

Maciej Janik*

Decyzja *Autorité de la Concurrence* dotycząca naruszenia praw pokrewnych wydawców prasy przez Google

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Kontekst prawny i stan faktyczny
 1. Prawo pokrewne wydawców publikacji prasowych w prawie UE
 2. Implementacja prawa pokrewnego wydawców publikacji prasowych we Francji
- III. Stan faktyczny analizowany przez *Autorité*
 1. Zakres eksploatacji publikacji prasowych przez Google
 2. Zmiana polityki Google w zakresie wyświetlania materiałów prasowych
- IV. Analiza prawnokonkurencyjna w rozstrzygnięciach *Autorité de la Concurrence* i SA w Paryżu
 1. Rynek właściwy i pozycja rynkowa Google
 - 1.1. Ustalenia *Autorité*
 - 1.2. Ustalenia Sądu Apelacyjnego w Paryżu
 2. Uprawdopodobnione naruszenia prawa konkurencji
 - 2.1. Narzucanie nieuczciwych warunków umownych przez Google
 - 2.1.1. Ustalenia *Autorité*
 - 2.1.2. Ustalenia Sądu Apelacyjnego w Paryżu
 - 2.2. Dyskryminacja wydawców przez Google
 - 2.3. Obejście prawa przez Google
 - 2.4. Brak obiektywnego uzasadnienia
 3. Środki zaradcze zastosowane wobec Google
- V. Komentarz

Streszczenie

Artykuł omawia decyzję zabezpieczającą wydaną przez francuski organ ochrony konkurencji w kwietniu 2020 r. w związku z odmową podjęcia przez Google negocjacji z francuskimi wydawcami prasy w zakresie określenia wysokości wynagrodzenia za eksploatację publikacji chronionych prawem pokrewnym wydawców prasy. Francja była pierwszym krajem UE, który w 2019 r. implementował dyrektywę w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym, wdrażając wspomniane uprawnienie do porządku krajowego. Prawo to wiąże się z wyłączną możliwością kontrolowania eksploatacji w formie zwielokrotniania i udostępniania publikacji prasowych w formacie cyfrowym. Google, by uniknąć konieczności płacenia uprawnionym jakiegokolwiek rekompensaty za zgodę na wykorzystanie publikacji, postanowił przestać zamieszczać

* Adwokat; doktorant Szkoły Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Łódzkiego; e-mail: maciej.janik@edu.uni.lodz.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4034-5367>.

chronione treści w swoich serwisach, dopóki nie uzyska od wydawców bezpłatnej licencji w tym zakresie. Organ nałożył na Google obowiązek podjęcia negocjacji. Omawiana decyzja pokazuje, w jaki sposób prawo konkurencji może stać się instrumentem o charakterze redystrybucyjnym na rzecz realizacji celów społecznie użytecznych, do jakich zalicza się ochrona prasy przed zagrożeniami ze strony gospodarki cyfrowej

Słowa kluczowe: platforma internetowa; rynki dwustronne; prawo pokrewne wydawców prasy; wyszukiwarki internetowe; nadużycie pozycji dominującej; narzucanie nieuczciwych warunków umownych; dyskryminacja pozacenowa; obejście prawa; neutralność wyszukiwania.

JEL: K20, K21, K24, K42

I. Wprowadzenie

W ramach decyzji zabezpieczającej z 9 kwietnia 2020 r.¹ *Autorité de la Concurrence* nałożyła na Google² szereg zobowiązań³, które miały stanowić odpowiedź na żądania sformułowane we wnioskach podmiotów reprezentujących sektor prasowy we Francji⁴. Wnioskodawcom udało się przekonać francuski organ ochrony konkurencji (dalej: *Autorité*), że noszące znamiona szantażu działania amerykańskiego koncernu internetowego wobec francuskich podmiotów prasowych wymagały podjęcia niezwłocznej interwencji na rynku postawionym w obliczu poważnego i trudnego do usunięcia zagrożenia dla konkurencji. Google, zamiast podjąć się negocjacji w sprawie uzyskania płatnej licencji od podmiotów prasowych⁵ na wykorzystanie ich materiałów w swoich serwisach zgodnie z wymogami ustawy implementującej nowe unijne regulacje prawnoautorskie, postawił swych kontrahentów przed trudnym dylematem. Wydawcy mogli albo udzielić koncernowi zgody na bezpłatną eksploatację fragmentów artykułów, zdjęć, grafik lub nagrań wideo⁶, albo całkowicie zrezygnować z ich wyświetlania w serwisach Google. Z uwagi na bezkonkurencyjną pozycję Google na rynku ogólnych usług wyszukiwania w Internecie oraz znaczenia, jakie usługi te odgrywają dla przyciągnięcia internautów do stron wydawców i uzyskania przychodów z wyświetlanych przy każdej odsłonie reklam, wybór ten dla wydawców, zmagających się od wielu lat z kryzysem ekonomicznym (zwłaszcza jeśli chodzi o nakłady wydań papierowych), okazał się w praktyce iluzoryczny.

Choć nie była to pierwsza decyzja *Autorité*, której adresatem był Google⁷, stanowi ona dowód szczególnej odwagi urzędu w stawianiu czoła bezprecedensowym wyzwaniom gospodarki cyfro-

¹ Dec. 20-MC-01 z dnia 9 kwietnia 2020 r. dotycząca wniosków o zastosowanie środków tymczasowych skierowanych przez *Syndicat des Éditeurs de la Presse Magazine*, *Alliance de la Presse d'Information Générale* i innych oraz *Agence France-Presse* (dalej: Decyzja 20-MC-01).

² W rzeczywistości adresatami były trzy podmioty należące do grupy kapitałowej Alphabet Inc.: Google LLC, Google Ireland Ltd. oraz Google France SARL.

³ Dec. 21-D-17 z 13 lipca 2021 r. *Autorité* nałożyła na Google karę w wysokości 500 milionów euro za niezastosowanie się do zobowiązań z kwietnia 2020 r. Decyzja ta nie została uwzględniona w artykule, gdyż została wydana dopiero po upływie terminu na składanie tekstów do redakcji (przyp. aut.).

⁴ Były nimi: *Syndicat des Éditeurs de la Presse Magazine* (dalej: „SEPM”), *Alliance de la Presse d'Information Générale*, *Syndicat de la Presse Quotidienne Nationale*, *Syndicat de la Presse Quotidienne Régionale*, *Syndicat de la Presse Quotidienne Départementale* oraz *Syndicat de la Presse Hebdomadaire Régionale* (dalej łącznie: APIG), które reprezentują interesy wydawców znacznej liczby gazet i magazynów we Francji, a także *Agence France-Presse* (dalej: AFP).

⁵ Zgodnie z przepisami beneficjentami nowych praw mieli być wydawcy tytułów prasowych oraz agencje prasowe (dalej: podmioty prasowe lub wydawcy prasy/prasowi).

⁶ Tzw. *snippetów* pozwalających użytkownikom serwisów Google na wstępne zapoznanie się z zawartością internetowych publikacji prasowych bez klikania w link.

⁷ Por. dec. 19-MC-01 z dnia 3 stycznia 2019 r. dotycząca wniosku o zastosowanie środków tymczasowych skierowanego przez Amadeus.

wej (Colomo, 2020). Bezprecedensowy jest choćby sam kontekst prawny rozstrzygnięcia, które wykorzystuje przepisy prawa konkurencji jako środka dla zapewnienia prawidłowego stosowania przepisów mających na celu ułatwienie osiągnięcia zwrotu z inwestycji na rzecz tworzenia publikacji prasowych, których eksploatacja w środowisku internetowym daje się kontrolować jedynie z wielkim trudem.

Tym samym prawo antymonopolowe jawi się tu jako swego rodzaju narzędzie redystrybucyjne mające pomóc wyrównać szanse wydawców w kontaktach z dostawcami usług internetowych, którzy czerpią korzyści finansowe z eksploatacji materiałów prasowych bez uiszczania rekompensaty na rzecz uprawnionych z praw własności intelektualnej. Za takim postrzeganiem roli prawa antymonopolowego opowiedział się paryski sąd apelacyjny (*Cour d'appel de Paris*; dalej: SA w Paryżu), który w wyroku z 8 października 2020 r. podtrzymał decyzję *Autorité*⁸, która nałożyła na Google m.in. właśnie obowiązek podjęcia z wydawcami prasy negocjacji warunków, na jakich mają być udzielane licencje za wykorzystanie treści prasowych w serwisach cyfrowych przedsiębiorcy.

II. Kontekst prawny i stan faktyczny

1. Prawo pokrewne wydawców publikacji prasowych w prawie UE

Francja na mocy ustawy nr 2019-775⁹ dokonała bardzo wczesnej implementacji art. 15 dyrektywy 2019/790¹⁰ do francuskiego porządku prawnego¹¹. Przepis ten zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia prawa pokrewnego¹² na rzecz podmiotów prasowych mających siedzibę w państwach członkowskich UE, polegającego na zapewnieniu wyłącznego prawa do zezwalania lub zabrania bezpośredniego lub pośredniego, tymczasowego lub stałego zwielokrotniania publikacji prasowych oraz wyłącznego prawa do zezwalania lub zabrania na jakiegokolwiek podawanie do publicznej wiadomości publikacji prasowych w zakresie sposobów korzystania on-line przez dostawców usług cyfrowych¹³.

Prawa te nie mogą ograniczać prywatnego i niekomercyjnego korzystania z publikacji prasowych przez użytkowników indywidualnych. Nie mogą również powstrzymać linkowania do materiałów prasowych¹⁴. Ponadto ochronie nie mogą podlegać publikacje prasowe sprowadzające się do pojedynczych słów lub bardzo krótkich fragmentów publikacji prasowej¹⁵. Jednakże biorąc pod uwagę ogromne agregację i wykorzystywanie publikacji prasowych przez dostawców usług cyfrowych, zdaniem prawodawcy unijnego ważne jest, aby wyłączenie dotyczące bardzo krótkich fragmentów zostało zinterpretowane w sposób niewpływający na skuteczność praw przewidzianych w dyrektywie 2019/790¹⁶.

⁸ Wyr. SA w Paryżu z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt RG 20/08071 (dalej: wyr. 20-MC-01).

⁹ *Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse* (Ustawa nr 2019-775 z dnia 24 lipca 2019 r. zmierzająca do wprowadzenia prawa pokrewnego na rzecz agencji prasowych oraz wydawców prasowych; dalej: usta-wa 2019-775).

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (dalej: dyrektywa 2019/790).

¹¹ Art. 29 ust. 1 Dyrektywy 2019/790 nakłada na państwa członkowskiego obowiązek jej transpozycji do dnia 7 czerwca 2021 r.

¹² Prawa pokrewne to zbiorcze określenie niejednolitej kategorii praw wyłącznych do przejawów niematerialnej aktywności człowieka niestanowiących utworu, jednak związanych z jego eksploatacją. Są one więc podobne do praw autorskich, lecz zasadnicza różnica polega na tym, że prawa pokrewne przysługują osobom, którym nie można przypisać autorstwa utworu (Sewerynik, 2019).

¹³ Dyrektywa 2019/790, art. 15 ust. 1.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, motyw 58.

Zgodnie z art. 2 pkt 4) dyrektywy 2019/790 „publikacją prasową” jest zbiór złożony głównie z utworów literackich o charakterze dziennikarskim, mogący jednakże obejmować także inne utwory lub inne przedmioty objęte ochroną. Na powyższe prawo pokrewne nie można się powołać, jeżeli utwór lub inne dobro chronione (np. innymi prawami ochronnymi) zostały włączone do publikacji prasowej na podstawie licencji niewyłącznej¹⁷. Wynagrodzeniem uzyskanym z tytułu wykonywania nowego prawa pokrewnego, wydawcy prasy muszą się podzielić z twórcami utworów włączonych do publikacji prasowych¹⁸.

Prawo pokrewne wydawców prasy wygasa po dwóch latach od dnia opublikowania danej publikacji prasowej. Termin ten liczy się od dnia 1 stycznia roku następującego po dniu, w którym ta publikacja prasowa została opublikowana. Prawo to obejmuje publikacje prasowe opublikowane po raz pierwszy po 6 czerwca 2019 roku¹⁹.

Intencją, jaka przyświecała prawodawcy unijnemu w związku z wprowadzeniem ww. uprawnień dla wydawców prasy było zapewnienie odpowiedniego wynagrodzenia za organizacyjny i finansowy wkład, jaki wnoszą w tworzenie publikacji prasowych. Jest to bezpośrednia reakcja na kryzys ekonomiczny trawiący europejski rynek prasy od wielu lat i próba stworzenia zachęty ekonomicznej dla podmiotów, aby wzmocnić stabilność branży wydawniczej, a tym samym zwiększyć dostępność rzetelnych informacji²⁰. Zgodnie z danymi przytoczonymi przez *Autorité* wydawcy prasy we Francji w okresie 2007–2017 stracili ponad jedną trzecią swoich obrotów (w sumie ok. 4 miliardy euro, z czego największy spadek na poziomie ok. 2,7 miliardów euro dotyczył przychodów z reklamy), a całkowity roczny nakład tytułów prasowych zmniejszył się o 55% (czyli każdego roku o ok. 7,8%)²¹.

Swą interwencję prawodawca unijny uzasadnia koniecznością ochrony wolnej i pluralistycznej prasy ze względu na znaczenie, jakie odgrywa w prawidłowym funkcjonowaniu demokratycznego społeczeństwa. Jest ona niezbędna do zapewnienia wysokiej jakości dziennikarstwa i dostępu obywateli do informacji, czym gwarantuje odpowiedni kształt debaty publicznej. Szeroki dostęp do publikacji prasowych w Internecie jest zapewniany za pośrednictwem nowych usług on-line, takich jak agregatory wiadomości lub usługi monitorowania mediów, dla których eksploatacja publikacji stanowi ważny element ich modelu biznesowego i źródła przychodów. Jednocześnie wydawcy prasowi mają trudności z udzielaniem licencji na internetowe korzystanie z ich publikacji dostawcom tych usług, co utrudnia im osiągnięcie zwrotu z inwestycji²². We Francji wydawcy przysługują autorskie prawa majątkowe do całej publikacji jako utworu zbiorowego, a do poszczególnych części mających samodzielne znaczenie (czyli np. pojedynczych artykułów prasowych) prawa przysługują ich twórcom²³. Natomiast obecnie walka o uwagę internautów toczy się w oparciu o publikacje prasowe, a nie całe tytuły prasowe²⁴. W przypadku gdy wydawców publikacji prasowych nie uznaje się za podmioty uprawnione do poszczególnych publikacji prasowych, udzielanie

¹⁷ *Ibidem*, art. 15 ust. 2.

¹⁸ *Ibidem*, art. 15 ust. 5.

¹⁹ *Ibidem*, art. 15 ust. 4.

²⁰ *Ibidem*, motyw 55.

²¹ Dec. 20-MC-01, pkt 15, 16.

²² Dyrektywa 2019/790, motyw 54.

²³ Podobnie jest w Polsce – por. art. 11 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

²⁴ Dec. 20-MC-01, pkt 79.

licencji i egzekwowanie praw dotyczących korzystania publikacji przez dostawców usług cyfrowych w Internecie jest często skomplikowane i nieefektywne²⁵.

2. Implementacja prawa pokrewnego wydawców publikacji prasowych we Francji

Jak wspomniano, ustawodawca francuski dokonał implementacji art. 15 dyrektywy 2019/790 niemal dwa lata przed upływem wskazanego w niej terminu transpozycji. Ustawa 2019-775 wprowadziła szereg zmian do francuskiego kodeksu własności intelektualnej, których wejście w życie zostało przewidziane w ciągu 3 miesięcy od uchwalenia nowych zasad²⁶. Tempo prac legislacyjnych podyktowane było koniecznością pilnej reakcji na kryzysową sytuację, w której zdaniem prawodawcy znalazł się francuski sektor prasowy. W sprawozdaniach z prac parlamentarnych podnoszona jest kwestia stale topniejących zasobów wydawców i agencji prasowych, podczas gdy – jak zresztą wprost podkreśla uzasadnienie projektu ustawy 2019-775 – „wyszukiwarki internetowe zwielokrotniają i rozpowszechniają miliony nielicencjonowanych tekstów, fotografii i nagrań wideo na swoich stronach internetowych, tak jak gdyby nikomu nie przysługiwały do nich prawa, co powoduje znaczne straty ekonomiczne po stronie agencji prasowych i ich autorów. Te wyszukiwarki stały się prawdziwymi bazami informacji i danych, eksploatując treści, których ani nie stworzyły, ani nie sfinansowały i za które nie płacą odpowiedniego wynagrodzenia”²⁷. Internauci po zapoznaniu się z wyświetlanym przez wyszukiwarki podglądem informacji prasowych często nie czują potrzeby, by kliknąć na link prowadzący do strony tytułu prasowego i wygenerować dla niego przychód z reklamy lub subskrypcji. Tym samym celem nowego prawa pokrewnego wydawców prasowych jest wyrównanie dotychczasowego rozkładu sił pomiędzy dostawcami usług cyfrowych a podmiotami prasowymi tak, by te ostatnie mogły w większym stopniu korzystać z udziału w wartości generowanej przez ich publikacje²⁸.

Najistotniejszym przepisem z punktu widzenia omawianej decyzji 20-MC-01 jest wprowadzony ustawą 2019-775 art. L.218-4 KWI, który określa parametry brane pod uwagę przy ustalaniu wynagrodzenia należnego wydawcom z tytułu eksploatacji materiałów prasowych. Stanowi on, że kwota ta powinna bazować na przychodach, bezpośrednich i pośrednich, osiągniętych na wykorzystywaniu publikacji prasowych, a jeśli to niemożliwe w niektórych przypadkach oprzeć się na ryczałcie. Wysokość wynagrodzenia powinna uwzględniać czynniki, takie jak ponoszone przez wydawców lub agencje prasowe inwestycje w zasoby ludzkie, materialne i finansowe, wkład publikacji prasowych w kształtowanie informacji o aktualnościach politycznych i sprawach bieżących, a także zakres wykorzystania tych publikacji przez dostawców usług cyfrowych. Ponadto dostawcy ci powinni udostępniać wydawcom dane dotyczące eksploatacji publikacji prasowych przez użytkowników usług cyfrowych, jak również wszelkie inne informacje niezbędne dla przejrzystej oceny wysokości ww. wynagrodzenia i jego dalszego podziału pomiędzy uprawnionych. Zdaniem ustawodawcy francuskiego przepis ten stwarza ramy dla prowadzenia przez wydawców wyrównanych i transparentnych negocjacji w zakresie

²⁵ Dyrektywa 2019/790, motyw 54.

²⁶ Wprowadzony po raz pierwszy do krajowego porządku prawnego za pośrednictwem *loi no 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle* (ustawą nr 92-597 z 1 lipca 1992 r. dotyczącą kodeksu własności intelektualnej); dalej: KWI.

²⁷ Dec. 20-MC-01, pkt 79.

²⁸ *Ibidem*, pkt 77.

należnego im od dostawców usług cyfrowych wynagrodzenia z tytułu eksploatacji materiałów cyfrowych²⁹.

III. Stan faktyczny analizowany przez *Autorité*

1. Zakres eksploatacji publikacji prasowych przez Google

W dużym uproszczeniu model biznesowy Google opiera się z jednej strony na oferowaniu użytkownikom końcowym formalnie bezpłatnych usług w zamian za ich dane osobowe, a z drugiej zaś dla swych kontrahentów biznesowych usług reklamy internetowej, z których czerpie największe przychody. Aby zmaksymalizować uwagę i czas poświęcone przez internautów, koncern udostępnia wiele serwisów wyświetlających treści prasowe – chodzi tu zwłaszcza o wyszukiwarkę (*Google Search*), agregator wiadomości *Google News*, a także aplikację na urządzenia mobilne *Google Discover*.

Materiały prasowe mogą pojawić się w wyszukiwarce wśród standardowych wyników wyszukiwania. Oprócz tytułu, adresu internetowego oraz fragmentu tekstu ze strony (tzw. *snippet*) dla przyciągnięcia uwagi wyświetlane są miniatury zdjęć lub grafik występujących bezpośrednio na stronie³⁰. *Google Search* posiada również funkcjonalności dedykowane do wyszukiwania i przeglądania aktualności prasowych – pasek „Najważniejsze wiadomości” (*Top Stories*) w głównej zakładce wyszukiwarki oraz odrębna zakładka „Wiadomości”. Pasek zawiera selekcję kilku artykułów, które znaleźć można w zakładce „Wiadomości”, dla których wyświetlony zostaje tytuł, data publikacji, nazwa wydawcy źródłowego tytułu prasowego oraz bardzo często przyciągający wzrok element graficzny. Zakładka „Wiadomości”, widniejąca u góry głównej strony wyszukiwarki *Google Search* prezentującej wyniki wyszukiwania, stanowi wyciąg tych wyników danego wyszukiwania, które zawierają linki do materiałów prasowych. Ich prezentacja jest podobna do znanego już z paska „Najważniejszych Wiadomości”, ale dodatkowo pod każdym artykułem pojawia się jego krótki fragment. Serwis mobilny *Google Discover* automatyzuje działanie *Google Search* poprzez wyszukiwanie i wyświetlanie treści, które mogą zainteresować użytkownika w spersonalizowanym kanale opartym na zainteresowaniach zgłoszonych przez użytkownika. Wyświetlanie materiałów prasowych opiera się na podobnej zasadzie, jak w wyszukiwarce Google, na której *Google Discover* bazuje.

Materiały prasowe, jak wszystkie treści dostępne w wyszukiwarce, pozwalają powyższym serwisom osiągać bezpośrednio przychody. Google udostępnia przedsiębiorcom w ramach serwisów wirtualną powierzchnię reklamową, na której pojawiają się reklamy skierowane do użytkowników serwisów Google odpowiednio spersonalizowane w oparciu o zebrane od nich dane osobowe. Treści prasowe, takie jak *snippets*, ułatwiają zdobycie i zatrzymanie uwagi internautów, co zwiększa ilość czasu spędzoną przez nich na stronie, a tym samym również zwiększa dla nich szansę kliknięcia na linki reklamowe. Przychody pośrednie Google osiąga natomiast w oparciu o usługi pośrednictwa reklamowego kierowane m.in. właśnie do wydawców prasowych, by umożliwić im monetyzację odwiedzin ich stron internetowych przez użytkowników.

²⁹ Ibidem, pkt 80 i 87.

³⁰ Google przez pojęcie *snippet* rozumie tylko fragment tekstu publikacji prasowej pojawiającej się pod wynikami w wyszukiwarce. Dlatego w dalszej części artykułu, podobnie jak *Autorité*, posługiwał się będę szerszym pojęciem „treści prasowych” lub „materiałów prasowych”, które obejmują zarówno chronione treści w formie tekstu, zdjęć, grafiki lub nagrań wideo.

Google News jest natomiast oddzielnym od *Google Search* serwisem zbierającym w jednym miejscu („agregującym”) najważniejsze materiały prasowe z różnych publikacji, pogrupowane według kategorii, np. tematycznych, językowych, regionalnych. Użytkownicy mogą też wyszukiwać treści na podstawie słów kluczowych. Sposób prezentacji treści prasowych jest tu inny niż w *Google Search* – wyświetlony zostaje tytuł, data publikacji, nazwa wydawcy źródłowego tytułu prasowego oraz czasami element graficzny. Nie towarzyszy im natomiast tekstowy *snippet*. Jednocześnie strona *Google News* nie wyświetla reklam. Oprócz serwisu internetowego *Google News* dostępne jest w formie aplikacji mobilnych, których treści w odróżnieniu od wymienionych wcześniej serwisów udostępniane są na bazie odrębnych umów licencyjnych z wydawcami prasy.

W przypadku wspomnianych serwisów internetowych udostępnianie i indeksowanie treści prasowych odbywa się w oparciu o zautomatyzowaną pracę robotów (tzw. crawlerów), specjalistycznych programów służących do automatycznego odnajdywania i analizowania witryn internetowych przez podążanie za linkami od strony do strony, którym wydawcy prasowi mogą wydawać instrukcje, np. za pomocą mechanizmów Robots Exclusion Protocol (REP)³¹. Udostępnienie treści opiera się głównie na modelu *opt-out*, gdyż dopiero zastosowanie ww. mechanizmów umożliwiło wyłączenie indeksacji stron. Google udostępnia również specjalne narzędzia pozwalające wydawcom kontrolować wyświetlanie treści w swoich serwisach np. *Publisher Center* do zarządzania *Google News*.

Współpraca Google z wydawcami dotyczyła również działalności reklamowej tych ostatnich, którzy w środowisku internetowym działają zarówno w roli dostawców powierzchni reklamowej, jak i reklamodawców. W tym pierwszym aspekcie Google świadczy usługi pośrednictwa reklamowego (np. poprzez *Google Ad Exchange*), pomagając wydawcom w zamian za prowizję sprzedawać powierzchnię reklamową zainteresowanym przedsiębiorcom (w systemie aukcyjnym bądź w oparciu o bezpośrednie umowy). Natomiast działając jako reklamodawcy, wydawcy mogą we współpracy z *Google Ads* np. promować swoje strony internetowe w formie sponsorowanych linków przypisanych do zakupywanych słów kluczowych. Ponadto Google oferuje szeroki wachlarz płatnych usług choćby do analizy ruchu na stronie internetowej³².

2. Zmiana polityki Google w zakresie wyświetlania materiałów prasowych

Mając na względzie wejście w życie ustawy 2019-775, 25 września 2019 r. Google poinformował wydawców o zmianie swojej polityki dotyczącej wyświetlania ich treści w swoich serwisach. Tego dnia na blogu Google pojawił się komunikat, w którym koncern przedstawił swój zamiar, by wraz z obowiązywaniem nowego prawa zaprzestać wyświetlania zapowiedzi materiałów prasowych, o ile nie otrzyma od wydawców wyraźnej autoryzacji na ich dalszą eksploatację w serwisach przedsiębiorcy, w tym w formie wyników wyszukiwania w *Google Search*. W tym celu Google wprowadził nowe znaczniki (tagi)³³, których umieszczenie w kodzie źródłowym umożliwiło

³¹ Na przykład poprzez wpisanie odpowiednich poleceń w kodzie źródłowym swoich stron tzw. znaczniki meta lub umieszczenie odpowiedniego pliku w katalogu głównym serwera strony.

³² Dec. 20-MC-01, pkt 59.

³³ Były nimi znaczniki: „max-snippet” dotyczący autoryzacji na wykorzystanie fragmentów tekstów materiałów prasowych przez serwisy Google (wydawca mógł odmówić zgody w ogóle, określić dopuszczalną ilość znaków fragmentu, bądź zgodzić się na wykorzystanie tekstów bez żadnych ograniczeń co do ilości znaków); „max-image preview” dotyczący autoryzacji na wykorzystanie przez serwisy Google zdjęć lub elementów graficznych jako miniatur towarzyszących np. wynikom (zgoda mogła obejmować wykorzystania zdjęć w standardowej lub szerokiej, nawet najlepszej jakości); „max-video-preview” dotyczący autoryzacji na wykorzystanie przez serwisy Google nagrań wideo (przy czym przy wyrażeniu zgody możliwe było określenie maksymalnego czasu trwania takiego nagrania). Por. dec. 20-MC-01, pkt 93.

robotom wykorzystanie treści prasowych i w praktyce było równoznaczne z udzieleniem licencji na rzecz koncernu³⁴. I to licencji bezpłatnej, gdyż przedsiębiorca wyraźnie zakomunikował, że nie zamierza płacić wydawcom wynagrodzenia za eksploatację ich treści. Powodem miał być charakter świadczonych usług – działanie wyszukiwarki bazuje bowiem na jakości i znaczeniu wyszukanej zawartości, a nie na zobowiązaniach umownych, które mogłyby podważyć zaufanie użytkowników do serwisu³⁵.

Wydawcy³⁶ otrzymali więc czas do końca października 2019 r., by podjąć decyzję w sprawie utrzymania dostępu Google do ich materiałów prasowych i wprowadzić odpowiednie rozwiązania techniczne, by to umożliwić. Zdecydowana większość z nich udzieliła zgody na wykorzystywanie przez koncern materiałów prasowych bez rekompensaty³⁷. Jednocześnie wydawcy ci wysyłali do Google pisma, w których informowali koncern, że zgoda, którą wyrazili, będąca następstwem jednostronnej decyzji przedsiębiorcy o zmianie swojej polityki wyświetlania treści, nie może być traktowana jako zrzeczenie się przyznanego im na mocy ustawy 2019-775 prawa do wynagrodzenia za eksploatację chronionych treści prasowych. Google do chwili wydania decyzji nie podjęła się negocjacji warunków finansowych z żadnym z wydawców³⁸.

Ci z wydawców, którzy nie zastosowali się do reguł wynikających ze zmienionej polityki Google, odnotowali odczuwalne spadki ruchu na swoich stronach internetowych, które w niektórych przypadkach sięgały 50% (w odniesieniu do odwiedzin będących wynikiem przekierowania przez wyszukiwarki)³⁹. Jednocześnie postępowanie przeprowadzone przez *Autorité* wskazało na istnienie związku przyczynowo-skutkowego między dostępnością chronionych treści prasowych w serwisach Google a współczynnikiem klikalności (*click-through rate*) stron wydawców oraz ich pozycjonowaniu przez algorytm Google. Gorsze wyniki pozycjonowania zresztą również obniżają klikalność stron, co potęguje negatywny efekt usunięcia chronionych materiałów z serwisów koncernu⁴⁰. Choć odmowa indeksowania i eksploatacji chronionych treści prasowych nie sprawia, że linki do stron znikają np. z wyników danego wyszukiwania, z uwagi na mniejszą atrakcyjność (brak elementów przykuwających uwagę) i gorszą pozycję w rankingu ich szansa na zachęcenie internautów do kliknięć i wejść na odnośne strony jest mniejsza. To z kolei powoduje utratę relewantności i dalszy spadek w pozycjonowaniu przez algorytm⁴¹. Przekłada się to na duże prawdopodobieństwo zmniejszenia obrotów wydawców, którzy nie przystali na udzielenie Google dostępu do ich chronionych treści na zmienionych zasadach. Brak odwiedzin użytkowników oznacza brak przychodów

³⁴ Żaden z nowych znaczników nie dotyczył udzielenia autoryzacji na wykorzystanie nagłówków materiałów prasowych. Wynikało to z faktu, że Google uznał nagłówki za objęte wyłączeniem dla bardzo krótkich fragmentów tekstu. W przypadku niektórych nieraz bardzo rozbudowanych nagłówków może to budzić uzasadnione wątpliwości w świetle brzmienia implementującego wyłączenie art. L. 211-3-1 KWI, który odnosi się do „pojedynczych słów lub bardzo krótkich fragmentów”, co uzasadnia podejście *a casu ad casum*. Por. dec. 20-MC-01, pkt 251.

³⁵ Dec. 20-MC-01, pkt 94.

³⁶ Zmianą polityki dotknięte, choć bardziej pośrednio, były również agencje prasowe, których publikacje wykorzystywane są przez nabywających je wydawców.

³⁷ Z informacji udostępnionych przez wnioskodawcę APIG wynika, że spośród 199 stron internetowych biorących udział w ankiecie przeprowadzonej w grudniu 2019 r. aż 123 zastosowało nowe znaczniki. Co więcej, inne badanie wykazało, że aż ok. 87% wydawców umożliwiających dostęp do swoich treści zgodziło się na nieograniczone wykorzystanie fragmentów tekstów w *snippetach* i elementów graficznych w najwyższej jakości obrazu. Jednocześnie APIG wskazała, że 98 stowarzyszonych wydawców nie ma własnej strony i dzieli się jedną stroną z innymi. W przypadku innych powodem niewprowadzenia znaczników był nie zawsze sprzeciw wobec zmian w polityce Google, lecz np. braki wyspecjalizowanego personelu, który mógłby dokonać takich zmian, czy choćby bardzo wczesny etap „ucyfrowienia” oferowanych przez wydawcę treści prasowych (co miało zwłaszcza miejsce w przypadku mniejszych, regionalnych tygodników lub innych mniejszych publikacji). Por. dec. 20-MC-01, pkt 106, 108, 109.

³⁸ Co ciekawe, jeszcze na początku lutego 2021 r. koncern nie wszedł z żadnym z wydawców w właściwe negocjacje dotyczące kwoty wynagrodzenia (Masmi-Dazi, 2021).

³⁹ Dec. 20-MC-01, pkt 122.

⁴⁰ Por. *ibidem*, pkt 111.

⁴¹ Por. *ibidem*, pkt 116.

z reklam umieszczanych na ich stronach (często również za pośrednictwem serwisów reklamowych Google) oraz brak szansy na zakupienie przez nich abonamentu. Według prognoz jednego z wydawców straty przychodów generowanych przez jego stronę mogą wynieść między 30 a 50%⁴².

IV. Analiza prawnokonkurencyjna w rozstrzygnięciach *Autorité de la Concurrence* i SA w Paryżu

Zgodnie z francuskim kodeksem handlowym (*Code de Commerce*) *Autorité* może na wniosek określonych podmiotów, po wysłuchaniu stron postępowania, orzec środki tymczasowe zgodnie z wnioskiem lub własnym uznaniem. Takie środki mogą zostać powzięte wyłącznie, jeśli objęte wnioskiem praktyki mają poważny i niezwłoczny wpływ na gospodarkę jako całość lub określony jej sektor, na interesy konsumentów czy na wnioskodawcę. Środki te mogą obejmować nakaz zawieszenia przedmiotowych praktyk lub przywrócenia stanu poprzedniego. Środki te muszą być ograniczone tylko do tego, co niezbędne, by przeciwdziałać zagrożeniu. Ze względu na doraźny charakter tego rozstrzygnięcia wystarczające jest, by okoliczności wskazane we wnioskach zostały w toku postępowania uprawdopodobnione, a nie udowodnione.

Autorité w ramach postępowania dokonała analizy przedstawionego stanu faktycznego w świetle unijnego i krajowego prawa konkurencji oraz krajowych przepisów o przeciwdziałaniu nadużyciom stanu zależności ekonomicznej (naruszenia niemającego swojego odpowiednika w przepisach prawa UE). Decyzja 20-MC-01 koncentruje się jednak na analizie prawnokonkurencyjnej, pozostawiając pełną analizę kwestii możliwości zastosowania pozostałych przepisów na dalsze etapy postępowania⁴³. Jak wspomniano, decyzja 20-MC-01 pozytywnie przeszła kontrolę sądową przeprowadzoną przez SA w Paryżu w związku z odwołaniem Google.

Poniżej dokonano omówienia wniosków prawnych dotyczących kwestii antymonopolowych płynących z rozstrzygnięć obu organów.

1. Rynek właściwy i pozycja rynkowa Google

1.1. Ustalenia *Autorité*

Autorité w swojej wstępnej definicji rynku oparła się na ustaleniach dokonanych przez Komisję Europejską w decyzjach kończących dotychczasowe postępowania przeciwko Google⁴⁴, jako że okazały się spójne z materiałem dowodowym zebrany w sprawie francuskiej.

Rynek działalności Google w analizowanej sprawie został określony jako krajowy rynek ogólnych usług wyszukiwania w Internecie⁴⁵. Podtrzymana więc została jego odrębność od rynku dla stron internetowych dostarczających treści oraz rynku dla portali społecznościowych. Powodem jest model działania wyszukiwarek, które mają na celu kierowanie internautów do stron źródłowych odpowiadających kryteriom wyszukiwania. Strony dostarczające treści oraz portale społecznościowe mają natomiast skupić i zatrzymać uwagę odwiedzających na swojej zawartości⁴⁶. Co prawda, Facebook w trakcie postępowania zakwestionował ideę tego podziału, twierdząc, że

⁴² Por. *ibidem*, pkt 125.

⁴³ *Ibidem*, pkt 181.

⁴⁴ Dec. KE: z 27 czerwca 2017 r., AT.39740 *Google Search (Shopping)*, pkt 155 i nast.; z 18 lipca 2018 r., AT.40099 *Google Android*, pkt 323 i nast.

⁴⁵ Nazywanego też rynkiem ogólnych wyszukiwarek internetowych.

⁴⁶ Dec. 20-MC-01, pkt 137–139.

konkuruje z każdym graczem rynkowym chcącym zająć czas internauty⁴⁷. To zdaje się przemawiać na rzecz możliwości wyróżnienia rozważanego przez doktrynę tzw. rynku uwagi, wykraczającego poza podziały kategorii usług, które oferują, który być może lepiej oddaje charakter konkurencji w środowisku cyfrowym (Kanton, Łukawski i Murek, 2018). Zdaniem *Autorité* jednakże taka perspektywa nie oddaje szczególnego charakteru popytu i podaży usług portali społecznościowych na tle usług wyszukiwania internetowego – choć oba rynki bazują na podobnym modelu finansowania w oparciu o reklamy wyświetlane na stronach⁴⁸. Rozważana przez organ kwestia możliwości wyróżnienia odrębnego rynku wyszukiwania materiałów prasowych nie stała się przedmiotem pogłębionego badania na tym etapie postępowania.

O krajowym charakterze rynku zdaniem *Autorité* przesądzają wskazane przez Komisję Europejską kwestie językowe, a także ograniczenia w możliwości rozbudowania technologii wyszukiwania poza granice krajowe i językowe (nawet dla największych międzynarodowych koncernów proces globalizowania ich usług wyszukiwania wiązał się z wysokimi kosztami). Rola języka widoczna jest zwłaszcza w tym aspekcie działania wyszukiwarek, która interesuje reklamodawców – kupują oni bowiem słowa kluczowe w języku docelowej grupy internautów⁴⁹.

Na tak określonym rynku Google zajmuje bezkonkurencyjną pozycję. Komisja Europejska w swoich decyzjach wyróżniła kilka sposobów na określanie udziału rynkowego w odniesieniu do usług wyszukiwania w oparciu o parametry ilościowe, takie jak liczba zapytań, liczba użytkowników, liczba odwiedzin na stronie czy liczba sesji. Niezależnie od przyjętej metody określania udziałów rynkowych uczestników Google zawsze plasował się na poziomie ok. 90%, podczas gdy należąca do Microsoft wyszukiwarka Bing, największy konkurent *Google Search*, osiągała udział na poziomie ok. 5%⁵⁰.

Jeśli chodzi o charakterystykę rynku usług wyszukiwania, *Autorité* przywołała wnioski z wcześniejszych postępowań przeciwko Google⁵¹, wskazując na wysokie bariery wejścia i ekspansji. Obecność na tym rynku wiąże się przede wszystkim z opracowaniem zaawansowanego technologicznie algorytmu, który wymaga ciągłego udoskonalania, posiadaniem infrastruktury o potężnej pamięci i mocy obliczeniowej do przeprowadzania analizy zebranych danych, a także rozwiązań z zakresu cyberbezpieczeństwa chroniących algorytm i dane przed atakami hakerskimi⁵². Zgodnie z informacjami uzyskanymi od Microsoft roczne koszty zakupu i utrzymania powyższych inwestycji mogą osiągać kwoty rzędu wielu milionów euro. Inną barierą są wydatki marketingowe, które mają zachęcić użytkowników do skorzystania z rozwiązań informatycznych danego dostawcy. Kombinacja wszystkich ww. elementów stanowi dużą przeszkodę dla potencjalnych nowych graczy chcących wejść na rynek usług wyszukiwania. Sytuacja dodatkowo komplikuje się przez samonapędzający wpływ efektu sieciowego właściwego dla większości dwustronnych rynków platformowych, a szczególnie tych bazujących na przetwarzaniu danych. W przypadku *Google Search* użytkownikami końcowymi platformy z jednej strony są internauci, z drugiej zaś – reklamodawcy. Im bardziej zwiększa się liczba i zróżnicowanie wyszukiwań, tym bardziej relewantne są wyniki kolejnych wyszukiwań (algorytm

⁴⁷ Ibidem, pkt 141.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem, pkt 147–149.

⁵⁰ Ibidem, pkt 162.

⁵¹ Por. przypis 6.

⁵² Dec. 20-MC-01, pkt 165.

bierze pod uwagę, które z wyszukiwanych stron są następnie odwiedzane przez użytkowników). To z kolei jeszcze bardziej zwiększa atrakcyjność wyszukiwarki dla użytkowników, a przez to i dla reklamodawców. Funkcjonowanie dwóch stron rynku w przypadku usług wyszukiwania jest ze sobą ściśle powiązane – wzrost liczby użytkowników zwiększa szansę na skorzystanie przez nich z reklam, które oparte na większej liczbie danych osobowych stają się coraz lepiej spersonalizowane. Większa klikalność reklamowanych stron (która zwiększa szansę zakupu oferowanych na nich produktów lub usług) może prowadzić z kolei do wzrostu cen płaconych Google przez reklamodawców⁵³.

1.2. Ustalenia Sądu Apelacyjnego w Paryżu

W swym odwołaniu Google zakwestionował prawidłowość definicji rynku właściwego z uwagi na fakt, że oferowane przez niego usługi skierowane są do użytkowników, a nie do wydawców prasowych. Ruch na ich stronach internetowych jest jedynie pośrednią konsekwencją udzielania odpowiedzi na zapytania internautów, co stawia pod znakiem zapytania możliwość uznania wydawców jako kontrahentów koncernu. Dlatego w odniesieniu do wydawców chodzi o inny rynek właściwy, mianowicie o rynek dostawy ruchu internetowego do stron internetowych wydawców, na którym zdaniem Google nie ma on pozycji dominującej. SA w Paryżu uznał jednak, że niezasadne jest dzielenie rynku w oparciu o kategorie podmiotów zainteresowanych funkcjonowaniem platformy. Złożony charakter tego rynku sprawia, że jego użytkownikami są nie tylko internauci, ale i np. właśnie reklamodawcy czy dostawcy treści, dla których wyszukiwarka odgrywa rolę platformy generującej ruch na ich stronach. Z punktu widzenia Google wszystkie te grupy użytkowników są niezbędnymi elementami składowymi modelu biznesowego funkcjonowania wyszukiwarki, a działania koncernu zmierzające do jej optymalizacji mają na celu przyciągnięcie nie tylko internautów, lecz także reklamodawców oraz dostawców treści. Dzięki tym ostatnim bowiem osiąga on przychód równoważący (a nawet przewyższający) koszty świadczenia bezpłatnej usługi wyszukiwania internautom. Z tego względu bezzasadne jest twierdzenie, że przy przyjętej przez *Autorité* definicji rynku niemożliwe jest uznanie wydawców za kontrahentów Google⁵⁴.

2. Uprawdopodobnione naruszenia prawa konkurencji

Autorité w swojej decyzji uznała za uprawdopodobnione zakwalifikowanie działań podjętych przez Google wobec wydawców prasy jako naruszenie prawa konkurencji w postaci nadużywania jego prawdopodobnej pozycji dominującej na francuskim rynku ogólnych usług wyszukiwania w Internecie poprzez: (i) narzucanie nieuczciwych warunków umownych; (ii) dyskryminację; (iii) obejście prawa. Jednocześnie w toku postępowania organ nie dostrzegł obiektywnego uzasadnienia dla przyjętych przez Google praktyk.

2.1. Narzucanie nieuczciwych warunków umownych przez Google

2.1.1. Ustalenia *Autorité*

Powołując się na art. 102 lit a) TFUE, *Autorité* stwierdziła, że nadużywanie pozycji dominującej przez narzucanie nieuczciwych warunków umownych może odnosić się również do warunków innych niż cena zakupu lub sprzedaży, a także – w świetle orzecznictwa – może do niego dochodzić

⁵³ Ibidem, pkt 169 i 170.

⁵⁴ Wyr. 20-MC-01, pkt 80 i 81.

w sposób bezpośredni i pośredni⁵⁵. O nadużyciu będzie przy tym mowa, jeżeli warunki zostały nie tylko jednostronnie narzucone, ale same w sobie były nieuczciwe. Jak wskazuje przywołany wyżej wyrok, ocena nieuczciwości będzie musiała uwzględniać możliwość uzasadnionej ochrony interesów gospodarczych dominanta.

O narzuceniu wydawcom nowych warunków świadczy zdaniem *Autorité* brak jakiegokolwiek inicjatywy ze strony Google do podjęcia negocjacji, które miały być podstawowym sposobem na realizację implementowanych ustawą 2019-775 nowych praw pokrewnych wydawców do swych publikacji. Koncern na miesiąc przed wejściem w życie nowych przepisów jednostronnie oświadczył, że nie będzie już wykorzystywał chronionych treści prasowych, o ile nie otrzyma autoryzacji na ich dalszą bezpłatną eksploatację, co będzie równoznaczne z udzieleniem licencji w rozumieniu ustawy 2019-775. Google w praktyce dał wydawcom miesięczne „wypowiedzenie zmieniające” ich dotychczasowych, pozaumownych relacji opartych na dorozumianej zgodzie wydawców (poprzez udzielenie odpowiednich instrukcji robotom za pomocą narzędzi REP) na wyświetlanie chronionych materiałów prasowych w wynikach wyszukiwarki. Zaproponowane warunki zastępcze nie podlegały jakimkolwiek negocjacjom, a pozostały wydawcom wybór między ich przyjęciem a odrzuceniem był całkowicie iluzoryczny, biorąc pod uwagę znaczne straty w odwiedzinach stron, z jakimi najprawdopodobniej wiązałyby się odmowa zastosowania się do nowej polityki wyświetlania treści prasowych, głównie ze względu na znaczenie, jakie dla przychodów z reklam internetowych wyświetlanych na stronach wydawców odgrywają odwiedziny internautów przekierowywanych przez wyszukiwarki⁵⁶. Utracony ruch na stronie jest też według *Autorité* „dobrem” nie do odzyskania, gdyż zostaje natychmiast przechwycony, np. przez konkurentów, którzy ugięli się pod presją ekonomiczną Google⁵⁷. W ten sposób praktyczna realizacja uprawnień wynikających z ustawy 2019-775 stawała się niemożliwa.

Nieuczciwość narzuconych warunków wynika zdaniem *Autorité* z faktu, że zastosowana przez Google jednolita, „zerowa” stawka wynagrodzenia za zgodę na korzystanie z chronionych prawem materiałów prasowych nie stanowi uzasadnionego działania. Jest tak zwłaszcza, że Google osiąga korzyści gospodarcze z eksploatacji tych materiałów, a celem wprowadzonego ustawą 2019-775 prawa pokrewnego jest częściowa redystrybucja tych środków na rzecz podmiotów, które tworzą lub finansują powstanie generujących te przychody treści prasowych. Google wskazał, że prawo pokrewne wydawców prasy w rozumieniu dyrektywy 2019/790 jest prawem zakazowym, a nie prawem do wynagrodzenia czy żądania zawarcia umów licencyjnych⁵⁸. Jednakże według *Autorité* intencją prawodawcy unijnego i krajowego było właśnie zapewnienie wydawcom

⁵⁵ Np. narzucanie przez organizację zbiorowego zarządzania swoim członkom warunków, które nie są absolutnie niezbędne do osiągnięcia celów dominanta, a przy tym w sposób nieuczciwy ograniczają tym członkom możliwość wykonywania swoich praw będzie stanowiło formę nadużywania. Por. wyr. TSUE z 30 stycznia 1974 r. w sprawie 127-73 BRT p. SABAM i Fonior (ECLI:EU:C:1974:6).

⁵⁶ Udział przychodów ze sprzedaży cyfrowych treści oraz reklam internetowych, w chwili wydania decyzji, stanowił małą część obrotów wydawców prasy. Jednocześnie zebrane w trakcie postępowania dowody wskazują na rosnące znaczenie działalności wydawców w Internecie. Spada natomiast czytelnictwo wydań wyłącznie papierowych (tzn. bez równoległego korzystania z treści cyfrowych) – w niektórych przypadkach nawet o ok. 25% wszystkich czytelników (*L'Equipe*). Tym samym udział przychodów wydawców z ich oferty cyfrowej i ich znaczenie dla ich modelu biznesowego będą tylko rosły. Por. dec. 20-MC-01, pkt 222, 225, 227, 230.

⁵⁷ Odwiedziny użytkowników przekierowanych na strony wydawców przez wyszukiwarki wynoszą zdaniem większości wydawców ankietowanych przez SEPМ i APIG stanowią co najmniej 50% ze wszystkich odsłon ich stron internetowych. Przekierowania pochodzące od Google według APIG (w oparciu o informacje od jej 258 członków) wynoszą ok. 45% wszystkich odwiedzin. Zdaniem badanych przez *Autorité* wydawców inne źródła generujące odwiedziny użytkowników na ich stronach (portale społecznościowe, agregatory wiadomości czy nawet bezpośrednio odwiedziny) z uwagi na ich odmienną specyfikę nie są w stanie zastąpić wyszukiwarek (np. zgodnie z raportem przedstawionym w ramach postępowania przez Google portale społecznościowe odpowiadają za jedynie 12,6% odsłon). Tym samym blokada wyświetlania chronionych treści danego wydawcy w wyszukiwarce skutkowałaby utratą widoczności jego strony, której nie mógłby zrekompensować obecnością na innych serwisach. Por. dec. 20-MC-01, pkt 220 i 221.

⁵⁸ Dec. 20-MC-01, pkt 205, 207.

odpowiedniego wynagrodzenia z tytułu eksploatacji ich materiałów przez dostawców usług cyfrowych⁵⁹.

Choć ustawa 2019-775 nie wyklucza możliwości udzielenia przez wydawcę licencji bezpłatnej, to jednak biorąc pod uwagę zawarte w niej wytyczne dotyczące zasad kalkulacji należnego za wykorzystanie chronionych treści prasowych wynagrodzenia, przyjęcie jednakowej dla wszystkich, „zerowej” stawki zdaje się całkowicie sprzeczne z wolą ustawodawcy. Nie ma przy tym znaczenia, że usługi świadczone przez Google wpływają na wysokość przychodów osiąganych przez wydawców, dzięki zwiększeniu liczby odwiedzin użytkowników przekierowanych na ich strony internetowe. Intencją ustawodawcy była bowiem dalsza redystrybucja funkcjonującego dotąd podziału zysków na korzyść wydawców i agencji prasowych.

Nie ma też znaczenia argument Google, że treści prasowe mają jedynie niewielkie znaczenie dla funkcjonowania modelu biznesowego ich przeglądarki ze względu na niewielką ilość zapytań dotyczących tematów aktualności prasowych, a przychody z reklam powiązanych z takimi hasłami prasowymi są niezbyt wysokie. *Autorité* w ramach swojej analizy dostrzegła jednak wiele korzyści, jakie Google czerpie z eksploatacji treści prasowych w ramach swoich serwisów. Oprócz korzyści bezpośrednich, wynikających z (nawet niewielkich) przychodów reklamowych, wskazała również znaczenie treści prasowych jako elementu zwiększenia atrakcyjności wyszukiwarki dla internautów oraz zapewnienia im lepszych wrażeń z użytkowania serwisu. Jakość i sposób prezentacji treści w wyszukiwarce (w tym treści prasowych), nad których optymalizacją stale pracuje Google, stanowi zachętę do wyszukiwań (np. w oparciu o tematy poruszone w materiałach prasowych), a także zwiększa ilość czasu spędzonego w środowisku wyszukiwarki. To z kolei przekłada się na ilość pozostawionych przez użytkownika danych oraz szansę na kliknięcie na któryś ze sponsorowanych linków⁶⁰.

Autorité zwróciło również uwagę, że twierdzenia Google o pozytywnym wpływie przekierowań internautów na możliwości monetyzacji treści prasowych pomijają jedną istotną okoliczność. Mianowicie, że także w tym przypadku koncern czerpie dodatkowe korzyści ze względu na swą rolę czołowego pośrednika w zakresie reklamy internetowej, z którego usług korzysta wielu wydawców⁶¹. W ten sposób Google, w odróżnieniu od wydawców, może generować przychody z każdego udostępnienia chronionych treści prasowych – niezależnie od tego czy będzie miało ono formę wyświetlenia w wynikach wyszukiwania dotyczącego aktualności, czy w jakikolwiek sposób np. wejście na stronę wydawcy. Oprócz przychodów reklamowych z ruchu na serwisach Google, koncern otrzymuje również przychody za odwiedziny na stronach wydawców z uwagi świadczone na ich rzecz usługi pośrednictwa reklamowego. Wydawcy zaś osiągają przychód tylko w oparciu o odsłony ich własnych stron⁶².

Nieuczciwość narzuconych przez Google warunków wynikała również zdaniem *Autorité* z faktu, że zmiana polityki wyświetlania przez koncern wiązała się dla wydawców z akceptacją dużo mniej korzystnych warunków umownych niż tych obowiązujących przed wejściem w życie ustawy 2019-775. Wprowadzając nowe znaczniki do kodu swoich stron, wydawcy w praktyce

⁵⁹ Dyrektywa 2019/790, motyw 55.

⁶⁰ Dec. 20-MC-01, pkt 210.

⁶¹ Ibidem, pkt 212 i 213.

⁶² Ibidem, pkt 216.

najczęściej udzielali zgody w maksymalnym zakresie. W przypadku znacznika odpowiadającego za umożliwienie wyświetlania *snippets* w serwisach Google oznaczało to zgodę na wykorzystanie tekstu bez ograniczenia liczby wyświetlanych znaków, tj. w praktyce nawet całego tekstu publikacji. Przed wejściem w życie nowej polityki Google sam ograniczał liczbę wyświetlanych znaków do maksymalnie około 300. Tym samym „licencja” uzyskana przez Google na wykorzystanie chronionych nowym prawem treści była nie tylko bezpłatna, ale i obejmowała dużo szerszy niż dotychczas zakres eksploatacji⁶³. Narzucając takie warunki, zdaniem *Autorité* koncern działał całkowicie wbrew celom nowego prawa pokrewnego, co łączy się z kolejnym kierowanym przez organ zarzutem, tzn. nadużywania pozycji dominującej poprzez obejście prawa (por. pkt 2.3 artykułu).

2.1.2. Ustalenia Sądu Apelacyjnego w Paryżu

W swym odwołaniu Google zarzucił *Autorité* zbyt szeroką wykładnię prawa pokrewnego dla wydawców prasy, która wbrew brzmieniu przepisów zamiast prawa zakazowego uczyniła z niego prawo do gwarantowanego wynagrodzenia. Nie wzięła również pod uwagę, że wykorzystywane fragmenty są najprawdopodobniej objęte ustawowym wyłączeniem dla bardzo krótkich fragmentów. Zdaniem koncernu decyzja 20-MC-01 nie wyważyła też należycie korzyści, jakie wydawcy czerpią z bezpłatnego wyświetlania ich chronionych treści użytkownikom serwisów Google, z rzeczywistymi przychodami osiąganymi przez koncern z tego tytułu⁶⁴.

Sąd Apelacyjny w Paryżu opowiedział się po stronie wykładni przepisów wprowadzających prawo pokrewne wydawców przyjętej przez *Autorité*. Dyrektywa 2019/790, a w szczególności implementująca ją w tym zakresie ustawa 2019-775, przewiduje, że prawo to może zostać przeniesione lub stać się przedmiotem licencji, a wynagrodzenie za eksploatację chronionych materiałów prasowych powinno bazować na przychodach osiąganym, bezpośrednio lub pośrednio, na tej eksploatacji. Google nie może uzasadniać przyjęcia jednakowej „zerowej” stawki wynagrodzenia dla wydawców za eksploatację ich chronionych treści (i) możliwością zastosowania wyjątku dla bardzo krótkich fragmentów; (ii) korzyściami osiąganymi przez wydawców z racji wyświetlania tych treści w serwisach koncernu. Po pierwsze, taka interpretacja wyjątku, która czyni z niego w praktyce regułę mającą zastosowanie do wszystkich krótkich fragmentów bez analizy danego przypadku eksploatacji, w istocie pozbawia wydawców możliwości skorzystania z nowo nabytych uprawnień. Po drugie, wprowadzenie prawa pokrewnego wydawców prasy miało na celu zmianę zasad podziału zysków z eksploatacji publikacji prasowych, jakie w praktyce ukształtowały się w środowisku internetowym. Prawodawca unijny i francuski mieli pełną świadomość korzyści, jakie wydawcy czerpią z wyświetlania ich chronionych treści w *Google Search*. Jednakże doszli do wniosku, że wynikające z tego dla nich dochody nie były wystarczające, by pokryć koszty i inwestycje związane z tworzeniem materiałów prasowych. Dlatego też nowe prawo ma wyraźnie na celu zmianę istniejącej sytuacji rynkowej i redystrybucję dochodów osiąganym na treściach prasowych. Jednocześnie, aby zapewnić ochronę interesów wydawców prasy oraz dostawców usług internetowych, prawodawcy uznali, że redystrybucja ta powinna opierać się na wolnorynkowych

⁶³ Ibidem, pkt 244 i nast.

⁶⁴ Przychody Google wynoszą w tym zakresie zaledwie 25 milionów euro rocznie, gdyż tematy dotyczące aktualności prasowych stanowią jedynie 6% wszystkich wyszukiwań. Wyr. 20-MC-01, pkt 83 i 84.

mechanizmach negocjacyjnych. Przyjęcie argumentacji Google całkowicie niweczyłoby efekt, jaki w założeniu osiągnąć miało nowe prawo⁶⁵.

SA w Paryżu wskazał również, że w odróżnieniu od Google jego konkurenci (np. operatory wyszukiwarek Bing i Qwant) podjęli negocjacje z wydawcami prasy. To dobitnie pokazuje, że przyjęta przez koncern polityka była możliwa wyłącznie dzięki jego niemal monopolistycznej pozycji, a także roli nieuniknionego kontrahenta z uwagi na znaczenie generowanego przez *Google Search* ruchu internautów na stronach wydawców, których odwiedziny – jak wykazała *Autorité* – mają charakter „dobra” niezastępowalnego. Biorąc pod uwagę powyższe, Google całkowicie świadomie wykorzystał wynikającą z jego pozycji dominującej możliwość swobodnego zachowania się w dużej mierze niezależnie od presji konkurentów i kontrahentów⁶⁶, aby uzyskać bezpłatne licencje na eksploatację chronionych nowym prawem materiałów prasowych⁶⁷. Tym samym działania koncernu utrudniają ukształtowanie się warunków niezbędnych do rozwoju rynku płatnych licencji na rzecz wydawców prasy, a także wywierają negatywny wpływ na postawę i sytuację konkurentów, którzy chcieliby przystąpić do negocjowania wysokości wynagrodzenia dla wydawców za eksploatację ich materiałów⁶⁸.

2.2. Dyskryminacja wydawców przez Google

Zdaniem *Autorité* zastosowanie jednolitych, jednorodnych zasad w ramach nowej polityki Google do tak zróżnicowanej grupy podmiotów, jak wydawcy było działaniem o charakterze dyskryminującym – zwłaszcza w świetle jasnego określenia przez ustawodawcę kryteriów ustalania wynagrodzenia, które ułatwiają różnicowanie sytuacji dla poszczególnych wydawców. Z dyskryminacją mamy bowiem do czynienia albo wtedy, gdy podmioty znajdujące się w identycznej (porównywalnej) sytuacji są traktowane niejednakowo albo wtedy, gdy podmioty znajdujące się w różnych sytuacjach traktowane są w sposób jednolity, a brakuje obiektywnego uzasadnienia dla takiego traktowania⁶⁹.

2.3. Obejście prawa przez Google

Bazując na orzecznictwie TSUE⁷⁰, *Autorité* uznała, że takie działania Google jako dominanta choć formalnie zgodne z przepisami, w braku obiektywnego uzasadnienia, świadczą o chęci obejścia celu tego prawa i zakłócenia konkurencji na rynku⁷¹.

W badanej sprawie działanie Google zdaje się iść wbrew celom przyświecającym ustawie 2019-775 wprowadzającej prawo pokrewne wydawców prasy, które miało doprowadzić do zmiany istniejącego podziału korzyści wynikających z eksploatacji chronionych treści prasowych. Beneficjentami tych zmian mieli być wydawcy, którzy mogli uzyskać bardziej sprawiedliwy udział w przychodach generowanych przez te treści w oparciu o wynegocjowaną stawkę wynagrodzenia

⁶⁵ Wyr. 20-MC-01, pkt 99.

⁶⁶ Por. wyr. TSUE z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands p. Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1978:22).

⁶⁷ Wyr. 20-MC-01, pkt 119 i 120.

⁶⁸ *Ibidem*, pkt 131.

⁶⁹ Wyr. TSUE z 17 lipca 1963 r. w sprawie 13-63, *Republika Włoska p. Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarcze*, (ECLI:EU:C:1963:20), pkt 4 (A).

⁷⁰ Wyr. TSUE z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-457/10 P *AstraZeneca p. Komisji Europejskiej* (ECLI:EU:C:2012:770; dalej: wyr. *AstraZeneca*).

⁷¹ W tym kontekście należy przypomnieć, że to na przedsiębiorstwie, które zajmuje pozycję dominującą, spoczywa szczególna odpowiedzialność w tym względzie i że nie może ono [...] korzystać z procedur prawnych w taki sposób, by uniemożliwić lub utrudnić wejście konkurentów na rynek, w przypadku braku przyczyn związanych z obroną słusznych interesów przedsiębiorstwa prowadzącego konkurencję niecenową lub braku obiektywnego uzasadnienia. Por. pkt 134 Wyroku *AstraZeneca*.

licencyjnego. Jednakże Google, korzystając ze swojej niemal monopolistycznej pozycji na rynku usług wyszukiwania w Internecie, pozyskał od większości francuskich wydawców, w zgodzie z brzmieniem nowych przepisów, zezwolenie na bezpłatne wykorzystanie ich materiałów, mimo że z chwilą wejścia w ustawy 2019-775 miały być one silniej chronione. Tym samym koncern nie tylko udaremnił cel nowego prawa, ale jeszcze uzyskał dla siebie korzystniejsze niż dotychczas warunki eksploatacji treści prasowych (por. pkt 2.1.1 powyżej). Nie wywiązał się również z przewidzianego ustawą 2019-775 obowiązku przekazywania wydawcom prasowym danych dotyczących wykorzystania publikacji prasowych przez użytkowników usług cyfrowych, a także informacji niezbędnych do transparentnej oceny wysokości wynagrodzenia należnego za eksploatację tych publikacji⁷².

2.4. Brak obiektywnego uzasadnienia

Według *Autorité* działania Google, których antykonkurencyjny efekt został uprawdopodobniony nie miały żadnego obiektywnego uzasadnienia wskazującego na ich konieczność i odpowiedniość do urzeczywistnienia słuszných interesów gospodarczych koncernu.

Takim uzasadnieniem nie była przywołana przez przedsiębiorcę zasada neutralności, na której rzekomo bazuje funkcjonowanie wyszukiwarki. Płatności na rzecz wydawców byłyby nieakceptowalne, gdyż mogłyby naruszyć zaufanie użytkowników serwisu co do rzetelności i bezstronności algorytmu, a także kłóciłyby się z modelem biznesowym opartym na bezpłatności usług oferowanych użytkownikom. Jednocześnie wnioskodawca AFP wskazał, że zawarł z Google przy kilku okazjach porozumienia dotyczące wynagrodzenia za eksploatację treści prasowych agencji (najczęściej w efekcie podejmowanych przeciwko przedsiębiorcy działań sądowych)⁷³.

Autorité nie przekonała również argumentacja koncernu, zgodnie z którą próba uzyskania zgody wydawców na bezpłatną eksploatację ich publikacji była rozwiązaniem najbardziej oczywistym i zgodnym z słusznymi interesami przedsiębiorcy. Podjęcie przewidzianych ustawą 2019-775 negocjacji z wydawcami prasy nie wyklucza bowiem możliwości osiągnięcia korzystnego dla koncernu rozwiązania, w tym bezpłatnej licencji, a jednocześnie nie pozbawia wydawców z góry należnego im zgodnie z intencją ustawodawcy wynagrodzenia.

Google powołał się również na stanowisko wyrażone w 2015 r. przez niemiecki organ ochrony konkurencji w podobnej sprawie dotyczącej przepisów o prawach pokrewnych wydawców prasy w Niemczech (niestanowiących jednakże implementacji dyrektywy 2019/790). *Bundeskartellamt* uznał, że odmowa wyświetlania przez koncern treści prasowych wydawców, którzy wcześniej wystąpili z pozwem o naruszenie praw, o ile nie udzielą bezpłatnej zgody na ich eksploatację, jest obiektywnie uzasadniona realnym zagrożeniem odszkodowań. Prawo konkurencji nie powinno zmuszać nawet przedsiębiorcy dominującego do wzięcia na siebie tak znacznego ryzyka, a więc *Bundeskartellamt* nie zdecydował się na wszczęcie postępowania przeciw Google (*Bundeskartellamt*, 2015). *Autorité* zwróciła jednak od razu uwagę, że nie jest związana ustaleniami niemieckiego organu ochrony konkurencji. Dostrzegła również, że sam *Bundeskartellamt* odniósł swoje rozstrzygnięcie do bardzo konkretnego kontekstu prawnego i stanu faktycznego badanej sprawy. Uznał m.in. że decyzja mogłaby być zupełnie inna, gdyby ustawodawca inaczej

⁷² Dec. 20-MC-01, pkt 242–244, 253.

⁷³ *Ibidem*, pkt 256, 257.

uregulował kwestie dotyczące prawa pokrewnego wydawców prasowych⁷⁴. Przepisy te uległy zmianie w związku z wprowadzeniem dyrektywy 2019/790.

3. Środki zaradcze zastosowane wobec Google

W związku z uprawdopodobnieniem wystąpienia negatywnych skutków dla konkurencji w następstwie podjęcia przez Google wyżej opisanych działań *Autorité* w oparciu o żądania wnioskodawców APIG, SEPM i AFP nałożyła na koncern następujące zobowiązania w charakterze środków zaradczych⁷⁵:

- 1) zobowiązanie do podjęcia przez Google negocjacji w dobrej wierze z każdym wydawcą prasowym, agencją prasową lub organizacją zbiorowego zarządzania, które wystąpią do Google z żądaniem o wypłatę wynagrodzenia za eksploatację ich chronionych treści zgodnie z warunkami określonymi ustawie 2019-775 i w oparciu o transparentne, bezstronne i nie-dyskryminacyjne kryteria. Takie negocjacje powinny zostać podjęte w ciągu 3 miesięcy od wystąpienia z żądaniem przez odpowiedni podmiot i obejmować eksploatację treści od daty wejścia w życie ustawy 2019-775;
- 2) Google w trakcie trwania negocjacji powinien zapewnić dalsze stosowanie warunków wyświetlania chronionych treści obowiązujących w dniu wejścia w życie ustawy 2019-775 zgodnie z parametrami wybranymi przez wydawców (poprzez REP i znaczniki). Google ma umożliwić wydawcom, którzy nie dali koncernowi zgody na eksploatację ich chronionych materiałów, na podjęcie negocjacji na wskazanych powyżej zasadach, jeśli taka będzie ich wola. W trakcie negocjacji Google nie powinien sprzeciwiać się wyświetlaniu ich chronionych treści na warunkach i zasadach określonych przez tych wydawców podczas negocjacji;
- 3) Google ma przekazywać uprawnionym podmiotom informacje określone ustawą 2019-775;
- 4) Google ma podjąć odpowiednie kroki, by zapewnić, że proces negocjacji oraz ich wynik nie wpłyną negatywnie na indeksację, klasyfikację oraz prezentację chronionych treści w serwisach Google;
- 5) Google ma podjąć odpowiednie kroki, by zapewnić, że proces negocjacji nie wpłynie na jakiegokolwiek inne relacje biznesowe między Google a uprawnionymi podmiotami (np. poprzez pozbawienie efektywności wynegocjowanych warunków, wprowadzając potrącenia z tytułu opłat za usługi świadczone przez koncern na rzecz uprawnionych).

Google otrzymał również obowiązek przekazywania *Autorité* na bieżąco wskazanych w decyzji 20-MC-01 informacji (np. wszelkich danych pozwalających organowi dokonać oceny propozycji wynagrodzenia przedstawionej uprawnionemu w ramach negocjacji). Środki tymczasowe mają pozostać w mocy do czasu wydania przez organ ostatecznej decyzji w analizowanej sprawie.

Autorité doszła do wniosku, że nałożenie powyższych środków zabezpieczających jest uzasadnione w świetle groźby poważnej szkody dla sektora prasowego we Francji, zwłaszcza biorąc pod uwagę długotrwały kryzys, w którym się znajduje. Swymi działaniami Google uniemożliwia wydawcom wygenerowanie przychodów w oparciu o nowo przyznane uprawnienia, które zdaniem ustawodawcy stanowią istotne źródło dochodu dla sektora. Organ podkreśla również, że szczególny charakter zagrożenia ekonomicznego dla prasy stworzonego praktykami Google

⁷⁴ Ibidem, pkt 263.

⁷⁵ Ibidem, pkt 304 i nast.

wynika z kluczowej roli, jaką sektor ten odgrywa dla prawidłowego funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa⁷⁶.

Pilność potrzeby podjęcia działań wynika natomiast z faktu, że zmiana polityki Google nastąpiła na miesiąc przed wejściem w życie ustawy 2019-775, a zatem w kluczowym momencie, kiedy pewna część rynku otwiera się na bardziej konkurencyjne warunki funkcjonowania. Działania Google mają miejsce w chwili, kiedy wydawcy znajdują się w szczególnie delikatnej sytuacji ekonomicznej. Choć koncern twierdzi, że zmiana polityki nie doprowadzi do faktycznej zmiany sytuacji wydawców, którzy nigdy dotąd nie otrzymywali wynagrodzenia za eksploatację swoich treści, ten argument pomija zmianę kontekstu prawnego oraz jasno wyrażonych oczekiwań, jakie ustawodawca ma wobec nowych przepisów. Zawarcie umów licencyjnych między wydawcami a dostawcami usług cyfrowych to zresztą jedynie pierwszy krok zmiany funkcjonowania sektora – w dalszej kolejności odpowiednia część osiągniętych przychodów ma zostać przekierowana do dziennikarzy i innych podmiotów odpowiedzialnych za powstawanie publikacji prasowych⁷⁷.

SA w Paryżu zgodził się ze stanowiskiem wyrażonym przez *Autorité* co do powagi zagrożenia oraz pilności podjęcia działań zaradczych z uwagi na prawdopodobnie antykonkurencyjny charakter działań Google mogących stanowić nadużycie pozycji dominującej koncernu. Odniósł się również do zarzutów o nieproporcjonalności zobowiązań nałożonych w decyzji 20-MC-01.

Przewidziany w decyzji francuskiego organu ochrony konkurencji obowiązek podjęcia negocjacji nie może być traktowany jako nadmierna ingerencja w swobodę działalności koncernu z uwagi na zbyt szeroką interpretację uprawnień wynikających z nowych przepisów. Dla SA w Paryżu cele, jakie realizować ma ustawa 2019-775 zostały klarownie określone przez ustawodawcę, który chciał by z chwilą wejścia w życie nowego prawa eksploatacja chronionych treści prasowych odbywała się w oparciu o co do zasady płatne licencje udzielane dostawcom usług cyfrowych. W związku z tym nie można uznać, by postawiony Google wymóg podjęcia negocjacji na przewidzianych prawem warunkach zgodnie z oczekiwaniami ustawodawcy był nieproporcjonalny⁷⁸.

Wręcz przeciwnie to Google, narzucając jednolite, niezróżnicowane i niekorzystne warunki wydawcom, pokazuje chęć obejścia prawa, która z dużym prawdopodobieństwem świadczyć może o nadużywaniu przez koncern swojej monopolistycznej pozycji rynkowej. Jednocześnie nałożone przez *Autorité* zobowiązanie nie oznacza obowiązku dokonywania płatności na rzecz wydawców. Google musi po prostu w odpowiedzi na żądanie wydawców wyjść z uczciwą propozycją rekompensaty obliczonej na podstawie obiektywnych, transparentnych i niedyskryminacyjnych kryteriów, bazując na parametrach wskazanych w przepisach wprowadzonych ustawą 2019-775. Wynikiem negocjacji nie musi być przy tym w każdym przypadku odpłatność uzyskanej licencji, jako że ta powinna pozostawać w proporcji do przychodów osiąganych dzięki eksploatacji. Powinna być ona jednak wynikiem porozumienia stron, a nie jednostronnej decyzji o niemal monopolistycznej pozycji rynkowej. Sam obowiązek prowadzenia negocjacji jest ograniczony w czasie⁷⁹.

Nie będzie też źródłem ryzyka dla Google obowiązek wyświetlania chronionych treści w czasie prowadzenia negocjacji. Nie stanowi on naruszenia praw pokrewnych wydawców, gdyż albo

⁷⁶ Ibidem, pkt 275–277.

⁷⁷ Ibidem, pkt 284, 285.

⁷⁸ Wyr. 20-MC-01, pkt 219, 221.

⁷⁹ Ibidem, pkt 222, 223.

jest powiązany ze zgodą na eksploatację wyrażoną przed podjęciem negocjacji, albo też wynika z wyraźnego żądania strony przystępującej do tych negocjacji. Takie wyświetlanie nie musi koniecznie narażać Google na koszty, ponieważ efektem negocjacji może być udzielenie licencji o charakterze bezpłatnym. W innym przypadku zostanie po prostu objęte kwotą wynegocjowanego wynagrodzenia⁸⁰.

SA w Paryżu przychylił się jednak do argumentacji przedstawionej przez Google w odniesieniu do obowiązku zapewnienia, by negocjacje nie wpływały negatywnie na indeksację, klasyfikację oraz prezentację chronionych treści w serwisach koncernu. Choć cel warunku jest zasadny ze względu na konieczność ochrony interesów wydawców i utrzymania poziomu należnych im przychodów w trakcie negocjacji, przyjęte brzmienie warunku jest zbyt ogólne i przez to wykracza poza to, co jest niezbędne dla realizacji tego celu. Konieczne jest bowiem, by koncern zachował możliwość dalszego udoskonalania i optymalizacji swoich serwisów, a jedynie powstrzymał się od takich modyfikacji, które mogą mieć konsekwencje dla uprawnionych z tytułu nowego prawa pokrewnego⁸¹. Sąd dokonał więc odpowiedniej zmiany brzmienia warunku.

V. Komentarz

Decyzja zabezpieczająca *Autorité* jest niezwykle istotna, gdyż wskazuje na możliwe kierunki rozwoju prawa antymonopolowego, które może ewoluować w kierunku bardziej wszechstronnego narzędzia regulacyjnego pozwalającego na ochronę interesu publicznego rozumianego szerzej niż tylko w kategoriach *stricte* ekonomicznych. Francuski organ oprócz konieczności ochrony francuskich wydawców prasy przed praktykami Google o potencjalnie eksploatacyjnym charakterze, wskazuje również na szerszy kontekst funkcjonowania prasy w społeczeństwach demokratycznych i jej znaczenia dla utrzymania wysokiego poziomu debaty publicznej. Oba te wątki nabierają szczególnego znaczenia w kontekście funkcjonowania gospodarki cyfrowej, który zmusza do ponownego przemyślenia definicji nadużywania pozycji dominującej i jej przejawów. Jest tak m.in. ze względu na formalną bezpłatność wielu cyfrowych usług, co komplikuje zasady podziału przychodów generowanych np. przez udostępniane za ich pośrednictwem treści chronionych prawem własności intelektualnej (Melamed i Petit, 2019). Usługi cyfrowe coraz częściej uznawane są jednak za zagrożenie dla demokracji (Stark i Stegman, 2020).

Utrzymanie w mocy decyzji *Autorité* przez sąd rozpatrujący odwołanie jest ważnym sygnałem dla podmiotów z innych krajów UE, które również mierzą się obecnie z wyzwaniem, jakie niesie ze sobą implementacja dyrektywy 2019/790. Rozstrzygnięcia zapadłe we Francji mogą być wskazówką dla uprawnionych z innych krajów Europy, jak dochodzić realizacji nowych praw w starciu z tak silnymi graczami, jak Google. Prawo antymonopolowe może też stać się środkiem przymuszającym potężne platformy cyfrowe, by zasiąść przy stole negocjacyjnym z uprawnionymi, kiedy przedmiotem rozmów będą uprawnienia wynikające z innych przepisów dyrektywy, np. warunki wynagrodzenia za masową eksploatację w Internecie treści chronionych prawem autorskim. Jednocześnie taka funkcja prawa konkurencji budzi uzasadnione obawy, zwłaszcza że poszerza jeszcze bardziej i tak już szeroki zakres szczególnej odpowiedzialności, jaka ciąży na podmiotach dominujących, które coraz częściej sankcjonowane są za działania całkowicie

⁸⁰ Ibidem, pkt 234–237.

⁸¹ Ibidem, pkt 241, 242.

zgodne z normami innych gałęzi prawa (Szmigielski, 2018). Powołane przez *Autorité* nadużycie w postaci tzw. obejścia celów prawa nie zostało wprost stypizowane w orzecznictwie TSUE jako samodzielne naruszenie. Zdaniem komentatorów powinno ono co najwyżej pełnić funkcję pomocniczą, która uprawdopodobnia abuzywny charakter innych praktyk. Jako samoistne nadużycie pozycji dominującej stwarza natomiast bardzo duże ryzyko dla przedsiębiorców o silnej pozycji rynkowej, gdyż m.in. wystawia ich na masowe dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych związanych z tym rzekomym naruszeniem prawa antymonopolowego (Giovannini, 2020).

Jednocześnie decyzja ta jest ważna, gdyż potwierdza znaczenie środków zabezpieczających jako narzędzia ochrony sytuacji konkurencyjnej na danym rynku przed zagrożeniem szkodą antymonopolową. Ma to szczególne znaczenie dla gałęzi gospodarki, takich jak sektor cyfrowy, który charakteryzuje się dużą dynamiką rozwoju oraz z uwagi na wspomniane bariery wejścia faworyzuje silnych graczy rynkowych. To wskazuje na rosnące zapotrzebowanie wykorzystywania decyzji zabezpieczających w prawie konkurencji, które potwierdziła zresztą Margrethe Vestager przy okazji wydania decyzji Komisji w sprawie *Broadcom* (KE, 2019). Co ciekawe, w prawie UE takie środki były przez długi czas bardzo rzadko stosowane ze względu na niekorzystną dla Komisji interpretację przepisów rozporządzenia 1/2003 przez Sąd, ułatwiającą zawieszenie ich stosowania w przypadku wykazania w odwołaniu poważnych wątpliwości co do ważności decyzji Komisji (Pitesa, 2020)⁸². Wyrok SA w Paryżu może jednak stanowić zachętę do stosowania tego typu środków zarówno przez unijne, jak i krajowe organy ochrony konkurencji.

Bibliografia

- Bundeskartellamt. (2015, 9 września). *Bundeskartellamt takes decision in ancillary copyright dispute*. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_09_2015_VG_Media_Google.html.
- Bundeskartellamt. (2021, 4 czerwca). *Bundeskartellamt examines Google News Showcase*. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/04_06_2021_Google_Showcase.html?nn=3599398.
- Colomo, P.I. (2020, 15 kwietnia). *Interim measures by the Autorité de la Concurrence: history repeats itself after IMS Health*. *Chillin' Competition*. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2020/04/15/interim-measures-by-the-autorite-de-la-concurrence-history-repeats-itself-after-ims-health/>.
- Giovannini, V. (2020, 29 października). *Interim measures confirmed against Google in the press publishers' Case*. *Competition Forum* [Blog]. 0004.
- Kanton, K., Łukawski J. i Murek S. (2000). Rynek uwagi: pojęcie i wyzwania przy antymonopolowej ocenie koncentracji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(7).
- KE. (2019). *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to impose interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets*. Komisja Europejska. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_19_6115.
- Masmi-Dazi, F. (2021, 4 lutego). *Accord sur les droits voisins : miroir aux alouettes ou avancée?* *Dalloz Actualité*. Pozyskano z: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/accord-sur-droits-voisins-miroir-aux-alouettes-ou-avancee#.YOLf4XD5VhF>.

⁸² Wyr. Sądu z dnia 26 października 2001 r. w sprawie T-184/01 R *IMS Health Inc. p. Komisji Europejskiej* (ECLI: EU:T:2001:259), pkt 66.

- Melamed, A.D. i Petit, N. (2019). The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets. *Review of Industrial Organization*, 54, 741–774.
- Pitesa, T. (2020, 9 kwietnia). Interim measures: A new enforcement pathway?!. *Kluwer Competition Law Blog*. Pozyskano z: http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/04/09/interim-measures-a-new-enforcement-pathway/#_ftn9.
- Sewerynik, A. (2019). Art. 85 PrAut. W: A. Michalak (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Stark, B. i Stegmann, D. (2020, 26 maja). *Are Algorithms a Threat to Democracy? The Rise of Intermediaries: A Challenge for Public Discourse*. Governing Platforms. Pozyskano z: <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2020/05/Governing-Platforms-communications-study-Stark-May-2020-AlgorithmWatch.pdf>.
- Szmigielski, A. (2018). Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(7).