjach autora z 20021 i 2022 r. – w bibliografii.

³ Por. K. Śledziwska, R. Włoch, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa 2020.

⁴ Por. D. Jemielniak, A. Przeglasińska, *Collaborative Society Cambridge, Mass., The MIT Press* 2020.

W gospodarce akcent na współpracę kosztem konkurencji, a w istocie – współistnienie kooperacji i konkurencji (kooperencja – koopetycja), jest w polu zainteresowania organów antymonopolowych, których stanowisko w odniesieniu do współpracy w gospodarce opartej na danych ewoluuje: od rygorystycznego do permissywnego. Struktury współpracy w różnych dziedzinach także ulegają ewolucji. Związane z technologią *DLT Blockchain* zdecentralizowane autonomiczne organizacje (DAO) umożliwiają przekazanie zarządzania społeczności. Oznacza to poszerzony przepływ i dostęp do danych oraz zmiany w systemie zarządzania. Kto ma więcej tokenów, ten ma więcej głosów, a zatem większy wpływ na działanie systemu.

Gospodarka cyfrowa – to gospodarka oparta na danych (datafikacja – danetyzacja). Powstaje w związku z tym wiele pytań: czy można mówić o własności danych, czy raczej o problemie dostępu do danych, jak pogodzić ochronę danych z potrzebą ułatwienia udostępniania danych w interesie publicznym (*Data Act – Data Governance Act*), jak te kwestie różnicować w kontekście danych osobowych (RODO) i danych ekonomicznych, często powiązanych z ochroną praw własności intelektualnej i przemysłowej, tajemnicy handlowej itp., czy, a jeżeli tak, to w jakiej mierze prawo powinno wymuszać udostępnianie danych, np. gdy utrudniają one szerokie korzystanie z *sui generis* infrastruktury (*Digital Markets Act* i restrykcje nakładane na bigtechy).

Czy prawo konkurencji powinno się interesować dostępem do danych w ramach kontroli karteli, fuzji czy nadużywania dominacji rynkowej, czy może raczej pozostawić te kwestie regulacji datafikacji? Czy próby wprzęgnięcia datafikacji w proces realizacji prawa konkurencji, i to na bardzo wczesnym etapie analizy rynku, gdy ewentualne szkody dla konkurencji jeszcze się wyraźnie nie ujawniają (jak ostatnio w niemieckiej GWB w odniesieniu do bigtechów), nie zagrażają pewności prawnej i bezpieczeństwu obrotu? Należy pamiętać, że takie prognozy mogą być przesłanką zbyt arbitralnych decyzji ingerujących w innowacyjne modele biznesowe i hamujące rozwój rynku nowych technologii, z których mogliby długofalowo skorzystać użytkownicy. Z drugiej strony, w historii ustawodawstwa antymonopolowego są znane koncepcje ingerencji na wczesnym etapie analizy rynku – w celu zapobiegania monopolizacji (tzw. *incipiency doctrin* w ramach *Sherman Act* z 1890 r.)

Platformizacja w gospodarce cyfrowej a prawo konkurencji

Technologie cyfrowe i modułowe metody produkcji doprowadziły do pojawienia się nowej generacji globalnych liderów, którzy ugruntowują swoją pozycję rynkową poprzez integrację platform

cyfrowych i ekosystemów komplementarnych, które oferują im nowe sposoby tworzenia i przechwytywania wartości, które często przekraczają granice istniejących sektorów. Ich modele biznesowe, oparte na wartościach niematerialnych, takich jak kod oprogramowania i dostęp do danych, wspierają ekspansję, która jest efektywnie bezkosztowa. Ponieważ rynki kapitałowe są zbyt chętne do inwestowania w rozwój tych firm, a organy regulacyjne nie są w stanie ich hamować, firmy te zgromadziły bezprecedensową władzę i bogactwo, z głębokimi implikacjami dla konkurencji, gospodarki i społeczeństwa.

Powstaje wyzwanie, jakim jest bezpośrednio uregulowanie platform i ekosystemów, przyglądając się ponownie podstawom ekonomicznym, strategicznym i regulacyjnym, które pozwalają wykrywać i rozwiązywać problemy dominacji rynkowej i konkurencji oraz odpowiadać na pytania dotyczące właściwej koncepcji i granic prawa. Literatura obejmuje takie tematy, jak współczesny charakter konkurencji z naciskiem na dynamikę i innowacyjność, nowe podejścia do analizy prawnej i ekonomicznej, w tym alternatywy dla „kryterium dobrobytu” i ochrony inwestycji utopionych, podejścia do fuzji technologicznych i przejęć, zalet i granic samoregulacji, możliwości dekoncentracji bigtechów oraz kwestii danych, gdy ochrona prywatności oraz wspieranie konkurencji i innowacji kierują nas w różnych kierunkach⁵.

Naukowcy i praktycy pozostają podzieleni, jak mierzyć rynek bigtechów. Niektórzy twierdzą, że konwencjonalne podejścia do określania siły rynkowej są odpowiednie dla rynku sieciowego online. Można wszelako argumentować, że takie konwencjonalne podejścia są niewystarczające do oceny siły rynkowej na cyfrowych rynkach sieciowych. Tradycyjne metody od lat stosowane przez organy antymonopolowe, sprowadzają się do badania efektów bezpośrednich: udziałów rynkowych, indeksu Lerner wraz z indeksem Herfindahla-Hirschmana. Bigtechy działają najczęściej na rynkach dwu- (wielostronnych, które wymagają innego podejścia, z uwzględnieniem barier wejścia (dostępu) np. w kwestii dostępu do informacji, kosztów zmian, własności intelektualnej i przemysłowej. Takie podejście jest lepiej dostosowane do oceny siły rynkowej⁶.

Być może celowe byłoby podejście zorientowane na zachowanie konkurencyjnych procesów i struktur rynku. Stosowanie tej idei polega na przykład na ocenie, czy struktura firmy stwarza antykonkurencyjne konflikty interesów; czy może wykorzystać przewagę

⁵ Por. M.G. Jacobides, I. Lianos, *Regulating platforms and ecosystems: an introduction*, "Industrial and Corporate Change" 30 (5), 2021 <https://academic.oup.com/icc/article/30/5/1131/6401198>.

⁶ Por. S. R. Cheng, *Approaches to Assess Market Power in the Online Networking Market*, "Science and Technology Law Review" 2021, 22 (2) <https://journals.library.columbia.edu/index.php/stlr/article/view/8664>.

rynkową w różnych branżach; oraz czy ekonomia rynków platform internetowych zachęca do drapieżnych zachowań i czy pozwalają na to rynki finansowe. Należy pamiętać, że efekt wykluczający może wynikać nie tylko z dominacji rynkowej (np. drapieżnych cen, transakcji wiązanych, ograniczeń wertykalnych), ale też z efektywności, będącej efektem w pełni legalnej, merytorycznej konkurencji („*competition on the merits*”).

Nie można karać za dominację jako taką, gdyż eliminowanie wysoce efektywnych platform cyfrowych nie leży w interesie publicznym. Przywrócenie tradycyjnych zasad antymonopolowych w celu stworzenia domniemania drapieżności i zakazu integracji pionowej przez dominujące platformy mogłoby pomóc w utrzymaniu konkurencji na tych rynkach. Jeśli zamiast tego zaakceptujemy analogię dominujących platform internetowych jako naturalnych monopolii, wówczas zastosowanie elementów koncepcji systemu użyteczności publicznej lub zobowiązań dotyczących urządzeń kluczowych („*essential facilities*”) utrzymałoby korzyści skali, ograniczając jednocześnie zdolność dominujących platform do nadużywania związanej z tym władzy.

Ciekawa wydaje się koncepcja „znaczącej nierównowagi”, która wykracza poza analizę udziału rynkowego i rynkowej pozycji dominującej, mając w polu widzenia kwestię realnego dostępu do platformy. Znacząca nierównowaga jest standardem prawnym mającym na celu ocenę, czy klauzula umowna jest nieuczciwa. Mamy tu do czynienia z pograniczem prawa antymonopolowego i prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pojęcie sprawiedliwości kontraktowej czy kontroli nadużywania przewagi kontraktowej jest już znane w niektórych dziedzinach np. w sektorze rolno-spożywczym. Definicje i testy dominacji gospodarczej różnią się ogromnie w zależności od specyfiki konkretnego rynku. Dlatego proponuje się nową miarę dominacji: „koszt wykluczenia” (CoE). Pojawia się pytanie, czy koncepcja nadużycia zależności gospodarczej (przewagi kontraktowej) może okazać się cenną alternatywą w przypadku odmowy przez przedsiębiorstwa niedominujące udzielenia dostępu do danych przedsiębiorstwom o słabszej sile przetargowej.

Powstaje problem redefinicji rynku właściwego koniecznej dla polityki i praktyki prawa konkurencji UE w gospodarce platform cyfrowych. Nacisk kładzie się na pośredników, którzy skupiają dwie (lub więcej) grupy użytkowników, których decyzje są współzależne i dlatego są oni powszechnie określani jako „platformy dwustronne”. Należy zwrócić uwagę na wyzwania związane z definicją rynku, w jaki sposób dostosować praktykę, aby właściwie uwzględnić siły ekonomiczne kształtujące rynki za pomocą dwustronnych platform. Ze względu na komplementarność usług świadczonych na rzecz grup

użytkowników, którymi obsługują platformy, pojawia się pytanie, czy i kiedy można zdefiniować jednolity rynek obejmujący obie strony. Celowe jest podejście wielorynkowe, które uwzględnia powiązania międzyrynkowe, uznaje istnienie rynków o zerowej cenie (*zero-price-markets*) i właściwie uwzględnia zachowania uczestników rynku np. *multihoming*⁷.

Jedną z kluczowych zmian w gospodarce jest rozwój ekosystemów biznesowych – grup połączonych firm, czerpiących z (cyfrowych) platform, które wykorzystują swoich komplementariuszy i zamykają swoich klientów, wykorzystując „wąskie gardła”, które pojawiają się w nowych (platformowych) architekturach biznesowych. Stworzyło to nowe asymetrie władzy, gdzie „pole” konkurencji nie jest właściwym rynkiem produktowym, jak to zwykle ma miejsce w prawie konkurencji, ale ekosystemem różnych komplementarnych produktów i powiązanych firm komplementarnych. Ta dynamika budzi nowe obawy związane z konkurencją. W UE odpowiedzią na rzekome słabości prawa konkurencji w odniesieniu do platform cyfrowych (bigtechów) jest projekt regulacji rynków cyfrowych (DMA). Można także wskazać wiele inicjatyw regulacyjnych w krajach europejskich, które koncentrują się na regulacji *ex post* oraz na roli modeli biznesowych i architektur ekosystemów⁸.

Interesujący jest przykład regulacji w Niemczech. Zgodnie ze znowelizowanym § 32a) Ustawy antymonopolowej (GWB) urząd antymonopolowy (*Bundeskartellamt*) może podjąć środki z urzędu, jeżeli naruszenie wydaje się bardzo prawdopodobne, a nakaz jest niezbędny do ochrony konkurencji lub ze względu na bezpośrednie zagrożenie poważną szkodą dla innych. Środki tymczasowe nie są możliwe, jeżeli dane przedsiębiorstwo wiarygodnie przedstawi fakty, zgodnie z którymi nakaz skutkowałby niesprawiedliwym skutkiem, niewymaganym przez nadrzędny interes publiczny. Głównym celem przepisu jest ochrona niezakłóconego procesu konkurencji na wcześniejszym etapie. Obniżenie wymagań dotyczących stosowania przepisu przed ryzykiem poważnej i nieodwracalnej szkody wyrządzonej konkurencji zakłada sposób na szybką interwencję antymonopolową, przynajmniej w niektórych przypadkach.

Alternatywa, która wymaga wykazania bezpośredniego zagrożenia poważną szkodą dla innego przedsiębiorcy, wiąże się z wyższym standardem prawdopodobieństwa. Dotyczy to scenariuszy, w których potencjalne szkody dla firmy będącej celem nadużycia, są wystarczająco konkretne i dotkliwe. Wydaje się prawdopodobne, że środki tymczasowe są najbardziej odpowiednie dla przypadków ze

⁷ Por. J. U. Franck, M. Peitz, *Market Definition in the Platform Economy*, 2021 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773774.

⁸ Por. M. G. Jacobides, I. Lianos, *Ecosystems and competition law in theory and practice*, 2021 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3772366.

stosunkowo jasnymi faktami i ustalonymi teoriami szkód i mniejsze może mieć zastosowanie w skomplikowanych sprawach, w których wchodzi w grę nowe kwestie prawne, które mogą mieć istotny wpływ na model biznesowy zainteresowanych przedsiębiorstw. GWB zawiera nowy system uzupełniający reguły konkurencji regulujące nadużywanie pozycji dominującej na rynku i mający na celu uchwycenie nadużyć niektórych szczególnie ważnych przedsiębiorstw w gospodarce cyfrowej – przedsiębiorstw „o podstawowym znaczeniu dla konkurencji na różnych rynkach”. Został on wprowadzony wraz z odpowiednimi przepisami proceduralnymi i składa się z dwuetapowej kontroli *ex ante* nadużyć niektórych szczególnie silnych graczy rynkowych w gospodarce cyfrowej.

Na arenie międzynarodowej trwa debata związana z pozycją rynkową niektórych dużych graczy cyfrowych (bigtechów), którzy pełnią funkcję strażników dostępu, kontrolując całe ekosystemy i świadczących co najmniej jedną z tzw. podstawowych usług platformowych. Bigtechy są oskarżane o niszczenie lub przejmowanie potencjalnych konkurentów, wznoszenie barier wejścia dzięki swojej pozycji na rynku. Chociaż bezpośredni wpływ na konsumentów jest często trudny do oszacowania, niektórzy twierdzą, że – mimo innowacji – bigtechy długofalowo działają na szkodę ich dobrobytu. W ramach badania rynku KE dokona jakościowej (a nie ilościowej) oceny obecności na rynku (potencjalnego) *gatekeepera*, a także cech strukturalnych rynku⁹.

Komisja Europejska zaproponowała ustawę o rynkach cyfrowych (*Digital Markets Act* – DMA) jako narzędzie regulacyjne, które ma uzupełniać prawo konkurencji UE. Chociaż niedawne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE zwiększyło rolę analizy ekonomicznej w polityce konkurencji UE, ostatnie zmiany legislacyjne wydają się zaprzeczać tej tendencji. W szczególności projekt rozporządzenia o rynkach cyfrowych (DMA) definiuje cyfrowego strażnika na podstawie progów ilościowych, takich jak obroty firmy i liczba użytkowników, a nie na podstawie indywidualnej oceny siły rynkowej firmy. Ponadto DMA zabrania *per se* kilku zachowań ze strony cyfrowych strażników, bez oceny antykonkurencyjnych skutków takiego zachowania i bez uwzględnienia jakichkolwiek względów efektywnościowych¹⁰.

Jednak z politycznego punktu widzenia obecne samoograniczenie środków behawioralnych w prawie konkurencji, w tym w kontroli koncentracji, a także skupienie się na regulacji *ex ante* za pośred-

⁹ S. Vryna, L. Blewett, N. Jung, T. Vinje, *European Union: a new era for tech regulation*, 2022, <https://globalcompetitionreview.com/review/the-european-middle-east-and-african-antitrust-review/2023/article/european-union-new-era-tech-regulation>.

¹⁰ EUI. *Economic Analysis in EU Competition Policy: Current trends and future perspectives*, 2022, <http://fc.eu.eu/event/economic-analysis-in-eu-competition-policy/>.

nictwem DMA jest w najlepszym razie połowicznym, a w najgorszym błędnym sposobem skutecznego stawienia czoła wyzwaniu bigtechów. Być może celowe są rozszerzone możliwości wykorzystywania środków strukturalnych w celu rozwiązania problemu głęboko zakorzenionych dysfunkcji rynku: rozszerzona i wzmocniona kontrola koncentracji oraz dostępność przymusowej dekoncentracji – po przeprowadzeniu badania rynku¹¹.

Komisja Europejska opublikowała projekt rozporządzenia o danych (*Data Act* – DA). Propozycja jest drugim ważnym elementem europejskiej strategii w zakresie danych i uzupełnia regulację o zarządzaniu danymi (*Data Governance Act* – DGA). Proponowana ustawa o danych wprowadza przepisy zwiększające dostęp użytkowników i możliwość przenoszenia danych generowanych przez podłączone urządzenia (od urządzeń przemysłowych po osobistych wirtualnych asystentów), przepisy dotyczące interoperacyjności przestrzeni danych i usług w chmurze oraz nowe wymogi dla przedsiębiorstw w zakresie udostępniania danych przez organy sektora publicznego. Prawo o danych nie wpada w pułapkę strukturyzowania dostępu do danych za pomocą niedopasowanych praw własności, a zamiast tego polega na rozszerzeniu praw dostępu do danych. Ciekawa jest myśl, że DA i DGA mają być antytezą GDPR (RODO), która zdaniem wielu teoretyków i praktyków, hamuje przepływ danych korzystny w interesie publicznym np. dla celów promocji innowacji czy testowania sztucznej inteligencji¹².

Rozporządzenie o danych (*Data Act*) jest, oprócz regulacji o rynkach cyfrowych (*Digital Markets Act*), drugim ważnym rozporządzeniem UE, które proponuje istotne środki w kwestii interoperacyjności. Podejście do interoperacyjności należy widzieć w kontekście europejskiej strategii w zakresie danych – przyznając jednocześnie, ale też jako ważny środek konkurencji rynkowej. Europejska strategia w zakresie danych ma za główny cel rozszerzenie prawa na sytuacje, które dotyczą nie tylko danych osobowych, ale także danych nieosobowych. Ponadto pozycjonuje interoperacyjność jako kluczowy instrument zapewniający bardziej konkurencyjne, równe i uczciwe relacje między platformami internetowymi, ale także jako podstawową zasadę wspólnej europejskiej przestrzeni danych. W związku z tym strategia ma na celu wykrystalizowanie interoperacyjności danych jako kluczowej zasady projektowania europejskiej gospodarki opartej na danych.

Za pomocą rozporządzenia o rynkach cyfrowych (DMA) Komisja dąży do wykorzystania interoperacyjności w celu zapewnienia

¹¹ Por. J.-U. Franck, *How to Challenge Big Tech*, 2021, <https://verfassungsblog.de/dsa-dma-power-12/>.

¹² Por. P. Keller, *A first look at the Data Act*, 2022, <https://openfuture.eu/blog/a-first-look-at-the-data-act/>.

konkurencji na rynkach cyfrowych. Kluczowy przepis dotyczący interoperacyjności zobowiązuje platformy spełniające kryteria „strażników dostępu” w odniesieniu do każdej z podstawowych usług platformy do umożliwienia użytkownikom biznesowym i dostawcom usług dodatkowych dostępu i interoperacyjności z tym samym systemem operacyjnym, sprzętem lub funkcjami oprogramowania. Ponadto wniosek Komisji przewiduje obowiązek zapewnienia skutecznego przenoszenia danych generowanych w wyniku działalności przedsiębiorstwa lub użytkownika końcowego, a także zapewnienie użytkownikom narzędzi ułatwiających wykonywanie tego prawa.

W projekcie dokonano zmiany poprzez zapewnienie, że strażnicy dopuszczają interoperacyjność za darmo i nie mogą się wycofać z obowiązków. Wprowadzono poprawki mające na celu rozszerzenie zakresu prawa do interoperacyjności danych na dostawców usług i sprzętu w zakresie funkcji sprzętu i oprogramowania, które można kontrolować za pośrednictwem systemu operacyjnego. Przewiduje się możliwość bezpłatnego dostępu stron trzecich do danych wytwarzanych przez użytkowników końcowych, na podstawie zgody użytkownika końcowego. Wreszcie zaproponowano poprawki dotyczące wzajemnych połączeń, które umożliwiłyby łączenie wszelkich usług komunikacji interpersonalnej i usług sieci społecznościowych z danym bigtechem - „strażnikiem dostępu”.

Datafikacja – źródłem władzy rynkowej?

Wiele rynków cyfrowych wykazuje pewne cechy, takie jak niskie koszty zmienne, wysokie koszty stałe i silne efekty sieciowe, które skutkują wysokimi udziałami w rynku dla niewielkiej liczby firm. W niektórych przypadkach prowadzi to do dynamiki „konkurencji o rynek”, w której jedna firma przejmuje zdecydowaną większość sprzedaży. Firmy na tych skoncentrowanych rynkach mogą posiadać władzę rynkową, zdolność do jednostronnego i rentownego podnoszenia cen lub obniżania jakości poniżej poziomu, który dominowałby w warunkach konkurencji. Toczy się debata na temat tego, czy polityka konkurencji odpowiednio wykorzystuje dziś narzędzie kontroli nadużywania pozycji dominującej na rynkach cyfrowych. Jednak władze stoją przed licznymi wyzwaniami, gdy wszczynają sprawy o nadużycia dominacji na rynkach cyfrowych:

- Po pierwsze, ustalenie, czy firma jest dominująca, jest poważnym wyzwaniem.
- Po drugie, władze muszą zdecydować, czy wykorzystać nowe teorie szkody, takie jak preferowanie samego siebie, zamiast istniejących teorii, takich jak transakcje wyłączne, sprzedaż wiązana lub odmowa zawarcia transakcji.

- Po trzecie, ściganie spraw o nadużywanie dominacji rynkowej może być długotrwałe i wymagające dużej ilości zasobów¹³.

Jeżeli organy ochrony konkurencji nie są w stanie zastosować ram dotyczących nadużycia pozycji dominującej do cyfrowych modeli biznesowych, może to prowadzić do pytań o szersze znaczenie przypadków nadużycia pozycji dominującej jako narzędzia egzekwowania prawa konkurencji. W rezultacie mnożą się wezwania do szerszego interpretowania i egzekwowania przepisów w tym obszarze. Z drugiej strony, agresywne, restrykcyjne egzekwowanie prawa, które nie jest oparte na ekonomicznych teoriach szkody lub które nie uwzględnia ryzyka nadmiernego egzekwowania, może w efekcie wyrządzić szkodę konsumentom, których miało chronić, tym samym podważając ogólnie poparcie dla stosowania reguł konkurencji. Zrównoważenie tych zagrożeń wymaga zarówno otwartości na stosowanie teorii szkody, jak i dużej staranności w doborze narzędzi¹⁴.

Idea, że „duże nie musi być złe” jest już ugruntowaną zasadą polityki konkurencji. Wielkość firmy może być wynikiem innowacji, nowatorskiego modelu biznesowego lub po prostu bardziej wydajnej działalności. Innymi słowy, może być nagrodą za merytoryczną konkurencję – coś, co jest korzystne dla konsumentów i szerzej produktywności gospodarczej. Jednak polityka konkurencji określiła pewne antykonkurencyjne strategie, które mogą być stosowane przez firmy dominujące na rynku w celu wzmocnienia lub ochrony swojej siły rynkowej. Na przykład, w przeciwieństwie do innowacji, strategie te mogą szkodzić konsumentom i prowadzić do większych szkód gospodarczych. W kategoriach prawa konkurencji określa się je jako nadużycia dominacji rynkowej lub strategię monopolizacji.

Różne jurysdykcje dokonują różnych ocen tego, gdzie leży równowaga ryzyka niedostatecznego i nadmiernego egzekwowania prawa konkurencji. Te oceny nie mogą być oddzielone od podstawowego, prawnego, historycznego i filozoficznego kontekstu prawa konkurencji w każdej jurysdykcji. Metody egzekwowania mogą być również aktualizowane w odpowiedzi na oceny *ex post* wcześniejszych interwencji, dowody dotyczące trendów w sile rynkowej. Istnieją jednak obszary konwergencji, jeśli chodzi o potrzebę analizy opartej na efektach w większości przypadków oraz potrzebę unikania działań, które zniechęcają do innowacji.

Chociaż unikalna kombinacja cech charakterystycznych na rynkach cyfrowych może wymagać pewnego dostosowania i może podnieść stawkę dla przypadków nadużywania dominacji, nie wymaga-

¹³ Por. OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, 2020, <https://www.oecd.org/competition/globalforum/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm>.

¹⁴ Por. J. Mancini, *How can competition law tackle misconduct in digital markets?*, 2020, <https://oecdonthellevel.com/2020/10/14/how-can-competition-law-tackle-misconduct-in-digital-markets/>.

ją one fundamentalnego ponownego przemyslenia teorii nadużywania dominacji rynkowej. Jednocześnie zdarzają się przypadki, w których alternatywne narzędzia polityki konkurencji mogą być albo bardziej uzasadnione, terminowe, albo bardziej zasobooszczędne. Organy ochrony konkurencji mogą chcieć opowiedzieć się za wprowadzeniem sektorowych ram regulacyjnych, zwłaszcza gdy alternatywą jest nadmierne nadużywanie teorii dominacji w celu rozwiązywania problemów konkurencji, do których nie są one dobrze dostosowane, lub gdy środki zaradcze wymagałyby szczegółowych przepisów dotyczących dostępu do trudnych do zdefiniowania danych wejściowych. W związku z tym organy ochrony konkurencji mają wiele możliwości, a realizacja spraw o dominację może być narzędziem pomocnym, ale nie wielofunkcyjnym.

Rynki cyfrowe stały się priorytetem dla organów ochrony konkurencji na całym świecie. Nasuwa się pytanie, czy – a jeśli tak, to w jakim stopniu – przypadki nadużycia dominacji na rynkach cyfrowych różnią się od odpowiednich precedensów w świecie offline. Obserwatorzy są podzieleni: tam, gdzie niektórzy widzą spokojne stosowanie dobrze ugruntowanych kategorii postępowania (wiązanie, odmowa transakcji, wyłączność itd.), inni natomiast widzą nowy krajobraz, który wymaga dostosowania istniejących doktryn¹⁵.

Przy bliższej analizie przypadki nadużycia dominacji w gospodarce cyfrowej wydają się wyróżniać na tle innych kategorii pod jednym ważnym względem. Prawo konkurencji, tradycyjnie rozumiane i stosowane, zawsze skupiało się na sposobie *sprzedaży produktów* i nie wchodziło, poza wyjątkowymi okolicznościami, w „czarną skrzynkę”, jaką jest firma. Tradycyjnie, na przykład, transakcje na wyłączność i transakcje wiązane zazwyczaj ingerowały w interakcje firmy ze stronami trzecimi, a mianowicie dostawcami i klientami. Podobnie interwencja w tych samych przypadkach po prostu zmieniła interakcje firmy z tymi stronami trzecimi, w szczególności poprzez zakazanie niektórych klauzul umownych.

Jednak przypadki nadużywania dominacji na rynkach cyfrowych dotyczą sposobu wytwarzania produktów, co oznacza, że organy ochrony konkurencji wchodzi w „czarną skrzynkę”. W związku z tym organy ds. konkurencji mogą silnie ingerować w projektowanie produktów i modele biznesowe stosowane przez firmy do monetyzacji swoich inwestycji. W tym samym duchu mogą zmieniać strukturę rynków, wprowadzając dodatkowe warstwy modułowości w całym łańcuchu dostaw (na przykład od firmy zintegrowanej pionowo może być wymagane udostępnienie poziomu łańcucha dostaw

¹⁵ Por. P. Ibáñez Colomo, *Are digital markets bringing new challenges in abuse of dominance cases?*, 2020, <https://oecdonthellevel.com/2020/11/09/are-digital-markets-bringing-new-challenges-in-abuse-of-dominance-cases/>.

stronom trzecim). Różnica między sprawami dotyczącymi *sprzedaży* i produkcji staje się bardziej widoczna. Te ostatnie, o ile wkraczają w „czarną skrzynkę”, wymagają od organu ochrony konkurencji nałożenia środków zaradczych, które, bezpośrednio lub pośrednio, sprowadzają się do przeprojektowania produktu lub zmiany istoty modelu biznesowego firmy.

Interwencja w tym zakresie jest z definicji bardziej złożona i bardziej podatna na błędy i niezamierzone rezultaty. Nic dziwnego, że środki zaradcze w ww. sprawach okazały się kontrowersyjne i że nawet kilka lat po wydaniu decyzji nadal dyskutowana jest kwestia celowości nakazu zaprzestania naruszenia. Jest to nieunikniona konsekwencja zbyt ambitnych interwencji wykraczających poza sposób sprzedaży produktów. Problem jest dwojaki z prawnego i politycznego punktu widzenia. Jak często organy ds. konkurencji powinny ingerować w projektowanie produktów i/lub modele biznesowe? Czy granice tego rodzaju interwencji powinny być na stałe wpisane w prawo (np. poprzez wprowadzenie filtrów prawnych, takich jak niezbędność czy konieczność)?

Datafikacja a problem nadużywania pozycji dominującej

Powstaje pytanie, czy, a jeśli tak, to w jaki sposób należy dostosować unijne ramy prawne oceny nadużywania pozycji dominującej na podstawie art. 102 TFUE pod kątem konkurencji platform internetowych, a jeśli nie, to w jaki sposób powinny być dostosowane; (2) czy ramy UE stosowane obecnie do definiowania właściwego rynku są odpowiednie do postępowania z platformami internetowymi opartymi na danych, a jeśli nie, w jaki sposób należy je dostosować; (3) czy duże zbiory danych przyczyniają się do pojawienia się nowego rodzaju nadużyć opartych na danych; (4) czy instrumenty stosowane obecnie w UE do oceny nadużyć pozycji dominującej na podstawie art. 102 TFUE są wystarczająco elastyczne, aby przeciwdziałać potencjalnym nadużyciom platform internetowych opartych na danych. Można zarysować hipotezy, iż: (1) big data stanowi przewagę konkurencyjną platform internetowych opartych na danych i jest ważnym czynnikiem wpływającym na ich siłę rynkową; (2) big data przyczynia się do pojawienia się nowego rodzaju nadużycia pozycji dominującej, które jest oparte na danych; (3) obecne ramy UE dotyczące oceny nadużywania pozycji dominującej na podstawie art. 102 TFUE należy dostosować, aby uchwycić specyfikę platform internetowych opartych na danych, rolę dużych zbiorów danych w ich modelach biznesowych oraz ich potencjalne nadużycia oparte na analizie praktyki¹⁶.

¹⁶ Por. I. Małobęcka-Szwast, *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*, 2019, <https://depotuw.ceon.pl/handle/item/3610>.

Aby odpowiedzieć na pytanie, czy pojęcie zależności ekonomicznej mieści się w art. 102 TfUE, należy brać pod uwagę w pierwszej kolejności ekonomiczną definicję władzy rynkowej oraz stosunek do udziałów w rynku. Pokazuje to, że zależność ekonomiczna wiąże się z władzą rynkową, która niekoniecznie wynika z dominującej pozycji rynkowej. Za uzależnienie poszczególnych odbiorców od ich dostawców lub odbiorców odpowiedzialne są inne czynniki i formy władzy rynkowej. Należy porównać pojęcie zależności ekonomicznej z definicją pozycji dominującej w europejskim prawie konkurencji, skupiając się na orzecznictwie.

Ekonomiczne uzależnienie klientów od podmiotu dominującego jest jednym z czynników, które trzeba brać pod uwagę przy ocenie pozycji dominującej. W odniesieniu do udziałów w rynku uzależnienie ekonomiczne jest dodatkowym elementem, który mógłby uzupełnić analizę pozycji dominującej, w szczególności gdy badane przedsiębiorstwo posiada niskie udziały w rynku. Chociaż rozszerzenie pojęcia pozycji dominującej może pozwolić na objęcie większej liczby rodzajów władzy rynkowej i zmniejszenie w ten sposób znaczenia udziałów w rynku, to postulat szerokiej interpretacji nadużyć i regulacyjnego charakteru środków naprawczych w przypadkach uzależnienia (regulacja *ex ante*) zwiększa ryzyko nadmiernej interwencji¹⁷.

Big Data może być cennym zasobem biznesowym. Jednak, podobnie jak w przypadku wielu innych rodzajów działalności aktywnych, liczy się nie tylko sam zasób, ale sposób, w jaki firma go wykorzystuje. Przetwarzane są duże zbiory danych, a do wyodrębnienia i zastosowania odpowiednich danych wykorzystywane są zaawansowane analizy informacji, firmy wykorzystują te informacje w sposób zapewniający konsumentom korzyści konkurencyjne. Najbardziej powszechną korzyścią dla konsumentów jest zdolność firm do zarabiania na Big Data, co umożliwia im oferowanie konsumentom usług taniej lub za darmo. Sposób, w jaki firmy zarabiają na danych, to reklamy ukierunkowane lub spersonalizowane. Ponadto reklamy ukierunkowane same w sobie zapewniają dodatkowe korzyści¹⁸.

W świetle badań klienci cenią te bezpłatne usługi. Bez możliwości monetyzacji danych konsumenckich firmy musiałyby pobierać wyższe opłaty - ceny za ich usługi, co pomniejsza korzyści dla konsumentów. Firmy wykorzystują również dane jako dane wejściowe do ulepszania produktów i usług oraz opracowywania nowych produktów. Wyszukiwarki mogą na przykład używać zapytań w celu popra-

¹⁷ Por. P. Këllezi, *Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence*, 2007, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1011205.

¹⁸ Por. *Big Data and Data-Related Abuses of Market Power*, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4013118.

wy wyników wyszukiwania, a także informacje zwrotne w mediach społecznościowych można wykorzystać do ustalenia priorytetów w zakresie niektórych ulepszeń produktów. Jednak szereg czynników ogranicza zdolność firm do czerpania korzyści z Big Data dla celów przewagi konkurencyjnej poprzez samo pozyskiwanie surowych danych. Jedną z kwestii jest to, że dane często są gromadzone i przechowywane na różne sposoby, co może spowodować, że integracja takich danych jest skomplikowana i kosztowna, o ile w ogóle możliwa. Różnorodność źródeł danych, zwłaszcza nieustrukturyzowanych i trudność integracji danych mogą stanowić wyzwanie dla firm w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej.

Wraz ze wzrostem zainteresowania rynkami cyfrowymi i dużymi firmami technologicznymi ze strony regulatorów, naukowców i praktyków, zwrócono większą uwagę na sposoby, w jakie Big Data może zapewniać przedsiębiorstwom przewagę konkurencyjną, prowadząc do zakłócenia konkurencji i szkód dla konsumentów. Podstawowym problemem podniesionym w odniesieniu do danych z punktu widzenia konkurencji jest to, że niewielka liczba firm posiada dane, a zatem mniejsze firmy nie mogą zapewnić wysokiej jakości produktów i sprostać konkurencji. Z punktu widzenia prywatności krytycy zgłaszają obawy, że konsumenci nie są w stanie oszacować krótko- lub długoterminowych kosztów zapewniania firmom dostępu do ich danych osobowych w zamian za usługi o zerowej cenie. Jednak interakcje prywatności i prawa antymonopolowego są niejasne i zniuansowane.

Na przykład badania wykazały, że przepisy dotyczące obaw związanych z prywatnością w Europie (przede wszystkim na gruncie RODO) miało negatywne konsekwencje gospodarcze, takie jak ograniczenie przychodów z handlu i innowacyjności. Dodatkowo istnieje obawa, że ze względu na efekty sieciowe dane będące własnością platform stanowi barierę wejścia. Dostęp platformy do istotnych dla konkurencji danych rynkowych (które jest w stanie zbierać tylko w wyniku siły rynkowej) jest unikalny (i inny niż dostęp w świecie analogowym)), ponieważ platforma zbiera dane w czasie rzeczywistym, co można porównać do prawie doskonałej inteligencji rynkowej. Jednak kontrapunktem jest to, że efekty sieciowe są w dużej mierze korzystne, a siła efektów sieciowych nie jest określona przez ilość danych. Co więcej, komentatorzy zauważyli, że dostęp do dużej ilości danych nie chroni firm przed konkurencją.

Gospodarka cyfrowa kwestionuje wiele podstawowych założeń prawa konkurencji. Wraz z rozwojem Big Data i Big Data Analytics jedno pytanie stało się szczególnie naglące: w jakim stopniu względy prywatności i przepisy dotyczące ochrony danych powinny przenikać do ocen prawa konkurencji? W szczególności w polu uwagi jest

skupienie się na spersonalizowanych danych użytkownika, które firmy gromadzą online poprzez śledzenie stron trzecich. Ta praktyka pozwala trackerowi budować wszechstronne profile użytkowników na różnych platformach i urządzeniach, pozostawiając bezprecedensową ilość aktualnych danych osobowych w rękach niewielkiej liczby globalnie aktywnych firm. Wychodząc od pytania, czy i w jakim stopniu prawo konkurencji powinno dotyczyć ochrony prywatności, należy odnieść się do kwestii, czy ogromne ilości danych gromadzonych przez niektóre firmy za pośrednictwem śledzenia (trackingu) przez osoby trzecie można uznać za nadmierne na podstawie art. 102 lit. a) TFUE, a zatem byłoby to umożliwienie analogii do (nadmiernie) wygórowanych cen.

Rozważa się również, czy nadmierne gromadzenie danych może stanowić samoistne nadużycie w rozumieniu kategorii nieuczciwych warunków handlowych, polegające na obniżeniu jakości gromadzonych danych osobowych. W przypadku nadmiernego zbierania danych konieczne może być uwzględnienie rażącej asymetrii między trackerami a użytkownikami pod względem ich siły przetargowej. Powstaje zatem wątpliwość, czy takie modele biznesowe stanowią zgodne z prawem sposoby prowadzenia działalności gospodarczej, czy stanowią praktyki wyzysku, gdy ogromne ilości danych osobowych użytkowników są gromadzone przez dominującego dostawcę platformy. Kluczowa jest kwestia, czy firmy mogą pobrać od użytkownika więcej danych niż potrzebują w celu świadczenia usługi. Śledzenie przez strony trzecie może negatywnie wpłynąć na dobro konsumentów, gdy konsumenci, którzy cenią swoją prywatność ujawniają ogromne ilości danych osobowych. Gromadzenie danych przez dominujących graczy może również wypierać mniejszych konkurentów, którzy nie mają możliwości narzucenia użytkownikom zbyt daleko idących warunków rezygnacji z prywatności¹⁹.

We współczesnej gospodarce granice między konkurencją i prywatnością danych coraz bardziej się zacierają. Dotyczy to w szczególności przepisów kontrolujących działania graczy w mediach społecznościowych online w zakresie przechowywania i wykorzystywania danych osobowych. Big Data przekształciło się w cenny zasób i jest obecnie uważany za walutę globalnego rynku. Umożliwia firmom dostarczanie klientom szerokiej gamy towarów, zapewniając jednocześnie innowacyjność i jakość na rynku cyfrowym. Zgromadzone dane konsumenckie można jednak wykorzystać na różne sposoby, aby wpływać na konkurencję. Ten temat wysunął się ostatnio na pierwszy plan, a konsumenci zgłaszają obawy dotyczą-

¹⁹ Por. V. Robertson, *Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data*, "Common Market Law Review" 2020, 57 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408971.

ce ochrony prywatności, zwłaszcza w mediach społecznościowych. Rozgraniczenie rynków online i offline nabiera ogromnego znaczenia przy definiowaniu rynku właściwego.

Ponieważ dokonano znaczącego skoku w dziedzinie tworzenia danych, jest to źródłem niepokoju dla regulatorów antymonopolowych, ponieważ może być wykorzystywane do wnioskowania o zachowaniach konsumentów przy niskich kosztach, co pozwala firmom zdobyć mocną pozycję na rynku poprzez gromadzenie danych klientów i utrudnianie konkurentom opracowywania produktów, które mogą zapewnić przewagę konkurencyjną. Biorąc pod uwagę gromadzenie i wykorzystywanie (nadużywanie) danych przez firmy do realizacji własnych celów, władze muszą przyjąć zmodyfikowane podejście, które jest zgodne z tymi nowymi nadużyciami zorientowanymi na technologię. Ponieważ dane nie są uznawane za towar w świetle prawa konkurencji, może to prowadzić do wykluczenia małych graczy z rynku ze względu na przewagę dużych graczy dzięki gromadzeniu danych, które mogą kierować reklamy do konsumentów w oparciu o ich preferencje²⁰.

Powstaje pytanie, czy istnieje argument za wykorzystaniem prawa konkurencji w celu rozwiązania problemów związanych z ochroną danych w erze Big Data. Oceniając, czy koncentracja, porozumienie lub zachowanie rynkowe jest zgodne z prawem konkurencji, zwykle konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w celu zapewnienia ram oceny wpływu na konkurencję. Odbywa się to poprzez ocenę, czy określone produkty lub usługi są substytucyjne dla innych; te, które nie są substytutami, nie należą do tego samego rynku. Istnieje pogląd, że oprócz definiowania rynków przez odniesienie do produktów i usług powinien istnieć również „rynek” danych osobowych, a przedsiębiorstwa posiadające Big Data należy uznać za posiadające znaczącą władzę lub dominację na tych rynkach.

Czy dane osobowe mogą być wykorzystywane w definiowaniu pozycji dominującej?

Rynek danych osobowych nie jest jednak do końca analogiczny do rynku danych ekonomicznych zdefiniowanego za pomocą narzędzi prawa konkurencji i wykorzystywanego do alokacji udziałów rynkowych i definiowania dominacji rynkowej. Po pierwsze, określanie udziałów w rynku odbywa się na ogół poprzez ocenę proporcji sprzedaży każdego uczestnika rynku na rynku właściwym. Choć dane osobowe są oczywiście kupowane i sprzedawane, nie jest to rynek, na którym się skupia analiza Europejskiej Rady Ochrony

²⁰ Por. A. Gupta, *Data: A Tool For 'Abuse Of Dominance'*, "Indian Journal of Corporate Law and Policy" 2021, vol. 1 <https://ijclp.com/data-a-tool-for-abuse-of-dominance/>.

Danych Osobowych. Jest to raczej udział danych osobowych przechowywanych przez danego operatora, zwykle poprzez pozyskiwanie ich od własnych użytkowników. Jednak oprócz oczywistej kwestii, że ten sam zbiór danych osobowych może posiadać więcej niż jedna firma, z takim podejściem wiąże się szereg problemów²¹.

Dla wielu firm to informacje o samych firmach, a nie o konsumentach, będą ważne przy określaniu siły ich portfela danych i które mogą mieć znaczenie dla ich władzy rynkowej. Skupienie się na danych osobowych jako mierniku siły rynkowej pomija fakt, że wiele dominujących przedsiębiorstw nie sprzedaje ani nie wykorzystuje na szeroką skalę danych osobowych. Jako takie, są to informacje o klientach (i potencjalnych klientach), niekoniecznie o kwestiach, które są potencjalnie istotne dla oceny siły rynkowej. Być może powinny istnieć inne zasady i obowiązki dla firm sprzedających dobra lub usługi przedsiębiorstwom (B2B) i tych sprzedających je na rzecz konsumentów (B2C). Jednak system ochrony danych już funkcjonuje w taki sposób, że nakłada na administratorów danych obowiązki proporcjonalne do charakteru i objętości przetwarzanych przez nich danych osobowych.

Można również argumentować, że posiadanie dużych ilości danych osobowych klientów jest zwykle wynikiem posiadania dużej liczby klientów chętnych do ich dostarczenia, a być może także technologii i/lub praw własności intelektualnej (IPR), z którymi można korzystnie wykorzystać dane pod warunkiem, że. Jednak to liczba klientów (i być może technologia/PWI) naprawdę wskazuje na siłę rynkową, a nie same dane osobowe. W związku z tym dążenie do tworzenia odrębnych „rynków” odnoszących się wyłącznie do danych osobowych może mieć niewielką wartość. Każde wskazanie „siły rynkowej danych” byłoby również wskazywane przez siłę rynkową w ramach tradycyjnej analizy prawa gospodarczego i prawa konkurencji. Można to wykazać na przykładzie naruszenia bezpieczeństwa danych; Obawa biznesu w takich przypadkach polega na tym, że utrata danych doprowadzi do utraty zaufania klientów, a w konsekwencji do utraty sprzedaży. Bardzo rzadko problemem będzie utrata samych danych.

Co najważniejsze, gromadzenie danych (osobowych lub innych) samo w sobie nie jest problematyczne w świetle prawa konkurencji. Dziesięciolecia analiz ekonomicznych i orzecznictwa sądów europejskich ustaliły, że niektóre zachowania przedsiębiorstw, które są dominujące z ekonomicznego punktu widzenia, są szczególnie zdolne do wywoływania szkodliwych skutków. Nałożenie pewnych

²¹ Por. J. Joyce, *Big Data and competition – data-rich does not mean dominant*, 2014, <https://globaldatahub.taylorwessing.com/article/big-data-and-competition-data-rich-does-not-mean-dominant>.

ograniczeń na ich zachowanie jest uzasadnione w celu zapobieżenia takiej szkodzi. Nie ma jednak takiego domniemania w odniesieniu do posiadania dużej ilości danych osobowych. Jeśli już, sprawy dotyczące ochrony danych mówią nam, że osoby będące w posiadaniu stosunkowo niewielkich ilości danych osobowych mogą wyrządzić szkodę osobom, których dane dotyczą, w równym stopniu, a nawet z większym prawdopodobieństwem, niż osoby posiadające duże ilości danych ponieważ te ostatnie często będą miały bardziej dopracowaną, wyrafinowaną zgodność zobowiązującymi regulacjami.

Nawet gdyby można było ustalić, że może istnieć coś takiego jak „rynek danych osobowych”, na którym określone przedsiębiorstwa mogą mieć pozycję dominującą, do wykazania naruszenia prawa konkurencji musi dojść również nadużycie tej pozycji. Orzecznictwo w zakresie prawa konkurencji dotyczące kluczowych urządzeń (essential facility) może stanowić podstawę, na której można wymagać od posiadaczy Big Data udzielenia licencji na swoje bazy danych osobom trzecim. Obecnie ustalono, że dominujące przedsiębiorstwa, które odmawiają dostępu do kluczowych urządzeń, które są niezbędne dla konkurencji na rynku niższego szczebla, mogą zostać uznane za nadużywające swojej pozycji i być zobowiązane do udzielenia dostępu innym.

Ustalono również, że przedsiębiorstwo dominujące, które odmawia udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej lub przemysłowej, które są niezbędne dla konkurencji na niższym szczeblu, może być zobowiązane do udzielenia takiej licencji w pewnych okolicznościach. Jednak w orzecznictwie konsekwentnie podkreśla się skrajnie wyjątkowy charakter takiego przymusowego licencjonowania lub dostępu. W szczególności jest bardzo mało prawdopodobne, by Komisja wymagała tego, gdy rywale mogliby opracować alternatywne rozwiązanie, nawet jeśli wymagałoby to z ich strony znacznego czasu i inwestycji.

Wydaje się bardzo mało prawdopodobne, aby istniało wiele przypadków, w których dostęp do bazy danych osobowych byłby niezbędny do obsługi danej usługi lub w przypadku, gdyby działalność konkurencyjna przedsiębiorstwa była bez niego niemożliwa z handlowego punktu widzenia. W szczególności ten ostatni wymóg został bardzo rygorystycznie zinterpretowany przez sądy europejskie i nie byłoby możliwe kwestionowanie tej analizy ze względu na to, że dane wejściowe są danymi osobowymi. Komisja prawdopodobnie uzna, że rywal zawsze będzie mógł z czasem opracować własną bazę danych osobowych, co umożliwi mu skuteczne konkurowanie.

Kluczową kwestią jest to, że jedynymi przypadkami, w których baza danych osobowych mogłaby być obowiązkowo licencjonowana, byłyby te, w których taka licencja byłaby wymagana w ramach nor-

malnego działania reguł konkurencji dotyczących odmowy udzielenia licencji i/lub odmowy dostępu do kluczowych urządzeń. Obecnie nie ma innej podstawy prawnej, na podstawie której właściciele Big Data mogliby być zmuszeni do zezwolenia na dostęp. Właściwym sposobem opracowania prawa byłaby reforma systemu ochrony danych, a nie sztuczne rozszerzanie zakresu przepisów prawa konkurencji, które celowo mają wąskie zastosowanie, a ich nadmiernie szeroka wykładnia być może przeczyłaby zasadzie wolności gospodarczej, a także zasadzie proporcjonalności.

Innym potencjalnym argumentem, który mógłby mieć znaczenie w tym obszarze, jest to, że naruszenie przepisów o ochronie danych może w niektórych przypadkach oznaczać również nadużycie pozycji dominującej. W przypadku AstraZeneca Komisja ustaliła, że była to firma dominująca i celowo wprowadziła w błąd organy patentowe w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej. W związku z tym nadużycie systemu patentowego zostało uznane za równoznaczne z nadużyciem pozycji dominującej w świetle prawa konkurencji.

Można próbować argumentować, że w przypadku, gdy naruszenie przepisów o ochronie danych prowadzi do uzyskania przez dominujące przedsiębiorstwo przewagi konkurencyjnej, może to również sprowadzać się do nadużycia. Prowadzi to jednak z powrotem do tego samego wniosku, jaki został wyciągnięty przy rozważaniu kwestii prywatności w sprawach dotyczących fuzji w kontekście doktryny essential facility. Jedyne przypadki, w których ewentualna kwestia ochrony danych może doprowadzić do zablokowania fuzji lub stwierdzenia nadużycia, to te, w których takie połączenie utrudni skuteczną konkurencję lub takie zachowanie będzie równoznaczne z nadużyciem pozycji dominującej. W związku z tym można kwestionować potrzebę rozszerzenia prawa konkurencji tylko w świetle obaw o ochronę danych.

Innym możliwym rozwiązaniem problemu potencjalnej luki regulacyjnej byłoby wprowadzenie regulacji sektorowych dla branż bogatych w dane zdobywane online. Mamy już szczegółowe przepisy prawa konkurencji dotyczące porozumień o transferze technologii i porozumień w sektorze ubezpieczeniowym. Obowiązują również szczegółowe zasady konkurencji, na przykład w odniesieniu do skomputeryzowanych systemów rezerwacji obsługiwanych przez linie lotnicze, które uwzględniają wyjątkowe cechy takich usług i ich potencjał powodowania problemów w zakresie konkurencji.

Chociaż możliwe jest stworzenie podobnych zasad lub wytycznych dla firm zajmujących się przetwarzaniem Big Data, w ostatnich latach obserwuje się tendencję do odchodzenia od regulacji sektorowych i nakładania na firmy obowiązku przestrzegania ogólnych zasad prawa konkurencji. W każdym razie, biorąc pod uwagę po-

ziom debaty, jaka szalała w związku z nowym proponowanym rozporządzeniem o ochronie danych, trudno sobie wyobrazić, jak można z powodzeniem stworzyć konkretne rozporządzenie w tej dziedzinie. Można zatem argumentować, że instytucje UE powinny dążyć do zastosowania ustalonych zasad do nowych sytuacji wynikających z rozwoju rynku i innowacji, zamiast na próżno próbować dotrzymać kroku szybko zmieniającym się sektorom gospodarki cyfrowej poprzez ciągle nawoływanie do tworzenia nowych regulacji, które mogą zrobić więcej szkód niż korzyści.

Podsumowanie – uogólnienia – konkluzje

Zależność ekonomiczna wiąże się z władzą rynkową, która niekoniecznie wynika z dominującej pozycji rynkowej. Za uzależnienie poszczególnych odbiorców od ich dostawców lub odbiorców odpowiedzialne mogą być inne czynniki i formy władzy rynkowej. Należy porównać pojęcie zależności ekonomicznej z definicją pozycji dominującej w europejskim prawie konkurencji, skupiając się na orzecznictwie.

Ekonomiczne uzależnienie klientów od podmiotu dominującego jest jednym z czynników, które trzeba brać pod uwagę przy ocenie pozycji dominującej. W odniesieniu do udziałów w rynku uzależnienie ekonomiczne jest dodatkowym elementem, który mógłby uzupełnić analizę pozycji dominującej, w szczególności gdy badane przedsiębiorstwo posiada niskie udziały w rynku. Chociaż rozszerzenie pojęcia pozycji dominującej może pozwolić na objęcie większej liczby rodzajów władzy rynkowej i zmniejszenie w ten sposób znaczenia udziałów w rynku, to postulat szerokiej interpretacji nadużyć i regulacyjnego charakteru środków naprawczych w przypadkach uzależnienia (regulacja *ex ante*) zwiększa ryzyko nadmiernej interwencji.

Big Data może być cennym zasobem biznesowym. Jednak, podobnie jak w przypadku wielu innych rodzajów działalności aktywności, liczy się nie tylko sam zasób, ale sposób, w jaki firma go wykorzystuje. Przetwarzane są duże zbiory danych, a do wyodrębnienia i zastosowania odpowiednich danych wykorzystywane są zaawansowane analizy informacji, firmy wykorzystują te informacje w sposób zapewniający konsumentom korzyści konkurencyjne. Najbardziej powszechną korzyścią dla konsumentów jest zdolność firm do zarabiania na Big Data, co umożliwia im oferowanie konsumentom usług taniej lub za darmo. Sposób, w jaki firmy zarabiają na danych, to reklamy ukierunkowane lub spersonalizowane. Ponadto reklamy ukierunkowane same w sobie zapewniają dodatkowe korzyści.

Bez możliwości monetyzacji danych konsumenckich firmy musiałyby pobierać wyższe opłaty - ceny za ich usługi, co pomniejsza korzyści dla konsumentów. Firmy wykorzystują również dane jako dane wejściowe do ulepszania produktów i usług oraz opracowywania nowych produktów. Wyszukiwarki mogą na przykład używać zapytań w celu poprawy wyników wyszukiwania, a także informacje zwrotne w mediach społecznościowych można wykorzystać do ustalenia priorytetów w zakresie niektórych ulepszeń produktów. Jednak szereg czynników ogranicza zdolność firm do czerpania korzyści z Big Data dla celów przewagi konkurencyjnej poprzez samo pozyskiwanie surowych danych. Jedną z kwestii jest to, że dane często są gromadzone i przechowywane na różne sposoby, co może spowodować, że integracja takich danych jest skomplikowana i kosztowna, o ile w ogóle możliwa. Różnorodność źródeł danych, zwłaszcza nieustrukturyzowanych i trudność integracji danych mogą stanowić wyzwanie dla firm w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej.

Wraz ze wzrostem zainteresowania rynkami cyfrowymi i dużymi firmami technologicznymi ze strony regulatorów, naukowców i praktyków, zwrócono większą uwagę na sposoby, w jakie Big Data może zapewniać przedsiębiorstwom przewagę konkurencyjną, prowadząc do zakłócenia konkurencji i szkód dla konsumentów. Podstawowym problemem podniesionym w odniesieniu do danych z punktu widzenia konkurencji jest to, że niewielka liczba firm posiada dane, a zatem mniejsze firmy nie mogą zapewnić wysokiej jakości produktów i sprościć konkurencji. Z punktu widzenia prywatności krytycy zgłaszają obawy, że konsumenci nie są w stanie oszacować krótko- lub długoterminowych kosztów zapewniania firmom dostępu do ich danych osobowych w zamian za usługi o zerowej cenie. Jednak interakcje prywatności i prawa antymonopolowego są niejasne i zniuansowane.

Istnieje obawa, że ze względu na efekty sieciowe dane będące własnością platform stanowią barierę wejścia. Dostęp platformy do istotnych dla konkurencji danych rynkowych (które jest w stanie zbierać tylko w wyniku siły rynkowej) jest unikalny (i inny niż dostęp w świecie analogowym), ponieważ platforma zbiera dane w czasie rzeczywistym, co można porównać do prawie doskonałej inteligencji rynkowej. Jednak kontrapunktem jest to, że efekty sieciowe są w dużej mierze korzystne, a siła efektów sieciowych nie jest określona przez ilość danych. Co więcej, komentatorzy zauważyli, że dostęp do dużej ilości danych nie chroni firm przed konkurencją. Wychodząc od pytania, czy i w jakim stopniu prawo konkurencji powinno dotyczyć ochrony prywatności, należy odnieść się do kwestii, czy ogromne ilości danych gromadzonych przez niektóre firmy za pośrednictwem śledzenia (trackingu) przez osoby trzecie można

uznać za nadmierne na podstawie art. 102 lit. a) TFUE, a zatem byłoby to umożliwienie analogii do (nadmiernie) wygórowanych cen.

Rozważa się, czy nadmierne gromadzenie danych może stanowić samoistne nadużycie w rozumieniu kategorii nieuczciwych warunków handlowych, polegające na obniżeniu jakości gromadzonych danych osobowych. W przypadku nadmiernego zbierania danych konieczne może być uwzględnienie rażącej asymetrii między traderami a użytkownikami pod względem ich siły przetargowej. Powstaje zatem wątpliwość, czy takie modele biznesowe stanowią zgodne z prawem sposoby prowadzenia działalności gospodarczej, czy stanowią praktyki wyzysku, gdy ogromne ilości danych osobowych użytkowników są gromadzone przez dominującego dostawcę platformy.

Kluczowa jest kwestia, czy firmy mogą pobrać od użytkownika więcej danych niż potrzebują w celu świadczenia usługi. Śledzenie przez strony trzecie może negatywnie wpłynąć na dobro konsumentów, gdy konsumenci, którzy cenią swoją prywatność ujawniają ogromne ilości danych osobowych. Gromadzenie danych przez dominujących graczy może również wypierać mniejszych konkurentów, którzy nie mają możliwości narzucenia użytkownikom zbyt daleko idących warunków rezygnacji z prywatności.

We współczesnej gospodarce granice między konkurencją i prywatnością danych coraz bardziej się zacierają. Dotyczy to w szczególności przepisów kontrolujących działania graczy w mediach społecznościowych online w zakresie przechowywania i wykorzystywania danych osobowych. Big Data przekształciło się w cenny zasób, który umożliwia firmom dostarczanie klientom szerokiej gamy towarów, zapewniając jednocześnie innowacyjność i jakość na rynku cyfrowym. Zgromadzone dane konsumenckie można jednak wykorzystać na różne sposoby, aby wpływać na konkurencję. Ten temat wysunął się ostatnio na pierwszy plan, a konsumenci zgłaszają obawy dotyczące ochrony prywatności, zwłaszcza w mediach społecznościowych. Rozgraniczenie rynków online i offline nabiera ogromnego znaczenia przy definiowaniu rynku właściwego.

Ponieważ dokonano znaczącego skoku w dziedzinie tworzenia danych, jest to źródłem niepokoju dla regulatorów antymonopolowych, ponieważ może być wykorzystywane do wnioskowania o zachowaniach konsumentów przy niskich kosztach, co pozwala firmom zdobyć mocną pozycję na rynku poprzez gromadzenie danych klientów i utrudnianie konkurentom opracowywania produktów, które mogą zapewnić przewagę konkurencyjną. Biorąc pod uwagę gromadzenie i wykorzystywanie (nadużywanie) danych przez firmy do realizacji własnych celów, być może celowe jest nowe podejście prawodawcy. Ponieważ dane nie są uznawane za towar w świetle pra-

wa konkurencji, może to prowadzić do wykluczenia małych graczy z rynku ze względu na przewagę dużych graczy dzięki gromadzeniu danych, które mogą kierować reklamy do konsumentów w oparciu o ich preferencje²².

Powstaje pytanie, czy istnieje argument za wykorzystaniem prawa konkurencji w celu rozwiązania problemów związanych z ochroną danych w erze Big Data. Oceniając, czy koncentracja, porozumienie lub zachowanie rynkowe jest zgodne z prawem konkurencji, zwykle konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w celu zapewnienia ram oceny wpływu na konkurencję. Odbyna się to poprzez ocenę, czy określone produkty lub usługi są substytucyjne dla innych; te, które nie są substytutami, nie należą do tego samego rynku. Istnieje pogląd, że oprócz definiowania rynków przez odniesienie do produktów i usług powinien istnieć również „rynek” danych osobowych, a przedsiębiorstwa posiadające Big Data należy uznać za posiadające znaczącą władzę lub dominację na tych rynkach.

Dla wielu firm to informacje o samych firmach, a nie o konsumentach, będą ważne przy określaniu siły ich portfela danych i które mogą mieć znaczenie dla ich władzy rynkowej. Skupienie się na danych osobowych jako mierniku siły rynkowej pomija fakt, że wiele dominujących przedsiębiorstw nie sprzedaje ani nie wykorzystuje na szeroką skalę danych osobowych. Jako takie, są to informacje o klientach (i potencjalnych klientach), niekoniecznie o kwestiach, które są potencjalnie istotne dla oceny siły rynkowej. Być może powinny istnieć inne zasady i obowiązki dla firm sprzedających dobra lub usługi przedsiębiorstwom (B2B) i tych sprzedających je na rzecz konsumentów (B2C). Jednak system ochrony danych już funkcjonuje w taki sposób, że nakłada na administratorów danych obowiązki proporcjonalne do charakteru i objętości przetwarzanych przez nich danych osobowych.

Można również argumentować, że posiadanie dużych ilości danych osobowych klientów jest zwykle wynikiem posiadania dużej liczby klientów chętnych do ich dostarczenia, a być może także technologii i/lub praw własności intelektualnej (IPR), z którymi można korzystnie wykorzystać dane. Jednak to liczba klientów naprawdę wskazuje na siłę rynkową, a nie same dane osobowe. W związku z tym dążenie do tworzenia odrębnych „rynków” odnoszących się wyłącznie do danych osobowych może mieć niewielką wartość. Każde wskazanie „siły rynkowej danych” byłoby również wskazywane przez siłę rynkową w ramach tradycyjnej analizy prawa gospodarczego. Można to wykazać na przykładzie naruszenia bezpieczeństwa danych; Obawa biznesu w takich przypadkach polega na tym, że utrata

²² A. Gupta, *Data: A Tool For 'Abuse Of Dominance'*, "Indian Journal of Corporate Law and Policy" 2021, vol. 1 <https://ijclp.com/data-a-tool-for-abuse-of-dominance/>.

danych doprowadzi do utraty zaufania klientów, a w konsekwencji do utraty sprzedaży. Bardzo rzadko problemem będzie utrata samych danych.

Co najważniejsze, gromadzenie danych (osobowych lub innych) samo w sobie nie jest problematyczne w świetle prawa konkurencji. Dziesięciolecia analiz ekonomicznych i orzecznictwa sądów europejskich ustaliły, że niektóre zachowania przedsiębiorstw, które są dominujące z ekonomicznego punktu widzenia, są szczególnie zdolne do wywoływania szkodliwych skutków. Nałożenie pewnych ograniczeń na ich zachowanie jest uzasadnione w celu zapobieżenia takiej szkodzi. Nie ma jednak takiego domniemania w odniesieniu do posiadania dużej ilości danych osobowych. Jeśli już, sprawy dotyczące ochrony danych mówią nam, że osoby będące w posiadaniu stosunkowo niewielkich ilości danych osobowych mogą wyrządzić szkodę osobom, których dane dotyczą, w równym stopniu, a nawet z większym prawdopodobieństwem, niż osoby posiadające duże ilości danych ponieważ te ostatnie często będą miały bardziej dopracowaną, wyrafinowaną zgodność z obowiązującymi regulacjami.

Nawet gdyby można było ustalić, że może istnieć coś takiego jak „rynek danych osobowych”, na którym określone przedsiębiorstwa mogą mieć pozycję dominującą, do wykazania naruszenia prawa konkurencji musi dojść również nadużycie tej pozycji. Orzecznictwo w zakresie prawa konkurencji dotyczące kluczowych urządzeń (*essential facility*) może stanowić podstawę, na której można wymagać od posiadaczy Big Data udzielenia licencji na swoje bazy danych osobom trzecim. Obecnie ustalono, że dominujące przedsiębiorstwa, które odmawiają dostępu do kluczowych urządzeń, które są niezbędne dla konkurencji na rynku niższego szczebla, mogą zostać uznane za nadużywające swojej pozycji i być zobowiązane do udzielenia dostępu innym.

Przedsiębiorstwo dominujące, które odmawia udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej lub przemysłowej, które są niezbędne dla konkurencji na niższym szczeblu, może być zobowiązane do udzielenia takiej licencji w pewnych okolicznościach. Jednak w orzecznictwie konsekwentnie podkreśla się skrajnie wyjątkowy charakter takiego przymusowego licencjonowania lub dostępu. W szczególności jest bardzo mało prawdopodobne, by Komisja wymagała tego, gdy rywale mogliby opracować alternatywne rozwiązanie, nawet jeśli wymagałoby to z ich strony znacznego czasu i inwestycji.

Wydaje się bardzo mało prawdopodobne, aby istniało wiele przypadków, w których dostęp do bazy danych osobowych byłby niezbędny do obsługi danej usługi lub w przypadku, gdyby działalność konkurencyjna przedsiębiorstwa była bez niego niemożliwa z handlowego punktu widzenia. W szczególności ten ostatni wymóg zo-

stał bardzo rygorystycznie zinterpretowany przez sądy europejskie i nie byłoby możliwe kwestionowanie tej analizy ze względu na to, że dane wejściowe są danymi osobowymi. Komisja prawdopodobnie uzna, że rywal zawsze będzie mógł z czasem opracować własną bazę danych osobowych, co umożliwi mu skuteczne konkurowanie.

Kluczową kwestią jest to, że jedynymi przypadkami, w których baza danych osobowych mogłaby być obowiązkowo licencjonowana, byłyby te, w których taka licencja byłaby wymagana w ramach normalnego działania reguł konkurencji dotyczących odmowy udzielenia licencji i/lub odmowy dostępu do kluczowych urządzeń. Obecnie nie ma innej podstawy prawnej, na podstawie której właściciele Big Data mogliby być zmuszeni do zezwolenia na dostęp. Właściwym środkiem byłaby reforma systemu ochrony danych, a nie sztuczne rozszerzanie zakresu przepisów prawa konkurencji, które celowo mają wąskie zastosowanie, a ich nadmiernie szeroka wykładnia być może przeczyłaby zasadzie wolności gospodarczej, a także zasadzie proporcjonalności. Innym potencjalnym argumentem, który mógłby mieć znaczenie w tym obszarze, jest to, że naruszenie przepisów o ochronie danych może w niektórych przypadkach oznaczać również nadużycie pozycji dominującej.

Można próbować argumentować, że w przypadku, gdy naruszenie przepisów o ochronie danych prowadzi do uzyskania przez dominujące przedsiębiorstwo przewagi konkurencyjnej, może to również sprowadzać się do nadużycia. Prowadzi to jednak z powrotem do wniosku, jaki został wyciągnięty przy rozważaniu kwestii prywatności w sprawach dotyczących fuzji w kontekście doktryny *essential facility*. Jedyne przypadki, w których ewentualna kwestia ochrony danych może doprowadzić do zablokowania fuzji lub stwierdzenia nadużycia, to te, w których takie połączenie utrudni skuteczną konkurencję lub takie zachowanie będzie równoznaczne z nadużyciem pozycji dominującej. W związku z tym można kwestionować potrzebę rozszerzenia prawa konkurencji tylko w świetle obaw o ochronę danych.

Innym możliwym rozwiązaniem problemu potencjalnej luki regulacyjnej byłoby wprowadzenie regulacji sektorowych dla branż bogatych w dane zdobywane online. Mamy już szczegółowe przepisy prawa konkurencji dotyczące porozumień o transferze technologii i porozumień w sektorze ubezpieczeniowym. Obowiązują również szczegółowe zasady konkurencji, na przykład w odniesieniu do skomputeryzowanych systemów rezerwacji obsługiwanych przez linie lotnicze, które uwzględniają wyjątkowe cechy takich usług i ich potencjał powodowania problemów w zakresie konkurencji.

Chociaż możliwe jest stworzenie podobnych zasad dla firm zajmujących się przetwarzaniem Big Data, w ostatnich latach obser-

wuje się tendencję do odchodzenia od regulacji sektorowych i nakładania na firmy obowiązku przestrzegania ogólnych zasad prawa konkurencji. Można argumentować, że instytucje UE powinny dążyć do zastosowania ustalonych zasad do nowych sytuacji wynikających z rozwoju rynku i innowacji, zamiast na próżno próbować dotrzymać kroku szybko zmieniającym się sektorom gospodarki cyfrowej poprzez ciągle nawoływanie do tworzenia nowych regulacji, które mogą zrobić więcej szkód niż pożytków.

Bibliografia

Kuhn Tilman, O'Shaughnessy Kristen, Pesch Tobias, Phillips Jaclyn, Sokol D. Daniel, *Big Data and Data-Related Abuses of Market Power*, [in:] Akman Pinar, Brook Or, Stylianou Konstantinos [ed.], *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, Edward Elgar Publishing [2023], internet 2022, 2022 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4013118.

Cheng Shin-Ru, *Approaches to Assess Market Power in the Online Networking Market*, "Science and Technology Law Review" 2021, vol. 22, no. 2, <https://journals.library.columbia.edu/index.php/stlr/article/view/8664>.

EUI. *Economic Analysis in EU Competition Policy: Current trends and future perspectives*, 2022, <http://fcp.eui.eu/event/economic-analysis-in-eu-competition-policy/>.

Franck Jens-Uwe, *How to Challenge Big Tech*, 2021, <https://verfassungsblog.de/dsa-dma-power-12/>.

Franck Jens-Uwe, Peitz Martin, *Market Definition in the Platform Economy* (March 1, 2021), CRC TR 224 Discussion Paper Series 2021, final version Cambridge Yearbook of European Legal Studies (CYELS), forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3773774> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3773774>.

Gupta Aditi, *Data: A Tool For 'Abuse Of Dominance'*, "Indian Journal of Corporate Law and Policy" 2021, vol. 1 <https://ijclp.com/data-a-tool-for-abuse-of-dominance/>.

Ibáñez Colomo Pablo, *Are digital markets bringing new challenges in abuse of dominance cases?*, 2020, <https://oecdonthellevel.com/2020/11/09/are-digital-markets-bringing-new-challenges-in-abuse-of-dominance-cases/>.

Jacobides Michael G., Lianos Ioannis, *Ecosystems and competition law in theory and practice*, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3772366.

Jacobides Michael G., Lianos Ioannis, *Regulating platforms and ecosystems: an introduction*, "Industrial and Corporate Change" 2021, vol. 30, issue 5, <https://academic.oup.com/icc/article/30/5/1131/6401198>.

Jemiłniak Dariusz, Przeglasińska Aleksandra, *Collaborative Society* Cambridge, Mass., MIT Press Essential Knowledge series 2020.

Keller Paul, *A first look at the Data Act*, 2022, <https://openfuture.eu/blog/a-first-look-at-the-data-act/>

Kéllezi Pranvera, *Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence* (February 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1011205>.

Małobęcka-Szwast Iga, *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*, Warszawa 2019 [rozprawa doktorska] <https://depotuw.ceon.pl/handle/item/3610>.

Mancini James, *How can competition law tackle misconduct in digital markets?* 2020, <https://oecdonthellevel.com/2020/10/14/how-can-competition-law-tackle-misconduct-in-digital-markets/>.

OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, 2020, <https://www.oecd.org/competition/globalforum/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm>.

Ostrom Elinor, *Dysponowanie wspólnymi zasobami*, Warszawa, WoltersKluwer 2013.

Ostrom Elinor, Basurto Xavier, *The Evolution of Institutions: Toward a New Methodology* (July 18, 2009). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1934360> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1934360>.

Robertson Viktoria H.S.E., *Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data* (June 24, 2019), "Common Market Law Review" 2020, vol. 57, p. 161–189, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3408971> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3408971>.

Śledziewska Katarzyna, Włoch Renata, *Gospodarka cyfrowa. Jak nowe technologie zmieniają świat*, Warszawa, Wydawnictwa UW 2020.

Szpringer Włodzimierz, *Platformy cyfrowe i gospodarka współdzielenia. Problemy instytucjonalne*, Warszawa, Poltext 2021.

Szpringer Włodzimeirz, *Platformizacja w gospodarce cyfrowej – nowe wyzwania dla regulacji*, Warszawa, Poltext 2022.

Vryna Stavroula, Blewett Richard, Jung Nelson, Vinje Thomas, *European Union: a new era for tech regulation*, Clifford Chance LLP, 24 June 202, <https://globalcompetitionreview.com/review/the-european-middle-east-and-african-antitrust-review/2023/article/european-union-new-era-tech-regulation>.