WERSJA JAWNA: Tajemnica przedsiębiorstwa i informacje prawnie chronione oznaczone przez Spółkę: [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

Warszawa, 22 stycznia 2024 r.

DOK-3.415.1.2023

Sąd Okręgowy w Warszawie
XXII Wydział Cywilny Własności Intelektualnej
ul. Czerniakowska 100, 00-454 Warszawa

Uprawniony:
Ceneo.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu
adres:
ul. Legnicka 48A,
54-202 Wrocław
Nr KRS: 0000634928
zastępowany przez:
[DANE OSOBOWE]
adres do doręczeń jak Uprawnionego

Obowiązany:
Google Ireland Limited – spółka zarejestrowana i działająca zgodnie z prawem Republiki Irlandii z siedzibą w Dublinie,
adres:
Gordon House, Barrow Street Dublin 4,
Republika Irlandii,
nr w rejestrze: 368047,
nr VAT: IE6388047V

Sygn. akt: XXII GWO 24/24

Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawierające istotny pogląd dla sprawy

Stosownie do przepisu art. 31d ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2023 r., poz. 1689 ze zm., dalej: „**u.o.k.k.**”), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „**Prezes Urzędu**”), jeżeli uzna że przemawia za tym interes publiczny, przedstawia sądowi istotny dla sprawy pogląd w sprawach dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów.

Pismem z dnia 17 stycznia 2024 r. Ceneo.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „**Ceneo**”) skierowała do tut. sądu wniosek o zabezpieczenie roszczeń pieniężnych przed wniesieniem powództwa (dalej: „**Wniosek**”). W niniejszej sprawie jako podmiot obowiązany Ceneo wskazuje Google Ireland

Limited z siedzibą Dublinie (Irlandia) (dalej: „**Google**" lub „**Obowiązany**"). Ceneo wnosi o zabezpieczenie roszczeń w związku z naruszeniem przez Google zasad uczciwej konkurencji, które polegać ma na zmianie funkcjonowania wyszukiwarki Google począwszy od 15 sierpnia 2023 r. Owe naruszenie polegać miałoby na faworyzowaniu własnej usługi porównywania cen Google i prezentowaniu jej na pierwszym miejscu w wynikach wyszukiwania wyszukiwarki Google, z jednoczesnym utrudnieniem dostępu do porównywarki ceneo.pl, a także na jednoczesnym wprowadzaniu dodatkowych filtrów zmniejszających zainteresowanie użytkowników dotarciem do ceneo.pl, a także na sugerowaniu treści sponsorowanych i porównywarkę Google. W efekcie Ceneo identyfikuje skutek takich działań Google jako utrudnianie dostępu do użytkowników, co prowadzi do pokrzywdzenia Ceneo.

Pismem z dnia 24 listopada 2023 r. Ceneo zwróciła się do Prezesa Urzędu o przedstawienie sądowi w trybie art. 31 d u.o.k.k. poglądu istotnego dla sprawy, którą inicjuje Wniosek.

Prezes Urzędu dostrzega interes publiczny w przedstawieniu poglądu w niniejszej sprawie i upatruje go w szczególności w tym, że zachowania Google, jeśli zostaną potwierdzone, mogą prowadzić do zakłócenia konkurencji poprzez przyznanie przewagi konkurencyjnej tej spółce nie zapewniając jednocześnie równości szans konkurencyjnym wobec niej podmiotom, w tym Ceneo.

Pomimo iż Wniosek w podstawowym zakresie opiera się na zarzutach formułowanych na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „**u.z.n.k.**"), należy wskazać, iż zgodnie z art. 15c tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest również naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 u.o.k.k., a także art. 101 i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. C 326 z 26.10.2012, dalej: „**TFUE**"). W związku z tym niniejszą sprawę należy uznać za spełniającą kryteria sprawy dotyczącej ochrony konkurencji.

W świetle tych okoliczności, a także biorąc pod uwagę wiedzę i doświadczenie Prezesa Urzędu z zakresu ochrony konkurencji oraz konsumentów, uznał on za zasadne i konieczne przedstawienie istotnego poglądu w niniejszej sprawie.

Przedstawiając niniejszy pogląd, Prezes Urzędu pragnie poczynić istotne zastrzeżenie, że stanowisko, jakie formułuje w tej sprawie, opiera się na określonym stanie faktycznym opisanym we Wniosku oraz piśmie Ceneo z dnia 24 listopada 2023 r. Z tego względu ocena prawna przedstawiona w niniejszym poglądzie przez Prezesa Urzędu nie może stanowić odniesienia dla innych spraw.

Prezes Urzędu zastrzega również, iż nie wydawał decyzji przeciwko Obowiązanemu, niemniej w swoich rozważaniach opiera się na doświadczeniu i praktyce stosowania przepisów prawa ochrony konkurencji w zakresie nadużywania pozycji dominującej, a także na orzecznictwie Komisji Europejskiej.

Uzasadnienie

Pogląd przedstawiany w niniejszej sprawie wyrażany jest w oparciu o Wniosek oraz pismo Ceneo z dnia 24 listopada 2023 r.

Stan faktyczny

Jak wskazano we Wniosku, kwestionowana praktyka dotyczy ograniczania Ceneo dostępu do rynku i przejawia się w następujących aspektach: (i) faworyzowania własnej quasi-porównywarki Google kosztem konkurencyjnych porównywarek cenowych („samo-preferowanie”,) za pomocą sposobu prezentacji wyników wyszukiwania, (ii) przekierowania ruchu do własnej quasi-porównywarki kosztem porównywarki ceneo.pl, (iii) utrudniania dostępu do porównywarki ceneo.pl, (iv) wyświetlania nieautoryzowanych reklam Ceneo.

Pierwszy aspekt kwestionowanej praktyki opiera się na rzekomej manipulacji sposobem prezentacji wyników wyszukiwania w wyszukiwarce Google. Jak wskazuje Uprawniony, dla przykładowego hasła „iphone 14 cena”, Google, oprócz organicznych wyników wyszukiwania (linków do witryn internetowych), przedstawia w prominentnym miejscu strony informacje o produktach i cenach w ramach własnej quasi-porównywarki cenowej. Prominentna ekspozycja własnej quasi-porównywarki odbywa się kosztem organicznych wyników wyszukiwania prezentowanych poniżej.

Drugi aspekt kwestionowanej praktyki dotyczy rzekomego przekierowania ruchu do własnej quasi-porównywarki Google. Jak wskazuje Uprawniony, pomimo jasnej intencji użytkownika by dotrzeć do wyników prezentowanych przez Ceneo (wyrażonej przykładowym zapytaniem „ceneo klocki lego”), Google wyświetla wyniki prowadzące do własnej porównywarki Google. Co istotne, wyniki te sprawiają wrażenie neutralnych, tj. przed kliknięciem w link nie jest jasne, że prowadzą do porównywarki Google. Jednocześnie Uprawniony wskazuje, że ten aspekt kwestionowanej praktyki nie występuje przy każdym zapytaniu, a zgodnie z nieznanymi Uprawnionemu regułami.

Trzeci aspekt kwestionowanej praktyki dotyczy rzekomego utrudniania dostępu do porównywarki Ceneo. W sytuacji opisanej w powyższym akapicie, tj. przekierowania ruchu do porównywarki własnej Google, użytkownik ma teoretyczną możliwość uniknięcia przekierowania – wymaga to jednak od niego aktywnego przełączenia ustawień swojej wyszukiwarki Google. W ocenie Uprawnionego, taka dodatkowa aktywność wymagana ze strony użytkownika prowadzi do utrudnienia dostępu do porównywarki Ceneo.

Czwarty aspekt kwestionowanej praktyki dotyczy rzekomego wyświetlania nieautoryzowanych reklam Ceneo w wyszukiwarce Google. Jak wskazuje Uprawniony, reklamy są zamieszczane przez podmiot niezależny od Ceneo. Oferowanie reklam ma, w ocenie Uprawnionego, mieć na celu zdobycie informacji nt. preferencji użytkowników poszukujących ofert na stronie ceneo.pl.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu dostrzega potrzebę przedstawienia istotnego poglądu w sprawie w zakresie, w jakim Wniosek dotyczy następujących zagadnień:

I. pozycji dominującej oraz jej nadużywania,
II. teorii szkody w zakresie praktyki faworyzowania własnych usług,
III. informacji wymagających ustalenia dla uznania praktyki faworyzowania własnych usług za ograniczającą konkurencję,
IV. potencjalnych skutków w przypadku stwierdzenia niezgodności z prawem kwestionowanych zachowań,
V. wpływu Aktu o rynkach cyfrowych[1] na kwestionowane zachowania,
VI. możliwości naruszenia ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

I. Wykładnia zagadnień dotyczących pozycji dominującej oraz jej nadużywania

Nadużywanie pozycji dominującej przez przedsiębiorcę jest klasyczną postacią praktyki ograniczającej konkurencję, która jest zakazana bezwzględnie. Stosownie do art. 9 ust. 1 u.o.k.k.: „*Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców*”. Tym samym, istotą zakazu nie jest samo posiadanie pozycji dominującej, ale jej nadużywanie.

Ustawodawca uznał, iż przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, przyjmując domniemanie, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.[2]

Zgodnie z określeniem nadużywania pozycji dominującej, sformułowanym w wyroku w sprawie *Hoffman-La Roche*, nadużywanie pozycji dominującej jest pojęciem obiektywnym, odnoszącym się do zachowań przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą, które mogą wpływać na strukturę rynku, na którym konkurencja jest osłabiona, i które poprzez sięganie do metod odbiegających od tych,

[1] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z dnia 14 września 2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych) (Tekst mający znaczenie dla EOG) PE/17/2022/REV/1 Dz.U. L 265 z 12.10.2022, str. 1—66 (dalej: „**ARC**”).
[2] Art. 4 u.o.k.k.

które tworzą zwykle konkurencję produktów lub usług w transakcjach uczestników rynku, utrudniają zachowanie konkurencji jeszcze istniejącej na rynku lub rozwój konkurencji.[3]

Pojęcie nadużywania pozycji dominującej określone w art. 9 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE odnosi się zatem do tych zachowań przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które mogą wpływać negatywnie na strukturę rynku, poprzez wykorzystanie w tym celu środków odbiegających od metod stosowanych w warunkach niezakłóconej konkurencji (tzw. konkurencji merytorycznej).[4] Koncepcja „konkurencji merytorycznej" odnosi się zaś do legalności działań podejmowanych przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą – w oparciu o określone parametry konkurencji, takich jak np. jakość, cena, innowacyjność – nawet, jeżeli może prowadzić to w ostateczności do odejścia z rynku innych przedsiębiorców (tj. konkurentów przedsiębiorcy dominującego).[5]

Negatywne oddziaływania na strukturę rynku mogą ujawnić się zarówno na rynku, na którym przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, jak również na innym rynku lub innych rynkach. Na przedsiębiorcy zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszał skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku.[6]

Aby ocenić, czy dane zachowanie może stanowić nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE, Prezes Urzędu musi ustalić, czy dany podmiot jest adresatem tego zakazu, a więc czy posiada on status przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa) dominującego. W tym celu, w pierwszym etapie należy (i) zbadać, czy podmiot ma status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE; (ii) wyznaczyć rynek właściwy, na którym działa ten przedsiębiorca; a następnie (iii) określić jego siłę rynkową na tym rynku.

W przedmiotowej sprawie należy zatem najpierw zidentyfikować odpowiednie rynki właściwe, a następnie ustalić czy Google zajmuje na nich pozycję dominującą. Pomocne w tym zakresie są ustalenia poczynione w decyzji Komisji Europejskiej (dalej: „**Komisja**")[7] (*Google Shopping)* i wyroku Sądu (ang. General Court, dalej: „**Sąd**")[8] w tej sprawie. W przywoływanej sprawie Komisja uznała, że Google w różnych okresach, najwcześniej od stycznia 2008 r., nadużywał swojej pozycji dominującej,

---

[3] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76, Hoffmann-La Roche, EU:C:1979:36, pkt 91.

[4] Por.: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76, Hoffmann-La Roche, EU:C:1979:36, pkt 91 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt. III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144.

[5] Jak zauważono w orzecznictwie unijnym, konkurencja merytoryczna (ang. competition on the merits) może prowadzić do odejścia z rynku lub marginalizacji konkurentów, którzy są mniej wydajni i przez to mniej atrakcyjni dla konsumentów z punktu widzenia m.in. ceny, wyboru, jakości czy innowacyjności.

[6] Zob.: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo.

[7] Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie AT.39740 – Wyszukiwarka Google (Shopping).

[8] Wyrok Sądu z dnia 10 listopada 2021 r., Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Shopping), sprawa T-612/17 Google LLC.

jaką posiadał na trzynastu krajowych rynkach wyszukiwania ogólnego w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego (dalej: „**EOG**"), zmniejszając ruch pochodzący z jej ogólnych stron wyników do konkurencyjnych porównywarek produktów i zwiększając ów ruch do własnej porównywarki produktów, co mogło mieć lub prawdopodobnie miało antykonkurencyjne skutki dla trzynastu odpowiednich krajowych rynków wyszukiwania wyspecjalizowanego w zakresie porównywania produktów, a także dla tych rynków wyszukiwania ogólnego. Państwa, których dotyczyło stwierdzone i penalizowane przez Komisję Europejską zachowanie, to Belgia, Republika Czeska, Dania, Niemcy, Hiszpania, Francja, Niderlandy, Austria, Polska, Szwecja, Zjednoczone Królestwo i Norwegia.[9] Co wymaga podkreślenia, **w toku sprawy toczącej się przed Sądem, Google nie zakwestionował faktu, że zajmuje pozycję dominującą na trzynastu krajowych rynkach wyszukiwania ogólnego odpowiadających państwom, co do których Komisja uznała, że nadużył on w nich takiej pozycji.**[10]

Natomiast w kwestii stwierdzenia nadużywania pozycji dominującej, faworyzowanie przez Google własnej porównywarki cenowej (Google Shopping) zostało zaklasyfikowane przez Komisję jako nadużycie na podstawie klauzuli generalnej w sprawie *Google Shopping.* Sąd potwierdził słuszność ustaleń Komisji, które wskazały, że wyniki wyszukiwania produktów za pomocą ogólnej wyszukiwarki Google były pozycjonowane i wyświetlane w bardziej przyciągający uwagę sposób, gdy wyniki pochodziły z własnej porównywarki Google, niż gdy pochodziły z konkurencyjnych porównywarek. Co więcej, pozycja tych ostatnich wyników, które pojawiały się jako proste wyniki ogólne (ang. *simple generic results*) - wyświetlane w postaci niebieskich linków, była podatna na zdegradowanie przez algorytmy dostosowujące na ogólnych stronach wyników Google, w przeciwieństwie do wyników z porównywarki Google.

Sąd potwierdził twierdzenia Komisji w zakresie identyfikacji praktyk i skutków na rynku usług porównywania produktów (rynku porównywarek). Sąd stwierdził jednak, że Komisja nie wykazała, iż zachowanie Google'a miało antykonkurencyjne skutki na rynkach usług ogólnego wyszukiwania, i w efekcie orzekł nieważność stwierdzenia naruszenia w odniesieniu do tych konkretnie rynków. Tym samym, stwierdzono nieważność decyzji Komisji jedynie w zakresie, w jakim Komisja ustaliła istnienie naruszenia na trzynastu krajowych rynkach wyszukiwania ogólnego na obszarze EOG. W pozostałym zakresie skarga Google została oddalona. Sprawa toczy się obecnie przez Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej pod sygnaturą C-48/22 P.

Odnosząc powyższe rozważania do przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż pozycja dominująca Google nie budzi wątpliwości, w szczególności zważywszy, że Google nie

[9] Wyrok Sądu UE z dnia 10 listopada 2021 r., Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Shopping), sprawa T-612/17 Google LLC, pkt 54.

[10] Wyrok Sądu UE z dnia 10 listopada 2021 r., Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Shopping), sprawa T-612/17 Google LLC, pkt 119.

kwestionował swojej dominacji, którą zidentyfikowała Komisja na uprzednio zdefiniowanych rynkach właściwych. Wymaga również podkreślenia, iż zachowania, na które wskazuje Ceneo, jeśli zostaną uznane za udowodnione, mogą mieścić się w zakresie zakazu nadużywania pozycji dominującej. Prezes Urzędu dostrzega możliwą korelację pomiędzy formą, celem oraz skutkiem naruszenia stwierdzonego w sprawie *Google Shopping*, a czynami wskazywanymi przez Ceneo we Wniosku.

II. Wykładnia zagadnień dotyczących teorii szkody w zakresie praktyki faworyzowania własnych usług

Faworyzowanie własnych produktów lub usług (ang. *self-preferencing*) to forma tzw. dyskryminacji pozytywnej[11], polegająca na korzystniejszym traktowaniu przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą własnych produktów lub usług względem produktów lub usług konkurentów, rywalizujących z tym przedsiębiorcą na rynku niższego szczebla w stosunku do rynku, na którym przedsiębiorca ten zajmuje pozycję dominującą (tj. rynku powiązanym), co skutkuje stawianiem rywalizujących z dominantem przedsiębiorców, na rynku powiązanym (niezdominowanym), w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej[12].

W pierwszej kolejności warto podkreślić, że pojęcie „samo-preferowania", ang. *self-preferencing* ma charakter doktrynalny oraz związane jest z analizą zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na rynkach cyfrowych. Jest to pewna „etykieta" (ang. *label*), która może w praktyce obejmować praktyki klasyfikowane zarówno jako odmowa kontraktowania, wiązanie, dyskryminacja a także jako praktyka nienazwana. Wspólnym elementem tych zachowań jest to, że: (i) operator platformy działa na dwóch powiązanych rynkach (np. rynku wyższego i niższego szczebla) oraz (ii) operator platformy w określony sposób faworyzuje swoją działalność, dzięki pozycji dominującej, którą operator zajmuje na rynku funkcjonowania „platformy"[13].

W przypadku nadużywania pozycji dominującej polegającego na „samo-preferowaniu" stworzenie zróżnicowanych warunków konkurencji odbywa się zatem pomiędzy samym przedsiębiorcą posiadającym pozycję dominującą, a jego partnerami handlowymi (kontrahentami, a zarazem

---

[11] Por.: H. Schweitzer, J. Haucap, W. Kerber, R. Welker, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, nr 66/2017, s. 99. Por. m.in.: decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie *Google Search (Shopping)*, nr AT.39740; N. Petit, *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFUE: A Reply to Bo Vesterdor*, https://ssrn.com/abstract=2592253, data dostępu: 20 grudnia 2022 r.; E.A. Valdivia, *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Bussiness?*, World Competition" nr 41/2018, s. 43-68.

[13] Zob.: I. P. Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, "World Competition" 2020, https://ssrn.com/abstract=3654083.

konkurentami na rynku powiązanym), a nie pomiędzy poszczególnymi partnerami handlowymi (kontrahentami, osobami trzecimi)[14].

Należy też podkreślić, że tego typu zachowania nie muszą prowadzić do skutków *stricte* wykluczeniowych w postaci zamknięcia lub utrudnienia dostępu do rynku oraz wyeliminowania konkurentów z rynku. Wystarczającym jest bowiem wykazanie, że nierówne (dyskryminacyjne) traktowanie prowadzi do stworzenia niekorzystnych warunków konkurencji[15]. Na problematykę „samo-preferowania" jako nadużywania pozycji dominującej zwracają m.in. uwagę P. Bougette, O. Budzinski oraz F. Marty w artykule pt. „*Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*"[16].

W artykule podkreślono, że w kontekście prawa konkurencji UE, faworyzowanie własnych usług może prowadzić do praktyk wykluczających, ale również do praktyk eksploatacyjnych. Przy czym art. 102 TFUE dotyczy nie tylko praktyk wyrządzających bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę pośrednio poprzez naruszenie zasad konkurencji. Przejawem samo-preferowania może być przy tym utrudnianie konkurentowi dostępu do rynku, na co wskazuje Ceneo w niniejszej sprawie.

W efekcie, w przywoływanym powyżej wyroku **Sąd potwierdził słuszność ustaleń Komisji co do tego, że Google faworyzował własne wyniki wyspecjalizowane w stosunku do wyników podmiotów trzecich, co spowodowało zwiększenie widoczności własnych wyników porównywania produktów Google na stronach z wynikami wyszukiwania ogólnego.** Google wyróżniał własne wyniki wyszukiwania wyspecjalizowanego (pozycjonowanie i prezentacja) oraz obniżał pozycję wyników swoich konkurentów, którzy, co więcej, nie korzystali z tego samego sposobu wyświetlania. Zachowanie Google spowodowało zmniejszenie widoczności wyników konkurencyjnych porównywarek produktów i jednoczesne zwiększenie widoczności wyników jego własnej usługi porównywania produktów. **W ten sposób wdrożenie spornych praktyk zakwestionowanych w decyzji Komisji Europejskiej umożliwiło Google wyróżnienie własnych usług porównywania produktów na stronach wyników wyszukiwania ogólnego, sprawiając jednocześnie, że konkurencyjne porównywarki produktów były praktycznie niewidoczne na tych stronach, co zasadniczo nie odpowiada oczekiwanemu celowi usługi wyszukiwania ogólnego.**[17]

---

[14] Por.: H. Schweitzer, J. Haucap, W. Kerber, R. Welker, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, nr 66/2017, s. 99.

[15] Por.: decyzja Prezesa Urzędu z dnia 20 lipca 2012 r., nr DOK-3/2012 (Zrzeszenie Międzynarodowych Przewoźników Drogowych w Polsce).

[16] P. Bougette, O. Budzinski, F. Marty, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, GREDEG Working Paper No. 2022-01, SSRN: https://ssrn.com/abstract=4028770.

[17] Wyrok Sądu UE z dnia 10 listopada 2021 r., Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Shopping), sprawa T-612/17 Google LLC, pkt. 184.

Powyższe rozważania pozwoliły Sądowi na potwierdzenie, iż Google faworyzując własną porównywarkę internetową na stronach z wynikami ogólnymi poprzez korzystniejsze wyświetlanie i pozycjonowanie, odstąpił od konkurencji merytorycznej (ang. *compeittion on the merits*). Przede wszystkim, ze względu na trzy szczególne okoliczności, a mianowicie: (i) znaczenie ruchu generowanego przez ogólną wyszukiwarkę Google dla porównywarek; (ii) zachowanie użytkowników, którzy zazwyczaj koncentrują się na kilku pierwszych wynikach; oraz (iii) duży udział ruchu "przekierowanego" (tzw. ang. *diverted traffic*) w porównywarkach i fakt, że nie można go skutecznie zastąpić. Ponadto, Sąd wykluczył jakiekolwiek obiektywne uzasadnienie postępowania Google, a także uznał, że Google nie wykazał wzrostu wydajności (ang. *efficiency gains*) związanego z tą praktyką, który przeciwdziałałby jej negatywnemu wpływowi na konkurencję.

Mając na uwadze ujęte powyżej rozważania doktryny i orzecznictwa w zakresie praktyki faworyzowania własnych usług i produktów, należy podkreślić, iż dopełnienie standardów niezbędnych do precyzyjnego ustalenia teorii szkody, a także stwierdzenie niezgodności z prawem konkurencji kwestionowanych praktyk, wymaga przede wszystkim szczegółowego rozważenia każdej sprawy indywidualnie. Prezes Urzędu, udzielając pomocniczej wykładni standardów dotyczących praktyki samo-faworyzowania, pragnie podkreślić istotę sformułowanego już w orzecznictwie antymonopolowym podejścia do praktyki faworyzowania własnej porównywarki cenowej przez Google.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, w przypadku uznania prawidłowości twierdzeń Ceneo, które zostały przedstawione we Wniosku, można przyjąć, iż praktyki Google rozszerzające dominację z pierwotnego rynku wyszukiwarek na powiązany rynek usług porównywania zakupowego mogłyby zostać zaklasyfikowane jako nadużywane pozycji dominującej. Na szczególną uwagę w tej sprawie zasługuje ustalenie możliwej zbieżności pomiędzy wymienionymi przez Ceneo we Wniosku czynami Google, a praktykami stwierdzonymi już przez Komisję w decyzji *Google Shopping*. Równie kluczowe w tej sprawie wydaje się ustalenie wpływu zarzucanych praktyk na ograniczenie dostępu do uwagi użytkownika, co stanowić może nie tylko przejaw samo-preferowania i przenoszenia dominacji na rynek powiązany, ale także formę wykluczania z rynku konkurentów lub pozbawienia ich szans na rozwój. Tak samo, opisane przez Ceneo działania Google, jeśli potwierdzone, mogą utrudniać Ceneo dostęp do rynku.

III. Identyfikacja informacji wymagających ustalenia dla uznania praktyki samo-uprzywilejowania za ograniczającą konkurencję

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Prezesa Urzędu, dla dokonania oceny działań Google konieczne jest ustalenie, czy i w jakim zakresie Google przekierowuje, kosztem Ceneo, a szerzej też innych konkurencyjnych porównywarek cenowych, ruch użytkowników wyszukiwarki internetowej Google w kierunku produktów i usług[18] własnych lub usług innych podmiotów z grupy Alphabet.

W tym miejscu należy raz jeszcze zwrócić uwagę, na ustalenia poczynione przez Komisję Europejską w decyzji *Google Shopping.* W decyzji tej stwierdzono, że korzystniejsze pozycjonowanie i wyświetlanie przez Google własnej porównywarki cen w porównaniu z konkurencyjnymi porównywarkami cen na stronach wyników swojej wyszukiwarki ogólnej stanowi naruszenie art. 102 TFUE i art. 54 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

W ocenie Komisji postępowanie Google stanowiło nadużycie, ponieważ dochodziło do przekierowania ruchu z konkurencyjnych porównywarek cen do własnej porównywarki cen Google, a antykonkurencyjne skutki działań Google mogły wystąpić również na poszczególnych rynkach krajowych.

Ceneo wskazując na podobne działanie Google przedstawiło w tym zakresie opinię prof. [DANE OSOBOWE]

Z informacji posiadanych przez Prezesa Urzędu wynika, że, przynajmniej dla części zapytań kierowanych do wyszukiwarki Google, zdarzenia przedstawione przez Ceneo, odnoszące się do sposobu prezentowania wyników wyszukiwania są możliwe do zaobserwowania (choć, jak wskazano też w treści ww. opinii - nie dla wszystkich zapytań). W tym miejscu należy zauważyć, że w niniejszej sprawie kluczowa jest nie sama częstotliwość występowania któregoś ze wskazywanych działań Google, a ustalenie ich wpływu na możliwość konkurowania i działania na rynku przez Ceneo. W szczególności konieczne jest ustalenie, w jakim stopniu opisane działania Google mogą prowadzić do przekierowania ruchu z porównywarki Ceneo do własnej porównywarki cen Google.

Potwierdzenie faktycznego występowania opisywanych przez Ceneo zachowań Google i ich wpływu na konkurencję nie jest w ocenie Prezesa Urzędu możliwe bez pogłębionego zbadania stanu faktycznego w tym uzyskania danych od Google. W szczególności za pomocne dla oceny przedmiotowej sprawy należy uznać informacje o budowie i funkcjonowaniu algorytmów odpowiadających za sposób prezentowania i pozycjonowania wyników wyszukiwania w wyszukiwarce Google. Przy czym za

[18] Lub zapewnia przewagę całej sieci usług Google związanej z porównywaniem cen, np. w stronę reklam lub materiałów sponsorowanych działających jak quasi-porównywarka.

istotne należy uznać również porównanie działania ww. algorytmów przed i po wskazywanej przez Ceneo dacie 15 sierpnia 2023 r.

O miejsce w wynikach wyszukiwania w przeglądarce Google rywalizuje wiele podmiotów oferujących zbliżony zakres usług. W ocenie Prezesa Urzędu konieczne jest zatem zweryfikowanie, czy Google – zmieniło sposób prezentowania wyników w swojej wyszukiwarce wykorzystując tzw. uprzedzenia behawioralne użytkowników. W tym miejscu należy zauważyć, że konsumenci zwykle pozostają przy opcjach domyślnych[19], a kiedy muszą dokonać wyboru, zazwyczaj decydują się na najbardziej widoczną alternatywę[20].

Wiedzę na temat mechanizmu działania ww. algorytmów oraz pełne dane statystyczne mogące pokazywać wpływ działań Google na możliwość docierania przez porównywarkę Ceneo do konsumentów przy pomocy wyszukiwarki Google (a tym samym możliwość działania na rynku) posiada jedynie Google lub inne podmioty z grupy Alphabet.

Z uwagi na to, że Prezes Urzędu nie prowadził pogłębionych badań wskazywanych przez Ceneo zachowań Google (w tym nie prowadził postępowań administracyjnych, których zakres dotyczyłby przedmiotowej tematyki) możliwe jest przedstawienie opinii Prezesa Urzędu na wskazany temat jedynie z zastrzeżeniem, że formułowana jest ona przy założeniu potwierdzenia prawdziwości tez stawianych przez Ceneo.

W ocenie Prezesa Urzędu umieszczanie porównywarki cen Google w szybciej dostrzegalnych dla użytkowników wyszukiwarki internetowej miejscach (głównie na szczycie strony) potencjalnie zatrzymuje użytkowników na etapie korzystania z tej porównywarki. Umieszczenie kategorii „produkty" (czyli przekierowania do funkcjonalności „zakupy"/„shopping") jako pierwszej opcji na pasku filtrów wyszukiwarki Google może potencjalnie zwiększyć liczbę użytkowników, którzy przejdą do tej funkcji. Taki układ wyświetlania kategorii potencjalnie przekierowuje część ruchu – zwłaszcza użytkowników niezdecydowanych lub łatwo ulegających przekazowi reklamowemu – do usługi zakupów/porównywania Google. Jeżeli ta możliwość dostępna byłaby tylko dla Google to mogłoby to stawiać inne porównywarki cen (np. Ceneo) w gorszej sytuacji.

Podobnie, wyświetlanie bardziej atrakcyjnych wizualnie elementów potencjalnie zatrzymuje użytkowników w porównywarce cen Google. W tym kontekście powiązanie fraz składających się z nazwy porównywarki z wyświetlaniem dodatkowych widgetów o takiej charakterystyce (jeżeli

---

[19] E. Johnson, D. Goldstein, Do Defaults Save Lives?, "Science" 2003, nr 5649, s. 1338-1339.

[20] Przykładowo, wyróżnienie opcji kolorem czerwonym lub umieszczenie jej na początku listy skłania konsumentów do wybrania właśnie tej opcji. W raportach ekonomicznych zasugerowano, że Google zdaje sobie sprawę z siły ustawień domyślnych, dlatego płaci Apple szacunkowo około 12 miliardów dolarów rocznie, aby być domyślną wyszukiwarką na urządzeniach iPhone. Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report (2019), https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf (data dostępu: 14.01.2023), s. 8.

takie działanie faktycznie ma miejsce) może stanowić ograniczenie konkurencji. Dla określenia, czy, i w jakim stopniu, tego rodzaju działanie może prowadzić do zmniejszenia liczby użytkowników Ceneo niezbędnym, jak wyżej wskazano, uzyskanie szczegółowych wyjaśnień i danych od Google. W tym miejscu należy też zwrócić uwagę, że Komisja w przywoływanej wyżej Decyzji *Google Shopping* wskazała, że główna różnica w sposobie prezentacji w porównaniu z konkurencyjnymi porównywarkami produktów polegała na tym, że porównywarka produktów Google była przedstawiana przy użyciu bogatszych elementów graficznych, w tym obrazów i informacji dynamicznych. Zdaniem Komisji te bogatsze elementy graficzne doprowadziły do wyższego wskaźnika „klikalności" dla Google, a tym samym do wzrostu jego przychodów. Dokonując wskazanych wyżej ustaleń Komisja opierała się w znaczącej mierze na wyjaśnieniach Google.

Należy też zauważyć, że stosowane przez Google algorytmy selekcji nie tylko decydują o tym, które produkty są wyświetlane użytkownikom wyszukiwarki, ale także, poprzez sposób prezentacji wyników wyszukiwania, wpływają na względne znaczenie prezentowanych wyników. Uwaga internautów skupia się bowiem głównie na najbardziej widocznych wynikach na stronie z wynikami wyszukiwania, czyli na tych najlepiej pozycjonowanych[21]. To z kolei wpływa na prawdopodobieństwo zwrócenia uwagi konsumenta na dany produkt lub usługę. Im wyższa pozycja oferty w wynikach wyszukiwania, tym większa liczba osób ją zobaczy, co generuje większy ruch na danej stronie.

[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

W tym miejscu podkreślenia wymaga też, że w ocenie Prezesa Urzędu na etapie składania powództwa, jak również wniosku o zabezpieczenie roszczeń, nie jest możliwe przedstawienie bezpośrednich dowodów potwierdzających antykonkurencyjny charakter działań Google, ponieważ tego rodzaju informacjami dysponuje jedynie Google.

IV. Potencjalne skutki w przypadku stwierdzenia niezgodności z prawem kwestionowanych zachowań Google

W ocenie Prezesa Urzędu w przypadku potwierdzenia przez Sąd prawdziwości twierdzeń Ceneo (o czym Prezes Urzędu, jak wskazano wyżej, nie rozstrzyga w niniejszym poglądzie), to opisywane przez Ceneo zachowania Google mogą potencjalnie prowadzić do ograniczenia konkurencji.

[21] Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie AT.39740 – Wyszukiwarka Google (Shopping) pkt 7.2.3.1.

Potencjalne antykonkurencyjne skutki nadużywania pozycji dominującej mogą obejmować zarówno wykluczenie (zamknięcie lub utrudnienie dostępu do rynku) konkurencyjnych przedsiębiorców, jak również ich eksploatację.

W przedmiotowej sprawie opisywane działania Google mogą mieć charakter przede wszystkim wykluczający, tj. dotyczyć mogą takiego zachowania dominanta, które wpływa na strukturę rynku i które poprzez wykorzystanie metod różniących się od tych stosowanych w warunkach normalnej konkurencji tworzy przeszkodę do utrzymania lub rozwoju konkurencji. Efekt wykluczenia zachodzi, gdy efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów (usług) lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa dominującego, w związku z czym może ono podwyższać ceny w sposób opłacalny dla siebie i ze szkodą dla konsumentów[22].

[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

Podkreślenia wymaga, że o nadużywaniu pozycji dominującej można mówić, kiedy zostanie ustalone, że dana praktyka ma prawdopodobny i potencjalny – choć niekoniecznie aktualny i realny – antykonkurencyjny efekt wykluczenia na rynku. Innymi słowy, wystarczające jest wykazanie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego[23]. Podobne stanowisko przedstawione zostało przez Sąd UE w sprawie dot. odwołania od decyzji *Google Shopping.* W wydanym wyroku Sąd wskazał, że aby stwierdzić, iż Google nadużywał pozycji dominującej, Komisja powinna była wykazać, przynajmniej potencjalne, skutki zarzucanego zachowania w postaci ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji na odnośny rynkach, uwzględniając wszystkie istotne okoliczności, w szczególności w świetle argumentów przedstawionych przez Google w celu zakwestionowania tego, że jego zachowanie mogło ograniczać konkurencję. Natomiast, Komisja nie była zobowiązana do zidentyfikowania rzeczywistych skutków w postaci wykluczenia, ani też do wykazania faktycznego zaistnienia ewentualnych konsekwencji wyeliminowania lub ograniczenia konkurencji, takich jak spadek innowacyjności lub występowanie podwyżek cen nieuzasadnionych żadnym innym powodem, niż brak konkurencji. W tym względzie **jak wskazał Sąd: *„uznaje się, że osłabienie konkurencji z dużym prawdopodobieństwem może prowadzić do takich konsekwencji”*[24].**

[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

Podsumowując, w przypadku potwierdzenia twierdzeń stawianych przez Ceneo, w ocenie Prezesa Urzędu możliwe jest również uznanie za prawdopodobne tego, że działania Google

---

[22] KE, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz. Urz. UE z 2009 r., C 45/02, pkt 19.

[23] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 marca 2012 r. w sprawie C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172, pkt 44.

[24] Wyrok Sądu z dnia 10 listopada 2021 r., Google i Alphabet przeciwko Komisji (Google Shopping), sprawa T-612/17 Google LLC. pkt 443.

w negatywny sposób mogą oddziaływać na sytuację konkurentów Google i możliwości ich działania na rynku, w tym na dostęp Ceneo do rynku.

V. Ustalenie wpływu Aktu o rynkach cyfrowych na kwestionowane zachowania Google

Należy podkreślić, że obowiązki tzw. strażników dostępu (ang. gatekeepers) zdefiniowane w art. 5-7 ARC znajdują zastosowanie, w odniesieniu do usług wskazanych przez Komisję Europejską jako tzw. podstawowe usługi platformowe –po upływie sześciomiesięcznego terminu, którego bieg rozpoczyna się z dniem wydania przez Komisję Europejską tzw. decyzji desygnacyjnej.[25] W przypadku Google i usługi wyszukiwania, decyzja ta została wydana przez Komisję w dniu 5 września 2023 r.[26] Oznacza to, że wynikające z art. 5-7 ARC obowiązki muszą być spełnione przez Google począwszy od dnia 6 marca 2024 r. Wskazane powyżej fakty pozwalają uznać, że opisywane przez Ceneo zachowania mające prowadzić do naruszenia ARC (nb 76-84) mogą nie dawać jeszcze podstawy do weryfikacji ich zgodności z przepisami ARC. Tym samym tzw. strażnicy dostępu mają sześć miesięcy od wydania decyzji desygnacyjnej na dostosowanie swoich działań do ciążących na nich obowiązków z art. 5-7 ARC.[27]

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że fakt trwania okresu przejściowego na dostosowanie do przepisów ARC nie oznacza, że działania Google nie mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji i stąd nie wyklucza możliwości stwierdzenia naruszenia innych niż ARC norm.

W ocenie Prezesa Urzędu należy jednocześnie zwrócić uwagę tut. Sądu na wynikające z art. 39 ARC uprawnienia i obowiązki sądów krajowych. Zgodnie z art. 39 ust. 1 ARC, w zakresie w jakim sąd krajowy uzna to za uzasadnione, może zwrócić się do Komisji Europejskiej o przekazanie informacji lub opinii nt. kwestii dotyczących stosowania ARC. Uprawnienie to jest ograniczone do postępowań przed sądami krajowymi dotyczących stosowania ARC. W ocenie Prezesa Urzędu, pozostaje rolą tut. Sądu by ocenić czy, w świetle przytoczonych powyżej faktów, w tym przywołanych terminów ustawowych, przedmiotowe postępowanie dotyczy stosowania ARC.

VI. Możliwość naruszenia ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2023 r. poz. 845, dalej: „upnpr")

[25] Decyzja Komisji z dnia 5 września 2023 r. wyznaczająca Alphabet jako strażnika dostępu zgodnie z art. 3 ARC https://ec.europa.eu/competition/digital_markets_act/cases/202344/DMA_100004_279.pdf.

[26] Ibid.

[27] Art. 3 ust. 10 ARC: „Strażnik dostępu jest zobowiązany wypełnić obowiązki ustanowione w art. 5, 6 i 7 w terminie 6 miesięcy od dnia, w którym podstawowa usługa platformowa została wymieniona w decyzji o wskazaniu zgodnie z ust. 9 niniejszego artykułu.".

Mając na uwadze wskazane w art. 4 ust. 1 upnpr przesłanki pozwalające zakwalifikować praktykę rynkową jako nieuczciwą, należy przede wszystkim wskazać na pojęcie dobrych obyczajów. Przez pojęcie to należy rozumieć szczególną umiejętność, staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę w relacji konsument–przedsiębiorca[28].

Zdaniem Prezesa Urzędu prezentowanie przez przedsiębiorcę w ramach wyników wyszukiwania określonego przedmiotu przy zastosowaniu dodatkowego kryterium w postaci nazwy konkretnej porównywarki cenowej wyników nieuwzględniających preferencji konsumenta, może naruszać dobre obyczaje. Za dobry obyczaj w analizowanej sprawie można uznać zasadę niewykorzystywania przez przedsiębiorcę przewagi nad konsumentem wynikającej z posiadania przez niego profesjonalnej wiedzy i narzędzi, a także zasadę dobrej wiary i uczciwości w wykonaniu zobowiązania.

Drugą z przesłanek, pozwalających na uznanie praktyki rynkowej za nieuczciwą, stanowi istotne zniekształcenie lub możliwość takiego zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta. Praktyką istotnie zniekształcającą zachowanie gospodarcze konsumenta jest takie działanie, które znacząco osłabia jego zdolność do podjęcia decyzji i przez to skutkuje podjęciem takiej decyzji, jakiej w innym przypadku by nie podjął.

W sytuacji jasnego określenia przez konsumenta kryteriów wyszukiwania (tj. wskazania produktu z odwołaniem do nazwy konkretnego przedsiębiorcy lub jego serwisu) wyświetlanie przed tymi wynikami wyników odsyłających konsumenta do usług świadczonych przez Google może istotnie wpływać na decyzję konsumenta. W tej sytuacji może on bowiem zidentyfikować udostępnione wyniki jako pochodzące od podmiotu, którego nazwę wskazał w wyszukiwaniu, a w konsekwencji może zostać pozbawiony możliwości analizy wyników udostępnianych przez podmiot, który go interesował. Konsument może nie zdawać sobie sprawy z tego, że porównanie ofert, które jest mu udostępnione, nie pochodzi od przedsiębiorcy, którego nazwę wskazał w procesie wyszukiwania przedmiotu.

Jak wynika z danych zgromadzonych w raporcie „Customer Journey 2023: Poszukiwanie i zakup produktów online”[29], przeprowadzonym w celu badania ścieżek zakupowych konsumentów w Polsce, wyszukiwarka Google stanowi narzędzie często wykorzystywane przez konsumentów w procesie zakupów online. Z danych wynika, że 38% badanych konsumentów poszukujących i kupujących produkty w Internecie rozpoczyna swoje zakupy od marketplace’ów (platform zakupowych). Nieco mniejszy odsetek w pierwszej kolejności korzysta z wyszukiwarki Google (26%) i tam szuka

[28] M. Sieradzka, Prawnokarne aspekty stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, dostępne https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/118742/PDF/04_Sieradzka_M_Prawnokarne_aspekty_stosowania_nieuczciwych_praktyk_rynkowych.pdf.

[29] Raport „Customer Journey 2023: Poszukiwanie i zakup produktów online” — Minds & Roses (mindsandroses.com), dostępny pod adresem https://www.mindsandroses.com/blog/raport-customer-journey-2023-poszukiwanie-i-zakup-produktw-online, dostęp na dzień 21.12.2023 r.

szczegółów dotyczących interesujących produktów. Natomiast jedynie 6% badanych w pierwszym kroku zakupowym korzysta z porównywarek cenowych[30]. Ze zgromadzonych danych wynika również, że prawie połowa badanych (47%) wykorzystała wyszukiwarkę Google na dowolnym etapie wyszukiwania informacji o produktach podczas swojej ścieżki zakupowej[31]. W związku z tym istotne jest aby wyszukiwarka działała w prawidłowy i niebudzący wątpliwości sposób, zapewniając korzystającym z niej konsumentom wyniki wyszukiwania, które nie będą wpływały na ich zdolność do podjęcia świadomej decyzji zakupowej.

Przepisy upnpr nakazują ocenę zachowania przedsiębiorcy w odniesieniu do przeciętnego konsumenta. Zgodnie z art. 2 pkt 8 upnpr przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tej powinno dokonywać się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów. Przez szczególną grupę konsumentów rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna czy umysłowa. Wzorzec przeciętnego konsumenta nie jest stały, zmienia się w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. To w odniesieniu do przeciętnego konsumenta dokonywana jest ocena „nieuczciwości" praktyki rynkowej stosowanej przez przedsiębiorcę. Przeciętnego konsumenta należy rozumieć jako przeciętnie rozważnego i zorientowanego, mającego prawo do rzetelnej informacji, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia danego produktu, przekazywanej w sposób niewprowadzający w błąd. Wskazanie na cechy takie jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność określa pewien zespół cech konsumenta (jego „przeciętność") polegającą na tym, że z jednej strony można wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, lecz z drugiej strony nie można wymagać, aby jego wiedza była kompletna i profesjonalna.

Konsumenci korzystający z wyszukiwarki Google to osoby posiadające umiejętności korzystania z komputera lub innego urządzenia mobilnego, przeglądarki internetowej, Internetu. Pomimo dysponowania pewnym zakresem umiejętności w ww. zakresie, konsumenci mogą nie posiadać specjalistycznej wiedzy co do specyfiki działania wyszukiwarki internetowej, w tym w szczególności działania algorytmów i dostępnych funkcjonalności (np. śledzenie, personalizacja ustawień itp.).

Zauważyć również należy, że konsumenci działają w pośpiechu, a z wyszukiwarki korzystają dla zaoszczędzenia czasu. Mają również ograniczoną percepcję w zakresie udostępnianych im wyników wyszukiwania. Jak wynika z badań opracowanych dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

[30] ‚Raport „Customer Journey 2023: Poszukiwanie i zakup produktów online" — Minds & Roses (mindsandroses.com), s. 6.
[31] Raport „Customer Journey 2023: Poszukiwanie i zakup produktów online" — Minds & Roses (mindsandroses.com), s. 12.

przez Kantar[32] z udostępnianej listy ofert dwie trzecie osób kupujących w Internecie jest w stanie przejrzeć od kilku takich ofert (28%), po taką liczbę ile zmieści się na jednej stronie (19%) czy nawet na 2-3 stronach (17%). 9% badanych deklaruje, że jest w stanie przejrzeć wszystkie oferty zanim zdecyduje się na tę, którą finalnie zakupi[33]. Konsumenci zainteresowani zakupem określonego przedmiotu nie są w stanie poświęcić dodatkowego czasu w procesie zakupu na weryfikację mechanizmów stosowanych przez przedsiębiorcę udostępniającego im wyszukiwarkę i ocenę ich rzetelności.

Konsumenci znajdują się w położeniu nierównowagi względem przedsiębiorcy, którą można określić jako „cyfrową asymetrię". Polega ona na tym, że to po stronie przedsiębiorcy znajdują się narzędzia i wiedza dotyczące stosowanej architektury cyfrowej, która rodzi przewagę niemożliwą do usunięcia jedynie przez spełnienie obowiązków informacyjnych. Konsument nie ma bowiem możliwości weryfikacji, czy przedsiębiorca mówi prawdę, a budowa serwisu i sposób jego działania odzwierciedla przekazywane informacje. Przeciętny konsument działa w zaufaniu do przedsiębiorcy i ma on prawo oczekiwać, że udostępniane przez niego funkcjonalności będą realizować zakładane cele i nie będą wprowadzać w błąd.

Tym samym zachowania przedsiębiorcy określone w przedstawionym stanie faktycznym mogą podlegać analizie pod kątem możliwości spełnienia przesłanek nieuczciwych praktyk rynkowych, o których mowa w art. 4 ust. 1 i 2 upnpr oraz art. 5 ust. 2 pkt 2 upnpr.

VII. Podsumowanie

Należy podkreślić, iż przedstawione stanowisko Prezesa Urzędu dotyczy jedynie zagadnień prawnych związanych ze stosowaniem przepisów z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Tym samym, Prezes Urzędu formułując swój pogląd skupia się jedynie na kwestiach merytorycznie wynikających z wykładni prawa, w zakresie, w jakim realizuje on publicznoprawne egzekwowanie przepisów prawa konkurencji.

Powyższe stanowisko nie ma na celu rozstrzygnięcia kwestii związanych z ustaleniem stanu faktycznego czy dokonaniem kwalifikacji prawnej zarzucanych czynów nieuczciwej konkurencji.

Niniejsza opinia powinna być traktowana jako przekazanie poglądu organu w zakresie możliwej kwalifikacji określonych zachowań, gdyby znalazły one potwierdzenie, w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo antymonopolowe i konsumenckie. W szczególności zachowania Google, jeśli zostaną potwierdzone, mogą prowadzić do zakłócenia konkurencji poprzez przyznanie przewagi

[32] Raport „Opinie konsumentów na temat platform internetowych i zakupów na platformach internetowych", dostępny pod adresem https://uokik.gov.pl/badania_spoleczne.php, dostęp na dzień 21.12.2023 r.
[33] Raport „Opinie konsumentów na temat platform internetowych i zakupów na platformach internetowych", s. 49.

konkurencyjnej tej spółce nie zapewniając jednocześnie równości szans konkurencyjnym wobec niej podmiotom, w tym Ceneo lub utrudnienia Ceneo dostępu do rynku.

Udział Prezesa Urzędu w postępowaniu ma służyć zapewnieniu jednolitości orzecznictwa sądowego i administracyjnego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów, a także usprawnieniu prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji.

Załączniki:

1. Kopia wniosku Uprawnionego z 24 listopada 2023 r.;
2. 2 odpisy niniejszego poglądu w sprawie wraz z załącznikami.