Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (dziesiąta izba w składzie powiększonym)

z dnia 18 września 2024 r.*

Konkurencja – Nadużycie pozycji dominującej – Rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG – Decyzja stwierdzająca naruszenie art. 102 TFUE i art. 54 porozumienia EOG – Obowiązek wyłącznego zaopatrywania się – Ograniczenia umowne

W sprawie T-334/19

Google LLC, z siedzibą w Mountain View, Kalifornia (Stany Zjednoczone),

Alphabet Inc., z siedzibą w Mountain View,

które reprezentowali C. Jeffs, adwokatka, J. Holmes, KC, oraz J. Williams, barrister,

strona skarżąca,

popierane przez

Surfboard Holding BV, z siedzibą w Zeist (Niderlandy), którą reprezentowali E. Batchelor, solicitor oraz G. de Vasconcelos Lopes, adwokatka

oraz przez

Vinden.NL BV, z siedzibą w Rijseen (Niderlandy), którą reprezentowali B. Nijhof oraz N. Strous, adwokaci,

interwenienci,

przeciwko

Komisji Europejskiej, którą reprezentowali N. Khan, A. Dawes, T. Franchoo i C. Urraca Caviedes, w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

SĄD (dziesiąta izba w składzie powiększonym),

w składzie, podczas narady: A. Kornezov, prezes, E. Buttigieg, K. Kowalik-Bańczyk (sprawozdawczyni), G. Hesse i D. Petrlík, sędziowie,

* Język postępowania: angielski.

sekretarz: I. Kurme, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

po przeprowadzeniu rozprawy w dniach 2, 3 i 4 maja 2022 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 W swych opartych na art. 263 TFUE skargach skarżące, Google LLC, dawniej Google Inc., i jego spółka dominująca Alphabet Inc. (zwane dalej łącznie „Google") żądają przede wszystkim stwierdzenia nieważności decyzji Komisji C(2019) 2173 final z dnia 20 marca 2019 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 102 TFUE i art. 54 porozumienia EOG [sprawa AT.40411 – Wyszukiwarka Google (AdSense)] (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją") lub, tytułem żądania ewentualnego, uchylenia grzywny nałożonej na podstawie tej decyzji lub obniżenia jej kwoty.

I. Okoliczności powstania sporu

2 Google jest przedsiębiorstwem z sektora technologii informacyjnych i komunikacyjnych specjalizującym się w produktach i usługach związanych z Internetem, działającym w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG). Znany jest w szczególności ze swojej wyszukiwarki ogólnej, która umożliwia internautom znalezienie i dotarcie do odpowiadających ich zapotrzebowaniom stron internetowych za pomocą używanej przez nich przeglądarki i za pośrednictwem hiperłączy.

3 Wyszukiwarka Google, dostępna pod adresem „www.google.com" lub pod podobnymi adresami z rozszerzeniem krajowym, umożliwia uzyskanie wyników wyszukiwania wyświetlanych na stronach pojawiających się na ekranach internautów. Wyniki te albo są wybierane przez wspomnianą wyszukiwarkę według ogólnych kryteriów, a strony, do których odsyłają, nie płacą Google za pojawienie się wśród wyników wyszukiwania za ich wyświetlenia, albo według szczególnej logiki dla poszczególnego typu przeprowadzonego wyszukiwania, przy czym wyniki tego wyszukiwania mogą być również niezależne od płatności dokonywanych przez strony internetowe, do których odsyłają.

4 Na stronach wyników Google'a znajdują się również wyniki, które są związane z płatnościami przez strony internetowe, do których odsyłają. Wyniki te, zwane potocznie „reklamami" (a w języku angielskim w skrócie „ads"), również są powiązane z wyszukiwaniem prowadzonym przez internautę i wyróżniają się spośród naturalnych wyników wyszukiwania ogólnego lub wyspecjalizowanego, na przykład poprzez słowa „reklama" lub „sponsorowane". Ich wyświetlanie wiąże się z zobowiązaniami płatniczymi reklamodawców podjętymi w ramach licytacji, które są zarządzane za pośrednictwem platformy aukcyjnej Google'a.

A. W przedmiocie usług i umów Google'a dotyczących pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online

5 Od 2003 r. Google prowadzi również platformę pośrednictwa reklamowego o nazwie AdSense. Google rozwinął w tym względzie różne usługi, w tym w szczególności usługę pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online pod nazwą AdSense for Search (zwaną dalej „AFS"). AFS umożliwia niezależnym od Google'a wydawcom stron internetowych będącym podmiotami trzecimi, których strony internetowe zawierają zintegrowane wyszukiwarki internetowe, rozpowszechnianie reklam związanych z wyszukiwaniem online Google'a, gdy użytkownicy dokonują wyszukiwania na ich stronach internetowych.

6 Tak oto dostawcy usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online (zwani dalej „pośrednikami") umożliwiają wydawcom stron internetowych wyświetlanie reklam związanych z wyszukiwaniem online, którego dokonują użytkownicy na stronach internetowych zawierających zintegrowaną wyszukiwarkę. W ten sposób pośrednicy i wydawcy mogą dzielić się przychodami generowanymi przez wyświetlanie tych reklam.

7 Co się tyczy AFS, reklamodawcy musieli skojarzyć swoje reklamy ze słowami kluczowymi, którymi mogli posłużyć się użytkownicy odnośnych stron internetowych w ramach wyszukiwania online. W celu ustalenia, którzy reklamodawcy mogli wyświetlić swoje reklamy w odpowiedzi na wyszukiwanie online, Google brał pod uwagę przede wszystkim, po pierwsze, cenę, jaką każdy z tych reklamodawców wskazał, że jest gotów zapłacić w ramach przewidzianej w tym celu licytacji, a po drugie, znaczenie tych reklam dla rzeczonego wyszukiwania, a tym samym prawdopodobieństwo, że użytkownik kliknie na te reklamy. Reklamodawca płacił bowiem co do zasady cenę wynikającą z wyświetlania jego reklamy tylko wtedy, gdy użytkownik rzeczywiście na nią kliknął, w związku z czym wygenerowane przez takie wyświetlanie przychody z reklam nie zależały wyłącznie od kwoty danej aukcji.

8 Aby skorzystać z AFS, wydawcy zawierali z Google'm w szczególności dwa rodzaje umów.

9 Z jednej strony wydawcy mogli zawrzeć dla jednej lub większej liczby swoich stron internetowych „umowę online", a mianowicie standardową umowę niepodlegającą negocjacjom. Google określał wydawców, którzy zawarli taką umowę, jako „partnerów online".

10 Z drugiej strony wydawcy mogli zawrzeć dla jednej lub większej liczby swoich stron internetowych „Google Services Agreement" (umowę lub umowy dotyczące usług Google'a, zwane dalej „GSA"). W odróżnieniu od umowy online GSA były indywidualnie negocjowane z każdym wydawcą. Google określał wydawców, którzy zdecydowali się zawrzeć GSA, jako „partnerów bezpośrednich".

11 Google opracował wzory GSA, chociaż GSA były umowami indywidualnie negocjowanymi z partnerami bezpośrednimi. Owe wzory były wielokrotnie zmieniane, w szczególności w marcu 2009 r. Ponadto w celu zawarcia GSA partnerzy bezpośredni musieli wypełnić formularz zamówienia, w którym określali, czy chcą korzystać z AFS czy innej usługi AdSense, a także przedstawiali wykaz adresów stron internetowych, w odniesieniu do których chcieli skorzystać z żądanej usługi lub usług.

12 Do marca 2009 r. wzór GSA zawierał w szczególności dwie klauzule. Pierwsza klauzula (zwana dalej „klauzulą wyłączności") stanowiła, że partner bezpośredni nie może korzystać na wymienionych w formularzu zamówienia stronach internetowych z usług, które były identyczne

lub zasadniczo podobne do usług świadczonych przez Google'a na podstawie GSA lub które stanowiły bezpośrednią konkurencję dla tych usług. Druga klauzula (zwana dalej „klauzulą angielską") stanowiła, że z zastrzeżeniem klauzuli wyłączności partner bezpośredni i Google powinni podjąć starania w celu wynegocjowania nowego formularza zamówienia przed skontaktowaniem się z innym dostawcą usług wyszukiwania internetowego lub reklam. Ponadto w przypadku gdy partner bezpośredni i Google nie doszli do porozumienia w sprawie nowego formularza zamówienia, a partner bezpośredni postanowił skontaktować się z takim dostawcą, klauzula ta przewidywała, że Google mógł złożyć ofertę odpowiadającą warunkom zaproponowanym przez tego ostatniego.

13 Od marca 2009 r. wzór GSA nie zawierał już ani klauzuli wyłączności, ani klauzuli angielskiej. Zamiast nich zawarto dwie nowe klauzule. Pierwsza (zwana dalej „klauzulą pozycjonowania") stanowiła, że w odniesieniu do stron internetowych korzystających z AFS partner bezpośredni był zobowiązany, po pierwsze, do wyświetlania minimalnej liczby reklam związanych z wyszukiwaniem online pochodzących od Google'a, a po drugie, do niewyświetlania takich reklam pochodzących od innych pośredników (zwanych dalej „konkurencyjnymi reklamami") nad reklamami pochodzącymi od Google'a ani w sposób bezpośrednio do nich przylegający. Druga (zwana dalej „klauzulą uprzedniego zezwolenia") nakładała na partnera bezpośredniego obowiązek uzyskania zgody Google'a przed zmianą wyświetlania wszystkich reklam związanych z wyszukiwaniem online, w tym konkurencyjnych reklam, znajdujących się na ich stronach wyników. Wskazano również, że Google może odmówić udzielenia zgody jedynie z pewnych powodów i że domniemywa się, iż wyraża zgodę, jeżeli nie udzieli odpowiedzi w terminie piętnastu dni roboczych.

14 Wszystkie GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia zawierały również klauzulę pozycjonowania. Natomiast wszystkie GSA zawierające klauzulę pozycjonowania niekoniecznie zawierały klauzulę uprzedniego zezwolenia.

15 Wreszcie formularz zamówienia odpowiadający wzorowi GSA z marca 2009 r. przewidywał załączenie zrzutów ekranu stron wyników stron internetowych wymienionych w tym formularzu zamówienia do celów korzystania z AFS (zwanych dalej „makietami"). Makiety miały przedstawiać liczbę, format i umiejscowienie pochodzących od Google'a reklam związanych z wyszukiwaniem online na tych stronach.

B. W przedmiocie postępowania administracyjnego

16 W styczniu 2010 r. Bundeskartellamt (federalny urząd ds. karteli, Niemcy) przekazał Komisji Europejskiej skargę wniesioną przez Ciao GmbH przeciwko Google'owi.

17 W dniu 30 listopada 2010 r. Komisja wszczęła postępowanie przeciwko Google'owi na podstawie art. 2 ust. 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszącego się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. [101] i art. [102 TFUE] (Dz.U. 2004, L 123, s. 18).

18 Odpowiednio w dniach 31 marca 2011 r., 30 marca 2012 r. i 30 stycznia 2013 r. Microsoft Corporation, Expedia Inc. i Initiative for a Competitive Online Marketplace złożyły skargę przeciwko Google'owi.

19 W dniu 13 marca 2013 r. Komisja przyjęła wstępną ocenę w rozumieniu art. 9 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101] i [102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1), która dotyczyła w szczególności zobowiązań umownych nałożonych przez Google'a w odniesieniu do kampanii reklamowych związanych z wyszukiwaniem online.

20 W dniach 3 kwietnia 2013 r., 21 października 2013 r. i 31 stycznia 2014 r., w odpowiedzi na zastrzeżenia wyrażone we wstępnej ocenie, Google zaproponował Komisji zobowiązania.

21 Odpowiednio w dniach 16 maja 2014 r. i 2 lipca 2015 r. Deutsche Telekom AG oraz [*poufne*] [1] i jej spółka zależna, [*poufne*], złożyły skargę przeciwko Google'owi.

22 W dniu 21 kwietnia 2016 r. wycofano skargi spółek Microsoft i Ciao przeciwko Google'owi.

23 W dniu 14 lipca 2016 r. Komisja postanowiła wszcząć postępowanie przewidziane w art. 2 ust. 1 rozporządzenia nr 773/2004 w odniesieniu do przewidzianych w GSA klauzul wyłączności, pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia. W tym samym dniu Komisja wydała na podstawie art. 10 tego rozporządzenia pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w którym poinformowała Google'a, że klauzule te mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej, a w konsekwencji naruszać art. 102 TFUE.

24 W dniu 9 września 2016 r. Google poinformował Komisję, że wysłał pisma do wszystkich partnerów bezpośrednich, w których przekazał im informując, że rezygnuje ze stosowania klauzul wyłączności i uprzedniego zezwolenia w całości, a także z niektórych postanowień klauzuli pozycjonowania.

25 W dniu 20 marca 2019 r. Komisja wydała zaskarżoną decyzję.

C. W przedmiocie zaskarżonej decyzji

26 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że Google popełnił trzy odrębne naruszenia art. 102 TFUE, stanowiące łącznie jednolite i ciągłe naruszenie tego postanowienia. W konsekwencji Komisja nakazała Google LLC zapłatę grzywny, w tym część solidarnie z Alphabet Inc.

1. W przedmiocie definicji rynku

27 Komisja uznała, że krajowe rynki reklamy związanej z wyszukiwaniem online oraz rynek pośrednictwa reklamowego związanego z tym wyszukiwaniem w EOG stanowią odrębne rynki właściwe do celów jej analizy.

[1] Dane poufne utajnione.

a) W przedmiocie krajowych rynków reklamy związanej z wyszukiwaniem online

1) W przedmiocie rynku produktowego

28 Komisja uznała, że udostępnianie reklam związanych z wyszukiwaniem online, a mianowicie reklam internetowych wyświetlanych w następstwie wyszukiwania za pomocą słowa kluczowego, dokonywanego przez użytkowników na stronach internetowych zawierających wyszukiwarkę, stanowi odrębny rynek produktowy.

29 Komisja wyjaśniła, że rynek ten zakłada połączenie wyszukiwań przeprowadzanych przez użytkowników ze związanymi z nimi odpowiednimi reklamami przez platformy reklamowe związane z wyszukiwaniem online. Zauważyła ona również, że na tym rynku popyt tworzą użytkownicy i reklamodawcy, a podaż – operatorzy platform reklamowych związanych z wyszukiwaniem online. Zgodnie z wyjaśnieniami Komisji platformy te wymagały usługi wyszukiwania ogólnego, technologii mającej na celu połączenie wyszukiwań użytkowników ze związanymi z nimi odpowiednimi reklamami oraz wystarczająco dużej bazy reklamodawców, aby konkurować z innymi platformami reklamowymi związanymi z wyszukiwaniem online.

30 Aby dojść do wniosku, że rynek reklamy związanej z wyszukiwaniem online jest odrębnym rynkiem produktowym, Komisja odróżniła reklamy związane z wyszukiwaniem online od trzech innych rodzajów reklam.

31 Po pierwsze, Komisja uznała, że reklamy offline, takie jak reklamy rozpowszechniane w telewizji, radiu lub gazetach, nie mogą zastąpić reklam internetowych.

32 Po drugie, Komisja uznała, że reklamy związane z wyszukiwaniem online nie mogą zastąpić reklam internetowych, które nie są związane z wyszukiwaniem online, a mianowicie reklam, które są umieszczone bezpośrednio na stronie internetowej bez związku z wyszukiwaniem dokonywanym przez użytkowników za pomocą słowa kluczowego.

33 Po trzecie, Komisja uznała, że reklamy związane z wyszukiwaniem online nie mogą zastąpić wyników wyspecjalizowanego wyszukiwania online, które wiążą się z odpłatnym odsyłaniem do produktów i usług reklamodawców, na przykład na stronach wyszukiwania ogólnego Google'a za pośrednictwem usług „Google Shopping" i „Google Hotel Finder".

2) W przedmiocie rynku geograficznego

34 Z geograficznego punktu widzenia Komisja uznała, że rynek reklamy związanej z wyszukiwaniem online ma charakter krajowy, określając rynki krajowe w obrębie EOG.

b) W przedmiocie rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG

1) W przedmiocie rynku produktowego

35 Komisja wskazała, że świadczenie usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, czyli usług, które – tak jak AFS – umożliwiają wydawcom „sprzedaż" przestrzeni reklamowej na ich stronach na rzecz reklamodawców zamierzających wyświetlać reklamy związane z wyszukiwaniem online, stanowi odrębny rynek produktowy.

36 Po pierwsze, Komisja uznała, że istnieje ograniczona substytucyjność między, jak to ujęto w zaskarżonej decyzji, „sprzedażą" reklam internetowych poprzez pośrednictwo a sprzedażą reklam internetowych prowadzoną bezpośrednio przez wydawców.

37 Po drugie, Komisja uznała, że istnieje ograniczona substytucyjność między usługami pośrednictwa w zakresie reklam związanych z wyszukiwaniem online a usługami pośrednictwa w zakresie reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

2) W przedmiocie rynku geograficznego

38 Z geograficznego punktu widzenia Komisja uznała, że rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online obejmuje cały EOG.

2. W przedmiocie pozycji dominującej

39 Komisja zauważyła, że Google zajmował pozycję dominującą, po pierwsze, na 30 z 31 krajowych rynków reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG w różnych okresach w latach 2006–2016, a po drugie, na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w latach 2006–2016.

a) W przedmiocie krajowych rynków reklamy związanej z wyszukiwaniem online

40 Komisja uznała, że Google zajmował w różnych okresach, w latach 2006–2016, pozycję dominującą na wszystkich krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, biorąc pod uwagę jego udziały na rynku, bariery wejścia na rynek i bariery dla rozwoju oraz brak wyrównawczej siły nabywczej reklamodawców.

1) W przedmiocie udziałów w rynku

41 Po pierwsze, Komisja obliczyła udziały Google'a w rynku, opierając się zarówno na jego przychodach brutto, jak i na przychodach netto. Komisja stwierdziła, że w latach 2006–2016 Google posiadał ponad [*poufne*] % udziału w rynku na wszystkich rynkach krajowych EOG, w odniesieniu do których dysponowała informacjami, z wyjątkiem Republiki Czeskiej, Portugalii, Słowenii, Finlandii, Szwecji i Norwegii. Komisja dodała, że w 2016 r. udział Google'a w rynku przekraczał [*poufne*] %, opierając się na jego przychodach brutto, oraz [*poufne*] %, w oparciu o jego przychody netto, na wszystkich rynkach krajowych EOG, w odniesieniu do których dysponowała informacjami, w tym w Republice Czeskiej, Słowenii, Finlandii i Szwecji.

42 Po drugie, Komisja obliczyła udziały Google'a w rynku na podstawie liczby wyszukiwań online. Komisja stwierdziła, że w latach 2010–2013 Google posiadał ponad [*poufne*] % udziałów w rynku na wszystkich rynkach krajowych EOG, w odniesieniu do których dysponowała informacjami.

43 Po trzecie, Komisja uznała, że w okresie od 2006 r. do 2016 r. Google konfrontował się z ograniczoną konkurencją ze strony innych dostawców reklam związanych z wyszukiwaniem online, w tym ze strony Microsoftu i Yahoo!, pomimo nabycia przez tego ostatniego w 2003 r. Overture Services Inc., która to spółka była wówczas prekursorem i liderem w tej dziedzinie.

2) W przedmiocie barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju

44 Komisja uznała, że na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online istnieją liczne bariery utrudniające wejście na rynek i bariery dla rozwoju.

45 Po pierwsze, Komisja wskazała, że aby dostawca reklam związanych z wyszukiwaniem online mógł rozpocząć działalność, wymagane są znaczne inwestycje i że dotyczy to również dostawców reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

46 Po drugie, Komisja uznała, że krajowe rynki reklamy związanej z wyszukiwaniem online charakteryzują się efektami sieciowymi.

47 Z jednej strony Komisja wskazała, że im więcej reklamodawców korzysta z usługi jednego z dostawców reklam związanych z wyszukiwaniem online, tym większy wybór może mieć ten dostawca spośród znacznej liczby reklam związanych z wyszukiwaniem online, a tym samym może zwiększyć adekwatność reklam, które wyświetla w odpowiedzi na wyszukiwanie użytkownika online.

48 Z drugiej strony Komisja stwierdziła, że im większa jest liczba użytkowników usługi wyszukiwania ogólnego, tym bardziej prawdopodobne jest, że reklama związana z wyszukiwaniem online zostanie wyświetlona zainteresowanemu nią użytkownikowi.

49 Po trzecie, Komisja uznała, że konkurencyjni dostawcy reklam związanych z wyszukiwaniem online nie mogą łatwo dorównać „sile" usługi wyszukiwania ogólnego Google'a i „interakcji" tej usługi z reklamą związaną z wyszukiwaniem online. Wskazała ona w tym względzie, że w 2016 r. usługa wyszukiwania ogólnego Google'a posiadała udział w rynku przekraczający [*poufne*] % w każdym z państw członkowskich EOG, z wyjątkiem Republiki Czeskiej, gdzie utrzymywała się ona jednak powyżej [*poufne*] %.

50 Po czwarte, Komisja stwierdziła, że prawie wszyscy reklamodawcy korzystali z platformy aukcyjnej Google'a, AdWords, powiązanej z usługą wyszukiwania ogólnego Google'a.

51 Po piąte, Komisja zauważyła, że od 2006 r. i wypuszczenia przez Microsoft adCenter nie doszło do żadnego znaczącego wejścia na jakikolwiek krajowy rynek reklamy związany z wyszukiwaniem online w EOG.

52 Po szóste, Komisja podniosła, że Google wzmocnił swoją pozycję dominującą, zawierając w październiku 2015 r. porozumienie z Yahoo! Inc. przewidujące udostępnianie na rzecz tego ostatniego reklam związanych z wyszukiwaniem online, usług wyszukiwania ogólnego i specjalistycznych usług wyszukiwania obrazami.

3) W przedmiocie braku wyrównawczej siły nabywczej

53 Komisja uznała, że krajowe rynki reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG charakteryzują się brakiem wyrównawczej siły nabywczej reklamodawców.

54 Po pierwsze, Komisja stwierdziła z jednej strony, że każdy reklamodawca reprezentuje niewielką część popytu na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, a z drugiej strony, że reklamodawcy nie mogą poprzestać na korzystaniu z platform reklamowych konkurentów Google'a.

55 Po drugie, Komisja zauważyła, że reklamodawcy nie mogli negocjować warunków swoich umów z Google'm, które dotyczyły świadczenia usług reklamowych związanych z wyszukiwaniem online, oraz że Google narzucał im wysokie ceny.

b) W przedmiocie rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG

56 Komisja uznała, że Google zajmował w latach 2006–2016 pozycję dominującą na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG, biorąc pod uwagę jego udziały w rynku, bariery wejścia na rynek i bariery dla rozwoju, a także brak wyrównawczej siły nabywczej wydawców.

1) W przedmiocie udziałów w rynku

57 Po pierwsze, opierając się na przychodach brutto Google'a, Komisja stwierdziła z jednej strony, na podstawie danych pochodzących od Google'a, że w latach 2006–2016 Google posiadał udziały w rynku, które zawsze przekraczały [*poufne*] % i które w tym ostatnim roku osiągnęły [*poufne*] %, a z drugiej strony, na podstawie danych pochodzących od Google'a, Microsoftu i Yahoo!, że Google posiadał udziały w rynku powyżej [*poufne*] % w 2006 r., które w latach 2007–2014 nadal przekraczały [*poufne*] %.

58 Po drugie, opierając się na przychodach netto Google'a, Komisja stwierdziła z jednej strony na podstawie danych pochodzących od Google'a, że w 2006 r. Google posiadał udziały w rynku przekraczające [*poufne*] % a w latach 2007–2016 przekraczające [*poufne*] %, a z drugiej strony, na podstawie danych pochodzących od Google'a i Yahoo!, Google posiadał udziały w rynku, które zawsze przekraczały [*poufne*] % w latach 2006–2011 i które osiągnęły w tym ostatnim roku ponad [*poufne*] %.

59 Po trzecie, Komisja wywnioskowała z udziałów Google'a w rynku, że konfrontował się on z ograniczoną konkurencją ze strony innych pośredników.

2) W przedmiocie barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju

60 Komisja uznała, że istniały liczne bariery wejścia i bariery dla rozwoju na rynku pośrednictwa w reklamie związanej z wyszukiwaniami online w EOG.

61 Po pierwsze, Komisja zauważyła, że w celu stworzenia, utrzymania i ciągłego ulepszania „platformy reklamowej związanej z wyszukiwaniem online" wymagane są znaczne inwestycje.

62 Po drugie, Komisja uznała, że rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online charakteryzuje się efektami sieciowymi. W tym względzie wskazała ona, że sukces pośrednika zależy od liczby reklamodawców i wydawców, których jest on w stanie przyciągnąć, oraz od wielkości jego portfela reklam związanych z wyszukiwaniem online. Komisja wyjaśniła, że te różne elementy są ze sobą powiązane, tak że pośrednik, który nie przyciągnie wystarczającej liczby wydawców, również nie przyciągnie wystarczającej liczby reklamodawców. Ponadto stwierdziła ona, że im więcej reklamodawców korzysta z usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, tym większy wybór pośrednik może mieć spośród znacznej liczby reklam związanych z tym wyszukiwaniem, a tym samym zwiększyć adekwatność reklam, które wyświetla w odpowiedzi na wyszukiwanie online użytkownika.

63 Po trzecie, Komisja podniosła, że od grudnia 2009 r. i partnerstwa zawartego przez Microsoft i Yahoo! nie miało miejsca żadne znaczące wejście na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. Komisja dodała, że od 2007 r. „kilku" pośredników konkurujących z Google'm zostało zmarginalizowanych lub opuściło ten rynek.

3) W przedmiocie braku wyrównawczej siły nabywczej

64 Komisja uznała, że rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG charakteryzuje się brakiem wyrównawczej siły nabywczej wydawców.

65 Po pierwsze, Komisja stwierdziła z jednej strony, że każdy wydawca reprezentował niewielką część popytu na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG, a z drugiej strony, że wydawcy nie mogli poprzestać na korzystaniu z usług konkurencyjnych pośredników, ponieważ AFS generowała dla nich najwyższe przychody.

66 Po drugie, Komisja stwierdziła, że Google z jednej strony od 2013 r. przestał zapewniać wydawcom minimalny dochód, a z drugiej strony w latach 2007–2016 zmniejszył średnio odsetek przychodów wypłacanych wydawcom.

3. W przedmiocie klauzuli wyłączności zawartej w GSA, w których partnerzy bezpośredni „zwykle" uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe

67 Komisja uznała, że klauzula wyłączności stanowiła od dnia 1 stycznia 2006 r. do dnia 31 marca 2016 r. nadużycie pozycji dominującej, ponieważ klauzula ta była zawarta w GSA, w których partnerzy bezpośredni „zwykle" uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe wyświetlające reklamy związane z wyszukiwaniem online. Tytułem głównym stwierdziła ona, że klauzula ta, w tych okolicznościach, nakładała na owych partnerów bezpośrednich obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, który jako taki był sprzeczny z art. 102 TFUE. Posiłkowo Komisja uznała, że wspomniana klauzula w zakresie, w jakim nakładała taki obowiązek, była sprzeczna z rzeczonym postanowieniem z tego względu, że mogła ograniczać konkurencję. Partnerów, którzy zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w co najmniej jednym z ich GSA, określała ona jako „partnerów bezpośrednich wszystkich stron internetowych".

a) W przedmiocie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w zakresie, w jakim stanowiła ona obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, jako taki, sprzeczny z art. 102 TFUE

68 Z jednej strony Komisja przypomniała orzecznictwo Trybunału wynikające z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36, pkt 89), zgodnie z którym „w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego dominującą pozycję na rynku fakt związania nabywców – nawet na ich wniosek – obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w tym przedsiębiorstwie w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania stanowi nadużywanie dominującej pozycji w rozumieniu art. [102 TFUE]".

69 Z drugiej strony Komisja stwierdziła, że klauzula wyłączności ustanawiała w niniejszym przypadku obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, ponieważ zobowiązywała ona partnerów bezpośrednich wszystkich stron internetowych do pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w Google'u. W tym względzie Komisja zauważyła przede wszystkim, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z tymi partnerami bezpośrednimi miała zastosowanie „zwykle" do wszystkich ich stron internetowych wyświetlających reklamy związane z wyszukiwaniem online, następnie, że wspomniani partnerzy bezpośredni nie mogli odstąpić od tej klauzuli przed upływem okresu obowiązywania ich GSA, i wreszcie, że GSA zawarte z dwoma z tych partnerów bezpośrednich, a mianowicie [*poufne*] i [*poufne*], zobowiązywały tych partnerów do stosowania rzeczonej klauzuli do wszystkich ich stron internetowych, które wyświetlają takie reklamy.

70 W tych okolicznościach Komisja uznała tytułem głównym, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron jest sprzeczna z art. 102 TFUE, bez konieczności badania, czy klauzula ta mogła ograniczać konkurencję w świetle wszystkich okoliczności sprawy.

b) W przedmiocie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, w zakresie, w jakim ustanawiała ona obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, który może ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 102 TFUE

71 Posiłkowo Komisja uznała, że klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, ustanawiała obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, który w świetle wszystkich okoliczności sprawy mógł ograniczać konkurencję.

72 Komisja zauważyła, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, po pierwsze, zniechęciła ich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom. Ponadto Komisja stwierdziła, że klauzula angielska zwiększyła zdolność klauzuli wyłączności do ograniczenia konkurencji.

73 Komisja dodała, że w ramach badania istotnych okoliczności wzięła pod uwagę, po pierwsze, wagę pozycji dominującej Google'a z jednej strony na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, a z drugiej strony na rynku

pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem w EOG, po drugie, część tego ostatniego rynku objętą klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, a po trzecie, „okres obowiązywania [tej] klauzuli".

c) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia

74 Komisja odrzuciła obiektywne uzasadnienie, na które powołał się Google w toku postępowania administracyjnego.

75 Po pierwsze, Google podniósł w toku postępowania administracyjnego, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron jest konieczna do zapewnienia mu wystarczającego poziomu dochodów, aby wesprzeć z jednej strony inwestycje niezbędne do zarządzania i ulepszania jego usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, a z drugiej strony konkretne inwestycje dokonywane na rzecz tych partnerów bezpośrednich.

76 Po drugie, Google podniósł, że AFS wywołuje skutki prokonkurencyjne, zwiększając jakość doświadczenia użytkowników, przychody z reklam, użyteczność stron wyszukiwania dla wydawców oraz ekspozycję reklamodawców wśród użytkowników zainteresowanych ich produktami.

77 Z jednej strony Komisja uznała, że Google nie wykazał, iż inwestycje, na które się powołał, nie zostałyby zrealizowane w braku klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. W tym względzie Komisja wskazała zasadniczo, że fakt, iż Google zastąpił wspomnianą klauzulę klauzulami pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia, świadczy o tym, że mógł on zrealizować rzeczone inwestycje z mniej restrykcyjnymi klauzulami. Z drugiej strony Komisja stwierdziła, że skutki prokonkurencyjne podnoszone przez Google'a nie mają znaczenia dla ustalenia, czy klauzula wyłączności jest obiektywnie uzasadniona.

4. W przedmiocie klauzuli pozycjonowania

78 Komisja uznała, że w okresie od 31 marca 2009 r. do 6 września 2016 r. klauzula pozycjonowania stanowiła nadużycie pozycji dominującej, ponieważ klauzula ta mogła ograniczać konkurencję, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, oraz że Google nie wykazał, iż owa klauzula była obiektywnie uzasadniona.

a) W przedmiocie zakresu klauzuli pozycjonowania

79 W pierwszej kolejności Komisja uznała, że klauzula pozycjonowania zastrzegała najbardziej widoczną przestrzeń stron internetowych partnerów objętych tą klauzulą dla reklam związanych z wyszukiwaniem online pochodzących od Google'a.

80 W drugiej kolejności Komisja uznała, że klauzula pozycjonowania nakładała na partnerów bezpośrednich obowiązek umieszczenia w najbardziej widocznych miejscach stron internetowych objętych tą klauzulą, po pierwsze, „bloku" trzech reklam „dużego formatu" związanych z wyszukiwaniem online pochodzącym od Google'a, gdy wyszukiwanie odbywało się za pomocą komputera, a po drugie, przynajmniej jednej reklamy związanej z wyszukiwaniem online pochodzącym od Google'a, gdy wyszukiwanie odbywało się za pomocą urządzenia mobilnego.

b) W przedmiocie ograniczenia konkurencji wynikającego z klauzuli pozycjonowania

81 Komisja zauważyła, że klauzula pozycjonowania, po pierwsze, zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu jego pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom. Ponadto stwierdziła ona, że wiążący charakter makiet zwiększył zdolność rzeczonej klauzuli do ograniczenia konkurencji.

82 Komisja dodała, że w ramach badania istotnych okoliczności wzięła pod uwagę, po pierwsze, wagę pozycji dominującej Google'a z jednej strony na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, a z drugiej strony na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem w EOG, po drugie, część tego ostatniego rynku objętą klauzulą pozycjonowania, a po trzecie, „okres obowiązywania [tej] klauzuli".

c) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia

83 Komisja odrzuciła obiektywne uzasadnienie, na które powołał się Google w toku postępowania administracyjnego.

84 Po pierwsze, Google podniósł w toku postępowania administracyjnego, że klauzula pozycjonowania jest konieczna do zapewnienia mu w pewnym stopniu wystarczających dochodów, aby uzasadnić inwestycje dokonywane na rzecz partnerów bezpośrednich oraz zmaksymalizować ich dochody (zob. pkt 75 powyżej).

85 Po drugie, Google podniósł, że pewien stopień stabilności w wyświetlaniu reklam związanych z wyszukiwaniem online jest konieczny do utrzymania ich adekwatności.

86 Komisja zauważyła, że Google nie wykazał, iż inwestycje, na które się powołał, nie zostałyby zrealizowane w braku klauzuli pozycjonowania. Ponadto stwierdziła ona, że podnoszona przez Google'a okoliczność, zgodnie z którą wspomniana klauzula umożliwiła zwiększenie dochodów z reklam partnerów bezpośrednich, nie ma znaczenia dla ustalenia, czy doszło do naruszenia art. 102 TFUE. Wreszcie Komisja uznała, że Google mógł utrzymać adekwatność reklam związanych z wyszukiwaniem online za pomocą mniej restrykcyjnych środków, takich jak zalecenia. Komisja wyjaśniła w tym względzie, że fakt, iż Google zrezygnował w 2016 r. ze stosowania niektórych postanowień rozpatrywanej klauzuli (zob. pkt 24 powyżej), potwierdził, że mógł on przyjąć mniej restrykcyjne środki.

5. W przedmiocie klauzuli uprzedniego zezwolenia

87 Komisja uznała, że w okresie od 31 marca 2009 r. do 6 września 2016 r. klauzula uprzedniego zezwolenia stanowiła nadużycie pozycji dominującej, ponieważ klauzula ta mogła ograniczać konkurencję, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, oraz że Google nie wykazał, iż owa klauzula była obiektywnie uzasadniona.

a) W przedmiocie ograniczenia konkurencji wynikającego z klauzuli uprzedniego zezwolenia

88 Komisja zauważyła, że klauzula uprzedniego zezwolenia, po pierwsze, zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu jego pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom.

89 Komisja dodała, że w ramach badania istotnych okoliczności wzięła pod uwagę, po pierwsze, wagę pozycji dominującej Google'a z jednej strony na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, a z drugiej strony na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem w EOG, po drugie, część tego ostatniego rynku objętą klauzulą uprzedniego zezwolenia, a po trzecie, „okres obowiązywania [tej] klauzuli".

b) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia

90 Komisja odrzuciła obiektywne uzasadnienie, na które powołał się Google w toku postępowania administracyjnego.

91 W toku postępowania administracyjnego Google podniósł, że klauzula uprzedniego zezwolenia jest konieczna, aby umożliwić partnerom bezpośrednim wyświetlanie konkurencyjnych reklam zgodnych z jego wymogami jakości, w szczególności w celu zapobieżenia wyświetlaniu reklam podszywających się pod reklamy Google'a, które promują niewłaściwe treści lub prowadzą do zainstalowania na komputerze użytkownika złośliwego oprogramowania.

92 Komisja uznała, że Google nie wyjaśnił powodów, dla których partnerzy bezpośredni powinni wyświetlać konkurencyjne reklamy zgodne z jego wymogami jakości, ani w jaki sposób klauzula uprzedniego zezwolenia miałaby zapobiegać szkodliwym praktykom na odnośnych stronach internetowych. Ponadto uznała ona, że Google mógł wyegzekwować przestrzeganie swoich wymogów jakości i chronić swój znak towarowy za pomocą mniej restrykcyjnych środków. Komisja ponadto wyjaśniła w tym względzie, że fakt, iż Google zrezygnował w 2016 r. ze stosowania rzeczonej klauzuli (zob. pkt 24 powyżej), potwierdził, że mógł on przyjąć mniej restrykcyjne środki.

6. W przedmiocie ciągłego i jednolitego naruszenia

93 Komisja uznała, że trzy nadużycia pozycji dominującej wynikające, odpowiednio, z klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, z klauzuli pozycjonowania i z klauzuli uprzedniego zezwolenia stanowiły łącznie jednolite i ciągłe naruszenie art. 102 TFUE, które trwało od dnia 1 stycznia 2006 r. do dnia 6 września 2016 r.

94 W tym względzie, po pierwsze, Komisja uznała, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, klauzula pozycjonowania i klauzula uprzedniego zezwolenia służyły temu samemu celowi, a mianowicie wykluczeniu pośredników

konkurujących z Google'm aby utrzymać i wzmocnić jego pozycję na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online i na rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a w konsekwencji jego pozycję na rynku wyszukiwania ogólnego.

95 Po drugie, Komisja uznała, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, klauzula pozycjonowania i klauzula uprzedniego zezwolenia były komplementarne w zakresie, w jakim zmierzały do zniechęcenia partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się w konkurencyjne reklamy i uniemożliwienia konkurentom Google'a dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. W tym względzie Komisja wyjaśniła w szczególności, że Google sam określił klauzulę pozycjonowania jako „złagodzoną klauzulę wyłączności" oraz że wszystkie GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia zawierały również klauzulę pozycjonowania.

7. W przedmiocie wpływu na handel między państwami członkowskimi

96 Komisja uznała, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, klauzula pozycjonowania, jak i klauzula uprzedniego zezwolenia, mogły zarówno pojedynczo, jak i łącznie, mieć znaczący wpływ na handel między państwami członkowskimi.

8. W przedmiocie grzywny

97 Komisja nakazała Google LLC zapłatę grzywny w wysokości 1 494 459 000 EUR, z czego 130 135 475 EUR solidarnie z Alphabet Inc.

II. Żądania stron

98 Google wnosi do Sądu o:

– tytułem żądania głównego, stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

– tytułem żądania ewentualnego, uchylenie lub obniżenie kwoty grzywny;

– obciążenie Komisji kosztami postępowania.

99 Surfboard Holding BV (zwana dalej „Surfboardem") i Vinden.NL BV (zwana dalej „Vindenem") wnoszą, w świetle uwag tej ostatniej dotyczących sprawozdania na rozprawę, do Sądu o:

– stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

– obciążenie Komisji kosztami postępowania.

100 Komisja wnosi do Sądu o:

– oddalenie skargi;

– obciążenie Google'a kosztami postępowania;

– obciążenie Surfboardu i Vindena kosztami związanymi z ich odpowiednimi interwencjami.

III. Co do prawa

101 Na poparcie swojej skargi Google podnosi pięć zarzutów, z których: pierwszy dotyczy tego, że Komisja błędnie zdefiniowała rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, a w konsekwencji nie wykazała pozycji dominującej Google'a na tym rynku; drugi – tego, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron nie stanowi nadużycia pozycji dominującej; trzeci i czwarty – tego, że klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia nie stanowią takich nadużyć; oraz piąty – tego, że Komisja niesłusznie nałożyła na Google grzywnę.

A. Uwagi wstępne

102 Zgodnie z art. 102 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może ono wpływać na handel między państwami członkowskimi.

103 Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału, artykuł ten ma na celu uniknięcie naruszeń konkurencji ze szkodą dla interesu ogólnego oraz dla przedsiębiorstw indywidualnych i konsumentów poprzez karanie przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą za zachowania, które ograniczają konkurencję pozacenową, a tym samym mogą wyrządzić tym podmiotom bezpośrednią szkodę, lub też uniemożliwiają lub zakłócają tę konkurencję, a tym samym mogą wyrządzić im szkodę pośrednią (wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, pkt 124; zob. także podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 20). Pojęcie „nadużywania" w rozumieniu tego postanowienia ma zatem na celu ukaranie zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które to zachowania – na rynku, na którym ze względu na obecność tego przedsiębiorstwa konkurencja jest już osłabiona – stwarzają przeszkodę w utrzymaniu struktury skutecznej konkurencji (zob. wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

104 Na przedsiębiorstwach zajmujących pozycję dominującą, niezależnie od przyczyn takiej pozycji, ciąży zatem szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszały one skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym (zob. wyroki: z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 135; z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 38).

105 Natomiast celem art. 102 TFUE nie jest ani uniemożliwienie przedsiębiorstwom zdobycia poprzez ich własne zasługi pozycji dominującej na jednym lub kilku rynkach, ani zapewnienie pozostania na rynku konkurencyjnym przedsiębiorstwom, które są mniej skuteczne niż przedsiębiorstwa zajmujące taką pozycję (wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, pkt 126; zob. także podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 21). Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi bowiem koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji, ponieważ z definicji konkurencja pozacenowa może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem mniej interesujących dla konsumentów, w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności (zob. wyrok

z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. także podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 133, 134).

106 Zatem nadużycie pozycji dominującej może być w szczególności stwierdzone, gdy zarzucane zachowanie wywołało skutki w postaci wykluczenia wobec konkurentów równie skutecznych jak podmiot, który dopuścił się tego zachowania, pod względem struktury kosztów, potencjału innowacyjnego lub jakości, lub też gdy wspomniane zachowanie opierało się na wykorzystaniu środków innych niż środki wchodzące w zakres „normalnej" konkurencji, czyli pozacenowej (zob. wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

107 W tym względzie do Komisji należy wykazanie, że dane zachowanie ma charakter nadużycia, w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych towarzyszących rozpatrywanemu zachowaniu, w tym okoliczności, które zostały wskazane w materiale dowodowym przedstawionym w ramach obrony przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą (zob. wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

108 Prawdą jest, że aby ustalić, czy dane zachowanie ma charakter nadużycia, Komisja niekoniecznie musi wykazać, że zachowanie to rzeczywiście wywołało skutki antykonkurencyjne. Artykuł 102 TFUE ma bowiem na celu ukaranie wykorzystywania przez przedsiębiorstwo lub większą liczbę przedsiębiorstw w sposób stanowiący nadużycie pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej części tego rynku, niezależnie od tego, czy to nadużywanie okazało się skuteczne. W związku z tym Komisja może stwierdzić naruszenie art. 102 TFUE, ustaliwszy, że w okresie, w którym rozpatrywane zachowanie miało miejsce, przedsiębiorstwo miało w okolicznościach danej sprawy zdolność do ograniczenia konkurencji pozacenowej pomimo braku skutków (zob. wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

109 Jednakże owo wykazanie powinno co do zasady opierać się na konkretnych dowodach, które wykazują, wykraczając poza zwykłą hipotezę, rzeczywistą zdolność danej praktyki do wywołania takich skutków, przy czym istniejące w tym względzie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść przedsiębiorstwa stosującego taką praktykę (zob. wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

110 Należy bowiem zauważyć, że w odróżnieniu na przykład od analizy prospektywnej wymaganej w celu zbadania planowanej koncentracji, kiedy to konieczne jest przewidzenie zdarzeń, które zajdą w przyszłości z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem, jeśli nie zostanie wydana żadna decyzja zakazująca planowanej koncentracji lub określająca jej warunki, Komisja najczęściej, w przypadku gdy wymierza karę za nadużycie pozycji dominującej, bada wydarzenia z przeszłości, o których dostępnych jest, co do zasady, wiele informacji pozwalających na zrozumienie jego przyczyn i ocenę jego rzeczywistego wpływu na skuteczną konkurencję (zob. podobnie wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 42).

111 W tym celu Komisja może w szczególności, na podstawie art. 18 rozporządzenia nr 1/2003, zwrócić się do przedsiębiorstw o dostarczenie wszelkich koniecznych informacji do celów prowadzonego przez nią dochodzenia. Jak podnosi Komisja, należy przypisać dużą wartość dowodową, udzielonym na podstawie tego przepisu, wyczerpującym odpowiedziom na bezpośrednie pytanie, ponieważ na przedsiębiorstwa, które w odpowiedzi na takie pytanie

dostarczają nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, można nałożyć grzywnę na podstawie art. 23 ust. 1 lit. a) tego rozporządzenia (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 września 2013 r., Galp Energía España i in./Komisja, T-462/07, niepublikowany, EU:T:2013:459, pkt 123; z dnia 26 stycznia 2022 r., Intel Corporation/Komisja, T-286/09 RENV, odwołanie w toku, EU:T:2022:19, pkt 376).

112 Ponadto należy przypomnieć, że dane przedsiębiorstwo może podnieść w trakcie postępowania administracyjnego dowody na poparcie tego, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, w szczególności – wywołania zarzucanych skutków w postaci wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138). Do Sądu należy zatem zbadanie wszystkich argumentów strony skarżącej zmierzających do podważenia ustaleń dokonanych przez Komisję co do związanej z analizowaną praktyką zdolności wykluczającej konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności [wyrok z dnia 15 czerwca 2022 r., Qualcomm/Komisja (Qualcomm – Wypłaty z tytułu wyłączności), T-235/18, EU:T:2022:358, pkt 356; zob. także podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 141].

113 W odniesieniu do kontroli zgodności z prawem przewidzianej w art. 263 TFUE Trybunał przypomniał, że jej zakresem objęta jest całość elementów wydanych przez Komisję decyzji, między innymi, dotyczących postępowań prowadzonych w zastosowaniu art. 102 TFUE, których pogłębioną pod względem prawnym i faktycznym kontrolę w świetle przedstawionych przez stronę skarżącą w pierwszej instancji zarzutów zapewnia Sąd i biorąc pod uwagę cały istotny materiał dowodowy przedłożony przez tę ostatnią, niezależnie od tego, czy jest on wcześniejszy lub późniejszy od wydanej decyzji, czy został wcześniej przedstawiony w postępowaniu administracyjnym lub po raz pierwszy w ramach rozpatrywanej przez Sąd skargi w zakresie, w jakim dowody te są istotne dla kontroli zgodności z prawem decyzji Komisji (zob. wyroki: z dnia 21 stycznia 2016 r., Galp Energía España i in./Komisja, C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 72; z dnia 25 lipca 2018 r., Orange Polska/Komisja, C-123/16 P, EU:C:2018:590, pkt 105 i przytoczone tam orzecznictwo).

B. W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego błędnego zdefiniowania przez Komisję właściwych rynków i pozycji dominującej Google'a

114 W zarzucie pierwszym Google, którego popierają Surfboard i Vinden, podnosi, że Komisja błędnie zdefiniowała rynki reklamy związanej z wyszukiwaniem online i pośrednictwem reklamowym związanym z wyszukiwaniem online. Błąd ten oznacza, że Komisja nie wykazała pozycji dominującej Google'a na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG, w związku z czym nie miała ona podstaw, aby w zaskarżonej decyzji stwierdzić nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE na tym rynku.

115 Argumentacja Google'a dzieli się na dwie części.

116 W części pierwszej zarzutu pierwszego Google podnosi, że do celów zdefiniowania krajowych rynków reklamy związanej z wyszukiwaniem online Komisja błędnie stwierdziła, iż reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online nie można zastąpić reklamami związanymi z wyszukiwaniem online.

117 W części drugiej zarzutu pierwszego Google podnosi, że do celów definicji europejskiego rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online Komisja błędnie stwierdziła brak substytucyjności sprzedaży reklam internetowych przez pośrednictwo i sprzedaży reklam internetowych bezpośrednio przez wydawców.

1. W przedmiocie części pierwszej zarzutu pierwszego, dotyczącej substytucyjności reklam związanych z wyszukiwaniem online i reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online

118 Jak wskazano w pkt 27 powyżej, w zaskarżonej decyzji Komisja zdefiniowała dwa rynki właściwe. Pierwszym z tych rynków jest opisany w pkt 28 i 29 powyżej rynek reklamy związanej z wyszukiwaniem online. O ile stwierdzone w zaskarżonej decyzji nadużycie pozycji dominującej miało miejsce na drugim rynku właściwym określonym w tej decyzji, a mianowicie na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, o tyle Komisja wyjaśniła na rozprawie, że określenie pierwszego rynku jest etapem niezbędnym do zdefiniowania drugiego rynku, którego nie można definiować jako odrębnego rynku bez uprzedniego zdefiniowania tego pierwszego.

119 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała w szczególności, że reklam związanych z wyszukiwaniem online nie można zastąpić opisanymi w pkt 32 powyżej reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online.

120 W motywach 135–169 zaskarżonej decyzji Komisja oparła swoją analizę odróżniającą reklamy związane z wyszukiwaniem online od reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online (zwane dalej „dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam”) na: po pierwsze – uruchamianiu i umiejscowieniu rozpatrywanych reklam, po drugie – ich formatach, po trzecie – ich zdolności do odpowiadania na aktualne zainteresowanie użytkownika, po czwarte – ich zdolności do doprowadzenia do zakupu, po piąte – ich współczynniku klikalności i konwersji, po szóste – ich zdolności do pomiaru zwrotu z inwestycji reklamodawców, po siódme – uwagach stowarzyszenia reprezentującego reklamodawców (World Federation of Advertisers), po ósme – odpowiedziach reklamodawców, wydawców i agencji medialnych na wystosowane przez Komisję żądania udzielenia informacji dotyczących skutku podwyżki cen reklam związanych z wyszukiwaniem online, po dziewiąte – sprawozdaniu z działalności przemysłowej sporządzonym przez internetowego operatora bazy danych zawierającym dane i badania statystyczne (Statista), a po dziesiąte – na inwestycjach niezbędnych do świadczenia usług reklamowych związanych z wyszukiwaniem online.

121 Google uważa, że Komisja błędnie uznała w zaskarżonej decyzji, iż dwa rozpatrywane rodzaje reklam nie stanowią części tego samego rynku.

122 Argumentację Google’a w tym względzie można podsumować w następujący sposób: Po pierwsze, podnosi on, że Komisja niesłusznie skupiła się na substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam z punktu widzenia reklamodawców, a nie wydawców. Po drugie, Komisja nie wzięła pod uwagę wszystkich istotnych czynników, koncentrując się na rzekomych różnicach w cechach charakterystycznych pomiędzy dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam. Po trzecie, Komisja nie przeprowadziła odpowiedniej analizy cen, na przykład za pomocą testu badającego wpływ znaczącej i nieprzejściowej podwyżki cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 % (zwanego dalej „testem SSNIP”), i błędnie zinterpretowała odpowiedzi wydawców, reklamodawców i agencji medialnych w ramach przeprowadzonej przez nią analizy. Po czwarte, nie wykazano tych rzekomych różnic w cechach między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam, a ponadto nie wystarczają one do stwierdzenia ich braku substytucyjności. Po piąte,

Komisja nie wzięła pod uwagę przykładów wydawcy, którzy naprzemiennie stosują lub stosowali dwa rozpatrywane rodzaje reklam. Po szóste, Komisja błędnie zinterpretowała oświadczenia niektórych przedstawicieli Google'a. Po siódme, przeprowadzona w zaskarżonej decyzji analiza substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam jest zasadniczo sprzeczna z wcześniejszymi decyzjami Komisji.

123 Surfboard i Vinden popierają argumenty Google'a i twierdzą również, że Komisja nie uwzględniła należycie punktu widzenia wydawców.

a) Uwagi wstępne

124 Na wstępie należy przypomnieć, że określenie rynku właściwego w ramach stosowania art. 102 TFUE stanowi co do zasady warunek wstępny oceny ewentualnego istnienia pozycji dominującej danego przedsiębiorstwa, mający na celu określenie ram, w obrębie których powinno się oceniać, czy przedsiębiorstwo jest w stanie zachowywać się w sposób w znacznej mierze niezależny od swoich konkurentów, klientów i konsumentów [zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 127 i przytoczone tam orzecznictwo].

125 Z orzecznictwa wynika, iż pojęcie rynku właściwego oznacza, że może na nim istnieć skuteczna konkurencja między produktami lub usługami stanowiącymi jego część, co zakłada wystarczający stopień zamienności wszystkich produktów lub usług stanowiących część tego samego rynku w odniesieniu do tego samego zastosowania. Zamienności lub substytucyjności nie ocenia się tylko w świetle obiektywnych cech rozpatrywanych produktów i usług. Należy również uwzględnić warunki konkurencji oraz strukturę popytu i podaży na rynku (zob. wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in., C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo).

126 Również z komunikatu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. 1997, C 372, s. 5, zwanego dalej „komunikatem Komisji w sprawie definicji rynku") wynika, że „rynek asortymentowy składa się z wszystkich tych produktów lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie". Z gospodarczego punktu widzenia dla zdefiniowania rynku właściwego zastępowalność po stronie popytu stanowi najbardziej bezpośrednią oraz skuteczną siłę dyscyplinującą działającą na dostawców danego produktu, w szczególności w odniesieniu do ich decyzji w sprawie ustalania cen. Ponadto zastępowalność po stronie podaży również może zostać wzięta pod uwagę podczas definiowania rynku właściwego w sytuacjach, gdy skutki tej zastępowalności są równoważne skutkom zastępowalności po stronie popytu pod względem natychmiastowości oraz skuteczności. Oznacza to, że w odpowiedzi na małe, ale stałe zmiany cen względnych dostawcy są w stanie przestawić produkcję na odpowiednie produkty oraz obrót nimi w krótkim okresie czasu bez występujących dodatkowych znacznych kosztów lub zagrożeń (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., Telefónica et Telefónica de España/Komisja, T-336/07, EU:T:2012:172, pkt 113).

127 Ponadto należy podkreślić, że jak wynika z pkt 25 komunikatu w sprawie definicji rynku i z orzecznictwa, definicja rynku właściwego nie wymaga, aby Komisja stosowała sztywną hierarchię różnych źródeł informacji lub różnego rodzaju dowodów (wyrok z dnia 11 stycznia 2017 r., Topps Europe/Komisja, T-699/14, niepublikowany, EU:T:2017:2, pkt 82). Kwestia substytucyjności produktów może zostać ustalona na podstawie zbioru poszlak składającego się

z różnych elementów oceny, często o charakterze empirycznym, Komisja zaś powinna wziąć pod uwagę wszystkie istotne informacje, jakimi dysponuje (wyrok z dnia 1 lipca 2010 r., AstraZeneca/Komisja, T-321/05, EU:T:2010:266, pkt 85).

b) W przedmiocie uwzględnienia punktu widzenia wydawców

128 Google podnosi, że Komisja w zaskarżonej decyzji nie wykazała, iż z punktu widzenia wydawców dwa rozpatrywane rodzaje reklam należą do różnych rynków. Zdaniem Google'a Komisja powinna była dodatkowo zbadać substytucyjność po stronie popytu owych wydawców, ponieważ zarzucane przez Komisję w zaskarżonej decyzji nadużycie dotyczy ograniczenia możliwości wyboru przez wydawców alternatyw dla usługi pośrednictwa Google'a, czyli AFS. Komisja zatem w zaskarżonej decyzji niesłusznie skupiła się na substytucyjności z punktu widzenia reklamodawców, a nie z punktu widzenia wydawców.

129 Surfboard i Vinden popierają te argumenty.

130 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

131 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że substytucyjność należy badać zasadniczo z punktu widzenia popytu (zob. pkt 126 powyżej).

132 Tymczasem Google przyznał na rozprawie, że wydawcy nie tworzą popytu dla dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam. Ponadto Google nie zakwestionował twierdzenia Komisji zawartego w motywie 121 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym na rynku reklamy związanej z wyszukiwaniem online popyt tworzą użytkownicy i reklamodawcy, a podaż tworzą operatorzy platform reklamowych. Wynika z tego, że Google nie wykazał, iż w analizie substytucyjności po stronie popytu należy uwzględnić stanowisko wydawców, którzy nie są częścią popytu.

133 W tych okolicznościach Google, Surfboard i Vinden nie mogą zarzucać Komisji, że w swojej analizie definicji rynku właściwego uwzględniła więcej elementów dotyczących substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam z punktu widzenia reklamodawców, a nie wydawców jedynie ze względu na fakt, że stwierdzone w zaskarżonej decyzji nadużycie ograniczało wybór wydawców na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, który jest ponadto rynkiem odrębnym.

134 W drugiej kolejności należy w każdym razie podkreślić, że w zaskarżonej decyzji Komisja uwzględniła punkt widzenia wydawców w swojej analizie substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

135 I tak Komisja oparła się na odpowiedziach wydawców na jej żądania udzielenia informacji w swojej ocenie definicji rynku właściwego w celu poparcia swoich wniosków dotyczących różnic w cechach i sposobach używania między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam. Takie uwzględnienie wynika z rozważań Komisji dotyczących umiejscowienia i formatu reklam związanych z wyszukiwaniem online (zob. motywy 136, 137 zaskarżonej decyzji), ich zdolności do odpowiadania na aktualne zainteresowanie użytkownika (zob. motywy 138, 139 zaskarżonej decyzji) oraz ich większej zdolności do przekształcania istniejącego popytu w zakupy (zob. w szczególności motywy 142, 143 zaskarżonej decyzji). Stwierdzenie to pokazuje, że analiza cech i sposobów używania wspomnianych reklam dotyczyła zarówno wydawców, jak i reklamodawców. Ponadto Komisja odniosła się do uwag wydawców, aby dojść do wniosku, że prawdopodobnie nie zastąpią oni wszystkich lub części reklam związanych z wyszukiwaniem

online, które wyświetlali na swoich stronach internetowych, reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online w przypadku obniżenia o 5–10 % przychodów pochodzących od tych pierwszych (zob. w tym względzie motyw 148 zaskarżonej decyzji). Opinie i zachowanie wydawców wyświetlających reklamy związane z wyszukiwaniem online na swoich stronach internetowych zostały również przywołane w motywach 156–158, 160, 162 i 164 zaskarżonej decyzji.

136 W związku z tym Google nie wykazał, aby Komisja w niewystarczający sposób zbadała substytucyjność dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam z punktu widzenia wydawców.

c) W przedmiocie uwzględnienia wszystkich istotnych czynników

137 Google podnosi, że Komisja niesłusznie skoncentrowała się na rzekomych różnicach cech między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam, nie uwzględniając wszystkich czynników istotnych dla wydawców, jak wymaga tego komunikat w sprawie definicji rynku. W szczególności Google, opierając się na pkt 38–43 tego komunikatu, zarzuca Komisji, że w zaskarżonej decyzji nie oparła się na rzeczywistych przykładach substytucji produktów, na testach ilościowych w celu zmierzenia elastyczności cen, na świadomych obserwacjach klientów i konkurentów, a także na przeszkodach i kosztach dla wydawców związanych ze zmianą produktu.

138 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

139 Jak wynika z orzecznictwa przypomnianego w pkt 125 i 126 powyżej, substytucyjności nie ocenia się tylko w świetle obiektywnych cech rozpatrywanych produktów i usług. O ile bowiem cechy rozpatrywanych produktów i usług są istotne dla tej oceny, o tyle należy również uwzględnić warunki konkurencji oraz strukturę popytu i podaży na rynku (zob. wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in., C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo). Komunikat w sprawie definicji rynku, na który powołuje się Google, powtarza zasadniczo tę zasadę w pkt 36, wskazując, że „[w]łaściwości produktu oraz zamierzone zastosowanie nie są wystarczające, aby wskazać, czy dwa produkty można uznać za substytuty popytu [substytucyjne na poziomie popytu]".

140 Natomiast, jak wynika z pkt 25 samego komunikatu i z orzecznictwa przytoczonego w pkt 127 powyżej, wbrew temu, co wydaje się sugerować Google w swoich pismach, jeżeli Komisja ma zdefiniować rynek produktowy, nie jest ona zobowiązana do zbadania wszystkich elementów oceny wymienionych w komunikacie w sprawie definicji rynku ani do stosowania sztywnej hierarchii poszlak.

141 W każdym razie, chociaż w zaskarżonej decyzji Komisja rzeczywiście poświęciła znaczną część swojej analizy cechom i sposobom używania, jakie można przypisać dwóm rodzajom rozpatrywanych reklam oraz występującym między nimi różnicom, należy stwierdzić, że w celu stwierdzenia braku substytucyjności tych reklam, nie ograniczyła się ona do wskazania tych elementów, ale uwzględniła w całościowej ocenie szereg innych czynników, w tym czynniki wymienione przez Google'a i przedstawione w pkt 137 powyżej.

142 Otóż Komisja zbadała również w zaskarżonej decyzji czynniki takie jak cena rozpatrywanych reklam (motywy 148, 149), inwestycje konieczne do świadczenia usług reklamowych związanych z wyszukiwaniem online (motywy 150–154), a w odpowiedzi na argumenty podniesione przez Google'a w toku postępowania administracyjnego – zachowanie wydawców, którzy zredukowali korzystanie z reklam związanych z wyszukiwaniem online (motywy 162, 164, 165), a także

postrzeganie rynku przez przedstawicieli Google'a (motywy 156, 169). Ponadto, jak podnosi Komisja w swoich pismach, kwestię przeszkód dla wydawców i reklamodawców w zastąpieniu reklam związanych z wyszukiwaniem online reklamami, które nie są związane z wyszukiwaniem online, poruszono w zaskarżonej decyzji również w sposób dorozumiany. W motywie 148 Komisja zauważyła bowiem, że wszyscy wydawcy i większość reklamodawców wskazali w odpowiedzi na wystosowane przez Komisję żądania udzielenia informacji, iż jest mało prawdopodobne, aby zastąpili oni reklamy związane z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online w przypadku nieprzejściowego obniżenia o 5–10 % przychodów z reklam związanych z wyszukiwaniem online w odniesieniu do wydawców lub równoważnej podwyżki cen tych reklam w odniesieniu do reklamodawców.

143 Ponadto, wbrew temu, co zdaje się twierdzić Google, Komisja zebrała uwagi uczestników rynku, w szczególności w następstwie wniosków o udzielenie informacji skierowanych do wydawców, reklamodawców i agencji medialnych, które organizują kampanie reklamowe dla przedsiębiorstw. Jak wynika z przypisów 105, 109, 110, 112–115, 119, 120, 122–125, 128, 132–138, 140, 141, 145, 169, 171, 172 i 176 zaskarżonej decyzji, Komisja oparła się na tych uwagach w celu zdefiniowania rynku właściwego.

144 Wynika z tego, iż Google nie wykazał, że Komisja pominęła niektóre istotne czynniki w ramach ogólnej oceny substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam ani że naruszyła prawo, poświęcając znaczną część swojej analizy różnicom w cechach i zwyczajach tych reklam.

d) W przedmiocie argumentów Google'a dotyczących testu SSNIP

145 Google twierdzi, że szczególnie istotne dla Komisji było zbadanie, czy wydawcy i reklamodawcy zdecydowaliby się na korzystanie z reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online w przypadku istotnej zmiany ceny reklam związanych z wyszukiwaniem online, na przykład za pomocą testu SSNIP. W takim przypadku dwa rozpatrywane rodzaje reklam wywierają na siebie nawzajem presję konkurencyjną, w związku z czym tworzą jeden rynek. Zdaniem Google'a przeprowadzona przez Komisję analiza dotycząca cen, opisana w motywie 148 zaskarżonej decyzji, nie stanowi prawdziwego testu SSNIP, a ponadto Komisja wyciągnęła z tej analizy błędne wnioski.

146 W pierwszej kolejności należy zbadać argumenty Google'a kwestionujące adekwatność przeprowadzonej przez Komisję analizy cen, a w drugiej kolejności argumenty Google'a dotyczące wniosków, jakie Komisja wyciągnęła z tej analizy.

1) W przedmiocie adekwatności przeprowadzonej przez Komisję analizy cen

147 W motywie 148 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, po pierwsze, że „większość reklamodawców, wszyscy wydawcy i połowa agencji medialnych wskazują, że jest mało prawdopodobne, by zamienili oni wszystkie lub niektóre reklamy związane z wyszukiwaniem online na reklamy niezwiązane w przypadku nieprzejściowej podwyżki cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 %". Po drugie, w tym samym motywie Komisja dodała, że niektórzy wydawcy wskazali również, iż tak jest rzeczywiście, ponieważ przychody z reklam związanych z wyszukiwaniem online są znacznie wyższe niż przychody z reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

148 Google twierdzi, że Komisja nie przeprowadziła prawdziwego testu SSNIP. W tym względzie z jednej strony Google twierdzi, że Komisja nie zbadała, czy podwyższenie cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 % byłoby dla przedsiębiorstwa zajmującego hipotetycznie pozycję monopolistyczną rentowne. Innymi słowy, Komisja powinna była zbadać, czy wystarczająco dużo krańcowych klientów zmieniłoby swój popyt tak, aby sprawić, że podwyżka cen stałaby się mało rentowna. Z drugiej strony Google twierdzi, że Komisja nie mogła oprzeć się wyłącznie na odpowiedziach wydawców, reklamodawców i agencji medialnych na pytanie skierowane do nich w żądaniach udzielenia informacji, tym bardziej że odpowiedzi te nie były poparte okolicznościami faktycznymi.

149 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

150 Na wstępie należy zauważyć, że z motywu 148 zaskarżonej decyzji wynika zasadniczo, iż Komisja zadała reklamodawcom, wydawcom i agencjom medialnym pytanie dotyczące ich reakcji na podwyżkę cen reklam związanych z wyszukiwaniem online, a w przypadku wydawców – na obniżenie przychodów pochodzących z tych reklam. Wydaje się, że znajduje to potwierdzenie w przypisach 135–138, w których wymieniono odpowiedzi niektórych przedsiębiorstw na pytanie 2.2 żądania udzielenia informacji dotyczącego AdWords z dnia 22 grudnia 2010 r., pytanie 2 żądania udzielenia informacji skierowanego przez Komisję do wydawców z dnia 26 lipca 2013 r., a także pytanie 12 żądania udzielenia informacji z dnia 11 stycznia 2016 r. skierowanego do reklamodawców oraz pytanie 9 żądania udzielenia informacji z tego samego dnia skierowanego do agencji medialnych.

151 W tym względzie należy najpierw zbadać treść pytań zawartych w żądaniach udzielenia informacji Komisji (zwanych dalej łącznie „pytaniem dotyczącym cen").

152 Otóż, co się tyczy reklamodawców, z pytania 2.2 żądania udzielenia informacji dotyczącego AdWords z dnia 22 grudnia 2010 r. i pytania 12 skierowanego do reklamodawców żądania udzielenia informacji z dnia 11 stycznia 2016 r., na które niektóre odpowiedzi przedstawiono w załącznikach B.3 i B.4 do odpowiedzi na skargę, wynika, że Komisja zwróciła się do nich o wyjaśnienie, jeżeli korzystają oni z reklam związanych z wyszukiwaniem online, czy zastąpiliby część lub całość tych reklam reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online, gdyby cena reklam związanych z wyszukiwaniem online wzrosła o 5 % – 10 % – w wyniku obowiązującego mechanizmu cen, a nie różnicy we współczynnikach konwersji – przy czym cena reklamy niezwiązanej z wyszukiwaniem online pozostałaby stabilna, a także o wyjaśnienie, czy przy podejmowaniu tej decyzji wzięliby pod uwagę inne czynniki niż cena.

153 Co się tyczy agencji medialnych, z pytania 9 żądania udzielenia informacji z dnia 11 stycznia 2016 r. skierowanego do agencji medialnych, na które niektóre odpowiedzi przedstawiono w załącznikach B.3 i B.4 do odpowiedzi na skargę, wynika, że Komisja zwróciła się do nich o wyjaśnienie, jeżeli umieszczają one dla swoich klientów reklamy związane z wyszukiwaniem online, czy zastąpiłyby część lub całość tych reklam reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online, gdyby cena reklam związanych z wyszukiwaniem online wzrosła o 5 % – 10 % – w wyniku obowiązującego mechanizmu cen, a nie różnicy we współczynnikach konwersji – przy czym cena reklamy niezwiązanej z wyszukiwaniem online pozostałaby stabilna, a także o wyjaśnienie, czy przy podejmowaniu tej decyzji wzięłyby te agencje pod uwagę inne czynniki niż cena.

154 Co się tyczy wydawców, z pytania 2 zdanie drugie żądania udzielenia informacji z dnia 26 lipca 2013 r. skierowanego do wydawców, na które niektóre odpowiedzi przedstawiono w załączniku B.6 do odpowiedzi na skargę, wynika, że Komisja zwróciła się do nich o wyjaśnienie, czy

zastąpiliby część lub całość wyświetlanych na ich stronach internetowych reklam związanych z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online, gdyby przychody z wyświetlania reklam związanych z wyszukiwaniem online zmniejszyły się o 5 % – 10 %, przy czym przychody z wyświetlania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online pozostałyby stabilne.

155 W pierwszej kolejności, w odniesieniu do argumentów Google'a w tym względzie, należy przypomnieć, że zgodnie z pkt 17 komunikatu w sprawie definicji rynku test SSNIP polega na zbadaniu, czy klienci stron przestawią się od razu na dostępne substytuty lub na korzystanie z usług dostawców zlokalizowanych w innym miejscu w odpowiedzi na hipotetycznie mały (w zakresie 5–10 %), ale stały wzrost cen względnych produktów w rozważanych obszarach. Jeśli substytucja była wystarczająca, aby uniemożliwić czerpanie korzyści ze wzrostu cen ze względu na spadek sprzedaży, dodatkowe substytuty oraz obszary są włączane do właściwego rynku.

156 W niniejszej sprawie Sąd stwierdza, że w motywie 148 zaskarżonej decyzji Komisja nie przeprowadziła testu SSNIP w rozumieniu pkt 17 komunikatu w sprawie definicji rynku, ponieważ nie zbadała kwestii, czy podwyższenie cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5 %–10 % byłoby dla przedsiębiorstwa rentowne. Przeprowadziła ona natomiast analizę cen opisaną w pkt 150–154 powyżej.

157 W tym względzie należy przypomnieć, że przy definiowaniu rynku w decyzji stosującej reguły prawa konkurencji Komisja nie jest zobowiązana do systematycznego przeprowadzania testu SSNIP, nawet jeśli test ten w komunikacie w sprawie definicji rynku jest uznanym narzędziem do tego celu.

158 Sąd orzekł już bowiem, że Komisja nie była zobowiązana do zastosowania testu SSNIP, stwierdzając, że chociaż ten rodzaj testu ekonomicznego stanowi rzeczywiście uznaną metodę definiowania rynku właściwego, to jednak nie jest to jedyna metoda, jaką dysponuje Komisja. W tym względzie Sąd uznał, że przy określaniu rynku właściwego Komisja mogła również wziąć pod uwagę inne narzędzia, takie jak badanie rynku lub ocena stanowisk klientów i konkurentów (wyrok z dnia 11 stycznia 2017 r., Topps Europe/Komisja, T-699/14, niepublikowany, EU:T:2017:2, pkt 82).

159 Zasada ta znajduje odzwierciedlenie w pkt 15 komunikatu w sprawie definicji rynku, który stanowi, że przeprowadzenie testu SSNIP stanowi jedynie „jeden ze sposobów" oceny substytucyjności produktów. Podobnie w pkt 25 komunikatu wskazano, że „[i]stnieją różne dowody pozwalające na ocenę zakresu, w jakim nastąpi substytucja" oraz że, w tym względzie, „Komisja postępuje zgodnie z zasadami otwartego podejścia do dowodów empirycznych, mającego na celu skuteczne wykorzystanie wszystkich dostępnych informacji, które mogą mieć znaczenie w poszczególnych przypadkach […] [i] nie przestrzega sztywnej hierarchii różnych źródeł informacji lub rodzajów dowodów".

160 Ponadto zgodnie z orzecznictwem istnieją pewne przypadki, w których test SSNIP może nawet okazać się nieodpowiedni, na przykład w przypadku występowania zjawiska zwanego „cellophane fallacy", czyli sytuacji, w której dane przedsiębiorstwo ma już pozycję quasi-monopolistyczną, a ceny rynkowe są już na poziomie wyższym niż poziom konkurencyjny, a także w przypadku produktów darmowych lub produktów, których koszty nie są ponoszone przez podmioty, które determinują popyt (wyrok z dnia 11 stycznia 2017 r., Topps Europe/Komisja, T-699/14, niepublikowany, EU:T:2017:2, pkt 82).

161 Wynika z tego, że chociaż test SSNIP jest z pewnością uznanym narzędziem, którego wyniki wraz z innymi elementami można brać pod uwagę przy całościowej ocenie definicji rynku, to jednak systematyczne stosowanie takiego testu nie jest obowiązkowe przy definiowaniu rynku.

162 W związku z tym należy oddalić argument Google'a, zgodnie z którym zasadniczo przeprowadzona przez Komisję w motywie 148 zaskarżonej decyzji analiza cen nie jest odpowiednia, ponieważ nie jest ona „prawdziwym" testem SSNIP.

163 W drugiej kolejności należy zbadać, czy przeprowadzona przez Komisję analiza cen stanowi jednak odpowiedni środek do celów definicji rynku właściwego, jak utrzymuje Komisja.

164 W tym względzie należy zauważyć, że zdaniem Komisji odpowiedzi reklamodawców, agencji medialnych i wydawców na pytanie dotyczące cen nie wskazują, że sam wzrost cen o 5–10 % reklam związanych z wyszukiwaniem online dla reklamodawców i agencji medialnych lub sam spadek w przypadku wydawców o 5–10 % przychodów pochodzących z takich reklam prawdopodobnie doprowadziłby te podmioty do zastąpienia reklam związanych z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online, ani w całości, ani nawet w części. Komisja wyjaśniła w swoich pismach, że otrzymane przez nią odpowiedzi na pytanie dotyczące cen ujawniły, że taka zmiana cen lub przychodów nie jest sama w sobie czynnikiem rozstrzygającym przy wyborze tych podmiotów między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam. Zdaniem Komisji przedsiębiorstwa, które udzieliły odpowiedzi, przy wyborze reklamy, która ma być stosowana, postrzegały również jako istotne, jeśli nie istotniejsze, inne czynniki niż cena, takie jak współczynnik klikalności, wskaźnik konwersji, całkowity zwrot z inwestycji z kampanii reklamowych lub znaczenie reklamy dla użytkownika.

165 Tymczasem przy założeniu, że dokonana przez Komisję interpretacja treści odpowiedzi na pytanie dotyczące cen jest zasadna, co zostanie zbadane w pkt 168 i następnych poniżej, należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja, i wbrew temu, co twierdzi Google, że przeprowadzona przez nią analiza cen stanowi użyteczny środek umożliwiający zrozumienie, w jaki sposób reklamodawcy, agencje medialne i wydawcy zareagowaliby na podwyżkę cen reklam związanych z wyszukiwaniem online lub, w przypadku wydawców, na obniżenie przychodów pochodzących z tych reklam, a zatem ocenę, czy te podmioty mogłyby potencjalnie postrzegać dwa rozpatrywane rodzaje reklam jako substytuty. Takie odpowiedzi uczestników rynku, wraz z powodami leżącymi u podstaw ich odpowiedzi, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, należą bowiem do elementów wyraźnie uznanych za istotne dla definiowania rynku, ponieważ umożliwiają dokonanie oceny stanowisk klientów i konkurentów, a zatem stanowią, zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 158 powyżej oraz z pkt 40 komunikatu w sprawie definicji rynku, narzędzie, które może być brane pod uwagę przy definiowaniu rynku właściwego.

166 Takie informacje mogą zatem co do zasady być użyteczne dla oceny substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam z punktu widzenia reklamodawców, agencji medialnych i wydawców, w szczególności gdy – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – odzwierciedlają one stanowisko znacznej liczby reklamodawców, wydawców i agencji medialnych. Owe informacje mogą zatem, zgodnie z argumentami Komisji, stanowić jedną ze wskazówek, w ramach całościowej oceny definicji rynku, braku substytucyjności tych reklam.

167 Należy zatem zbadać w świetle argumentów Google'a zasadność wniosków wyciągniętych przez Komisję z analizy cen.

2) W przedmiocie zasadności wniosków wyciągniętych przez Komisję z przeprowadzonej przez nią analizy cen

168 W pierwszej kolejności Google podnosi, że wnioski, jakie Komisja wyciągnęła w motywie 148 zaskarżonej decyzji z analizy cenowej, opierają się na błędnej interpretacji odpowiedzi przedsiębiorstw na pytanie dotyczące cen. Komisja błędnie zinterpretowała bowiem niektóre z odpowiedzi, o których mowa w przypisach do tego motywu, i pominęła odpowiedzi innych przedsiębiorstw, które przedstawiły stanowisko sprzeczne z wnioskami Komisji zawartymi w tym motywie i które nie zostały wymienione w zaskarżonej decyzji.

169 W drugiej kolejności Google twierdzi, że omawiane wnioski Komisji są zasadniczo oparte na wprowadzającym w błąd przedstawieniu odpowiedzi przedsiębiorstw na pytanie dotyczące cen.

170 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

171 W tym względzie należy przypomnieć, że Komisja stwierdziła w motywie 148 zaskarżonej decyzji, iż „większość" reklamodawców, „wszyscy" wydawcy i „połowa" agencji medialnych wskazali, że jest mało prawdopodobne, by zamienili oni wszystkie lub niektóre reklamy związane z wyszukiwaniem online na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku nieprzejściowej podwyżki cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 %.

172 Na poparcie tego stwierdzenia w odniesieniu do wydawców Komisja wspomniała w przypisie 136 zaskarżonej decyzji o odpowiedziach sześciu wydawców na pytanie 2 żądań udzielenia informacji z dnia 26 lipca 2013 r. Co się tyczy reklamodawców, w przypisie 135 zaskarżonej decyzji wymieniono odpowiedzi pięciu reklamodawców na pytanie 12 żądania udzielenia informacji z dnia 11 stycznia 2016 r. oraz odpowiedzi dziesięciu innych na pytanie 2.2 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. dotyczące AdWords. Jeśli chodzi o agencje medialne, w przypisie 137 rzeczonej decyzji wspomniano o odpowiedzi czterech agencji medialnych na pytanie 9 żądania udzielenia informacji z dnia 11 stycznia 2016 r. oraz odpowiedzi sześciu innych na pytanie 2.2 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. dotyczące AdWords.

173 W pierwszej kolejności należy zbadać argumenty Google'a dotyczące jakoby błędnej interpretacji przez Komisję odpowiedzi udzielonych przez przedsiębiorstwa, oceniając je w odniesieniu, po pierwsze, do wydawców, po drugie, do reklamodawców, a po trzecie, do agencji medialnych. W drugiej kolejności Sąd zbada argumenty Google'a dotyczące podobno wprowadzającego w błąd przedstawienia tych odpowiedzi w motywie 148 zaskarżonej decyzji.

i) W przedmiocie interpretacji odpowiedzi na pytanie dotyczące cen

– W przedmiocie interpretacji odpowiedzi wydawców

174 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wśród odpowiedzi, o których mowa w przypisie 136 zaskarżonej decyzji na poparcie twierdzenia Komisji zawartego w motywie 148 tej decyzji, Google kwestionuje w swoich pismach jedynie interpretację odpowiedzi udzielonej przez [*poufne*] (zwanej dalej „[*poufne*]"). Google nie kwestionuje zatem interpretacji pięciu innych odpowiedzi wydawców, którzy są tam wymienieni, a mianowicie [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], grupy [*poufne*] (do której należą strony internetowe [*poufne*]) i [*poufne*], ani wiarygodności tych odpowiedzi, i ogranicza się do stwierdzenia, że dwie z nich pochodziły od wnoszących skargę do Komisji uczestniczących w postępowaniu. Tymczasem sama ta okoliczność nie ma żadnego znaczenia dla

wykazania, że Komisja błędnie zinterpretowała te odpowiedzi. Google nie wyjaśnia, dlaczego obie rozpatrywane odpowiedzi miałyby być mniej wiarygodne z tego tylko powodu, że pochodzą od wnoszących skargę, w szczególności w świetle orzecznictwa przytoczonego w pkt 111 powyżej.

175 Co się tyczy odpowiedzi [*poufne*], której pełna wersja została przedstawiona w dokumencie nr 4 załącznika B.6 do odpowiedzi na skargę, wynika z niej, że odnośny wydawca wyjaśnił, iż dwa rozpatrywane rodzaje reklam są różne pod wieloma względami, że na jego stronach internetowych wyświetla jedynie reklamy związane z wyszukiwaniem online, ponieważ mają one dla niego znacznie większą wartość (jego działalność polega na prowadzeniu wyszukiwarki internetowej) i nie wie, czy „bardziej typowy" wydawca przesunąłby przestrzeń reklamową na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku zmniejszenia przychodów z reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 %. W świetle treści tej odpowiedzi Komisja mogła zasadnie z niej wywnioskować, że dane przedsiębiorstwo prawdopodobnie nie zmieniłoby rodzaju reklam w przypadku obniżenia o 5–10 % przychodów z reklam związanych z wyszukiwaniem online.

176 W drugiej kolejności, w odniesieniu do argumentu Google'a, zgodnie z którym Komisja pominęła odpowiedzi udzielone przez [*poufne*] i [*poufne*], należy stwierdzić, że odpowiedzi te również nie podważają wniosku Komisji zawartego w motywie 148 zaskarżonej decyzji i przypomnianego w pkt 171 powyżej w odniesieniu do reakcji wydawców na zmniejszenie przychodów z reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 %.

177 Uwagi [*poufne*] i [*poufne*], których fragmenty zostały przedstawione, odpowiednio, w załączniku A.13 i w dokumencie nr 24 załącznika A.12 do skargi, zostały bowiem sformułowane w odpowiedzi na żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. dotyczące AdWords. Nie udzielili oni więc odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 26 lipca 2013 r. skierowane do wydawców, w przeciwieństwie do wszystkich odpowiedzi wymienionych w przypisie 136 zaskarżonej decyzji. Udzielili oni zatem odpowiedzi na pytanie dotyczące ich reakcji na podwyżkę cen reklam związanych z wyszukiwaniem online, która ma wpływ na reklamodawców, a nie na zmniejszenie przychodów, które miało wpływ na wydawców. Ponadto, co się tyczy [*poufne*], należy zauważyć, że chociaż przedsiębiorstwo to uwzględniło również w swojej odpowiedzi konkretne rozważania dotyczące spółki zależnej, która zawarła GSA z Google'm jako wydawca, zgodnie z motywami 348 i 355 zaskarżonej decyzji odpowiedź ta zawiera jednak punkt widzenia reklamodawcy, a ponadto wskazuje, że podwyżka ceny o 5–10 % niekoniecznie prowadziłaby do przeniesienia budżetu reklamowego na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online.

178 Z powyższego wynika, że Google nie przedstawił dowodów mogących wykazać, iż w motywie 148 zaskarżonej decyzji Komisja dokonała błędnej interpretacji odpowiedzi wydawców na pytanie dotyczące cen.

– *W przedmiocie interpretacji odpowiedzi reklamodawców*

179 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Google kwestionuje jedynie interpretację czterech z piętnastu odpowiedzi wymienionych przez Komisję w przypisie 135 zaskarżonej decyzji na poparcie jej twierdzenia zawartego w motywie 148 tej decyzji, a mianowicie odpowiedzi [*poufne*], „[*poufne*]" i [*poufne*] oraz [*poufne*]. Nie podważa on zatem ani dokonanej przez Komisję interpretacji odpowiedzi jedenastu innych wymienionych w nim przedsiębiorstw, a mianowicie [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], ani wiarygodności tych odpowiedzi.

180 W odniesieniu do czterech odpowiedzi zakwestionowanych przez Google'a, po pierwsze, należy stwierdzić, że o ile [*poufne*] i „[*poufne*]" wskazali, że rozważaliby ewentualnie przeniesienie części ich budżetu na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku podwyżki cen o 5–10 % reklam związanych z wyszukiwaniem online, o tyle reklamodawcy ci nie wskazali, że takie przeniesienie jest prawdopodobne. [*Poufne*] wyjaśniła bowiem w swojej odpowiedzi, której pełna wersja znajduje się w dokumencie nr 2 załącznika B.3 do odpowiedzi na skargę, że dwa rozpatrywane rodzaje reklam nie są „całkowicie zastępowalne" i że zanim wyeliminowałaby inwestycje w reklamy związane z wyszukiwaniem online, oceniłaby zwrot z inwestycji w ten rodzaj reklam. „[*Poufne*]" przypomniała z kolei na początku swojej odpowiedzi na pytanie dotyczące cen, przedstawione w dokumencie nr 3 załącznika A.12 do skargi, że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online nie odpowiadają na zainteresowanie konsumenta w taki sam sposób jak reklamy związane z wyszukiwaniem online, co sugeruje, że w przypadku podwyżki ceny takie przeniesienie przez to przedsiębiorstwo nie jest prawdopodobne. Po drugie, o ile [*poufne*] wskazała w odpowiedzi na pytanie dotyczące cen, przedstawionej w dokumencie nr 4 załącznika A.12 do skargi, że prawdopodobnie zmniejszyłaby swoje inwestycje w reklamy związane z wyszukiwaniem online, o tyle wyjaśniła również, że „niekoniecznie" zwiększyłaby w związku z tym korzystanie z reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, co pozwala sądzić, że takie przeniesienie przez to przedsiębiorstwo również nie jest prawdopodobne. Po trzecie, [*poufne*] jasno wyraziła w swojej odpowiedzi, której pełna wersja znajduje się w dokumencie nr 1 załącznika B.3 do odpowiedzi na skargę, opinię, zgodnie z którą, nawet jeśli miałaby ponownie oceniać swoją strategię przy każdej zmianie cen, podwyżka cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 % nie jest wystarczająco istotna, aby doprowadziła ją do zmiany rodzaju reklam.

181 Wynika z tego, że odpowiedzi te nie podważają wniosku Komisji, zgodnie z którym przedsiębiorstwa te wskazały, iż jest mało prawdopodobne, by zamienili oni wszystkie lub niektóre reklamy związane z wyszukiwaniem online na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku nieprzejściowej podwyżki cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 %, ponieważ żaden z tych reklamodawców nie oświadczył, iż takie przeniesienie jest prawdopodobne.

182 W drugiej kolejności Google podnosi, że pewna liczba reklamodawców, którzy odpowiedzieli na pytanie dotyczące cen, których odpowiedzi nie zostały wymienione w zaskarżonej decyzji, wyraziła opinię sprzeczną z wnioskiem Komisji zawartym w motywie 148 zaskarżonej decyzji i że Komisja po prostu pominęła te odpowiedzi.

183 W tym względzie należy przypomnieć, że Komisja stwierdziła w motywie 148 zaskarżonej decyzji, iż „większość" reklamodawców wskazywała, że jest mało prawdopodobne, by zamienili oni wszystkie lub niektóre reklamy związane z wyszukiwaniem online na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku nieprzejściowej podwyżki cen tych pierwszych o 5–10 %. Oznacza to, że sama Komisja pośrednio przyznała, iż niektóre odpowiedzi nie wykluczały całkowicie możliwości przeniesienia w przypadku podwyżki cen.

184 Ponadto należy stwierdzić, że przytoczone przez Google'a w tabeli nr 4 załącznika A.12 do skargi odpowiedzi, które dotyczą zarówno reklamodawców, jak i agencji medialnych, mające na celu wykazanie, że w ramach analizy przeprowadzonej przez Komisję opinie udzielających odpowiedzi były podzielone, nie pozwalają uznać, że podmioty będące autorami tych odpowiedzi prawdopodobnie zamieniłyby wszystkie lub niektóre reklamy związane z wyszukiwaniem online na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku podwyżki cen pierwszego rodzaju reklam o 5–10 %.

185 Po pierwsze, z treści przytoczonych przez Google'a odpowiedzi przedsiębiorstw wynika, że żadne z nich nie wskazało wyraźnie, iż zastąpiłoby reklamy związane z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online jedynie ze względu na wzrost cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 %.

186 Po drugie, chociaż większość wspomnianych przedsiębiorstw wskazała, w niektórych przypadkach jedynie w sposób dorozumiany, że w razie takiej podwyżki oceniłyby one zasadność zmiany rodzaju stosowanych reklam, to przedsiębiorstwa te jednak wyraźnie wskazały, że decyzja ta zależy od innych czynników niż cena, takich jak wyniki reklam, cele odnośnych kampanii reklamowych, współczynnik konwersji i zwrot z inwestycji. Świadczą o tym odpowiedzi [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], których fragmenty przedstawiono w załączniku A.12 do skargi.

187 Po trzecie, chociaż [*poufne*] i [*poufne*], których pełne wersje odpowiedzi zostały przedstawione odpowiednio w dokumencie nr 6 załącznika B.3 i w dokumencie nr 1 załącznika B.4 do odpowiedzi na skargę, wskazały, że prawdopodobnie zmieniłyby rodzaj reklamy, oba te przedsiębiorstwa również zniuansowały swoje wypowiedzi, wyjaśniając, że taka ewentualna zmiana zależałaby również od innych czynników. Należy ponadto zauważyć, że [*poufne*] wyjaśniła, iż z uwagi na to, że w chwili udzielenia odpowiedzi nie korzystała z reklam związanych z wyszukiwaniem online, podwyżka ich cen nie będzie miała wpływu na jej wydatki na reklamę, co może ograniczać znaczenie jej odpowiedzi.

188 Po czwarte, chociaż [*poufne*] i [*poufne*], których fragmenty odpowiedzi zostały przedstawione, odpowiednio, w dokumentach nr 24 i nr 27 załącznika A.12 do skargi, podkreśliły zamienność dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam, to nie odpowiedziały one wyraźnie na pytanie o skutek podwyżki cen reklam związanych z wyszukiwaniem online. Ponadto [*poufne*] wskazała, że cena reklam związanych z wyszukiwaniem online nie ma wpływu na ich zastępowalność względem reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

189 Z powyższego wynika, że przytoczone przez Google'a odpowiedzi wydają się potwierdzać, iż wzrost cen reklam związanych z wyszukiwaniem online prawdopodobnie nie doprowadziłby sam w sobie do zastąpienia wszystkich lub części tych reklam reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online. Nie mogą one zatem stanowić przeciwwagi dla treści odpowiedzi reklamodawców wymienionych przez Komisję w przypisie 135 zaskarżonej decyzji.

190 W konsekwencji Google nie przedstawił dowodów mogących wykazać, iż w motywie 148 zaskarżonej decyzji Komisja dokonała błędnej interpretacji odpowiedzi reklamodawców na pytanie dotyczące cen.

– *W przedmiocie interpretacji odpowiedzi agencji medialnych*

191 Co się tyczy interpretacji odpowiedzi agencji medialnych, w pierwszej kolejności Google krytykuje dokonaną przez Komisję interpretację siedmiu z dziesięciu odpowiedzi wymienionych w przypisie 137 zaskarżonej decyzji na poparcie jej twierdzenia zawartego w motywie 148, a mianowicie odpowiedzi [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i „[*poufne*]". Nie kwestionuje ona zatem ani interpretacji odpowiedzi trzech innych agencji medialnych, które zostały tam wymienione, a mianowicie [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], ani wiarygodności tych odpowiedzi.

192 Co się tyczy siedmiu odpowiedzi, których interpretację Google zakwestionował, po pierwsze, z pięciu z tych siedmiu odpowiedzi wynika, że odnośne agencje medialne nie wykluczyły w sposób kategoryczny możliwości przejścia na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku podwyżki cen reklam związanych z wyszukiwaniem online o 5–10 %. Z jednej strony, chociaż odpowiedziały przecząco na pytanie, czy dokonałyby takiej zmiany, [*poufne*] i [*poufne*] również zasugerowały w swoich odpowiedziach na pytanie dotyczące cen, przedstawionych odpowiednio w dokumentach nr 8 i nr 10 załącznika A.12 do skargi, że zamiana ograniczonej części ich reklam związanych z wyszukiwaniem online na inne rodzaje reklam internetowych byłaby dla nich możliwa. Z drugiej strony [*poufne*], „[*poufne*]" i [*poufne*] wskazały w swoich odpowiedziach na pytanie dotyczące cen, przedstawionych, odpowiednio, w dokumentach nr 6, nr 7 i nr 10 załącznika A.12 do skargi, że zamiana byłaby możliwa, jeżeli inne czynniki, takie jak zwrot z inwestycji, skłoniłyby je do takiego postępowania, ale ich odpowiedzi nie sugerowały, że jest ona w rzeczywistości prawdopodobna.

193 W ten sposób, mimo że te pięć odpowiedzi zniuansowano, jeśli chodzi o ewentualną reakcję przedsiębiorstw na podwyżkę cen reklam związanych z wyszukiwaniem online, nie zmienia to faktu, że przedsiębiorstwa te nie wskazały, iż podwyżka cen o 5–10 % sama w sobie doprowadziłaby je prawdopodobnie do zastąpienia części lub całości tych reklam reklamami, które nie są związane z wyszukiwaniem online.

194 Po drugie, co się tyczy odpowiedzi udzielonych przez [*poufne*] i [*poufne*], chociaż Google podnosi, że [*poufne*] skopiowała i wkleiła inną odpowiedź udzieloną w ramach żądania udzielenia informacji (dokument nr 9 załącznika A.12 do skargi) i że [*poufne*] wyjaśniła, że nie stosuje reklam związanych z wyszukiwaniem online (dokument nr 11 załącznika A.12 do skargi), to jednak obie te agencje medialne odpowiedziały przecząco na pytanie, czy zastąpiłyby reklamy związane z wyszukiwaniem online reklamami, które nie są związane z wyszukiwaniem online, w przypadku podwyżki cen pierwszego rodzaju reklam o 5–10 %. Tym samym Komisja słusznie mogła wykorzystać te odpowiedzi na poparcie swojego wniosku dotyczącego agencji medialnych zawartego w motywie 148 zaskarżonej decyzji.

195 W drugiej kolejności Google podnosi, że wiele agencji medialnych, które odpowiedziały na pytanie dotyczące cen, przedstawiło stanowisko sprzeczne z wnioskiem Komisji zawartym w motywie 148 zaskarżonej decyzji i że Komisja po prostu pominęła te odpowiedzi.

196 W tym względzie należy przypomnieć, że Komisja stwierdziła, iż połowa agencji medialnych wskazała, że jest mało prawdopodobne, by zamieniły one wszystkie lub niektóre reklamy związane z wyszukiwaniem online na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online w przypadku nieprzejściowej podwyżki cen tych pierwszych o 5–10 %. Podobnie, jak zauważono w pkt 183 powyżej w odniesieniu do reklamodawców, Komisja pośrednio przyznała zatem, że druga połowa agencji medialnych nie poparła tego twierdzenia, a zatem że opinie agencji medialnych były podzielone.

197 Co się tyczy interpretacji przytoczonych przez Google'a odpowiedzi, które Komisja pominęła, należy odesłać do analizy przeprowadzonej w pkt 184–189 powyżej, która dotyczy zarówno reklamodawców, jak i agencji medialnych. Jak wyjaśniono we wspomnianych powyżej punktach, przedstawione przez Google'a odpowiedzi wskazują, że taka podwyżka cen nie mogłaby sama w sobie prowadzić do zamiany przez reklamodawców i agencje medialne reklam związanych z wyszukiwaniem online na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. Odpowiedzi te nie pozwalają zatem na podważenie wniosku Komisji, zgodnie z którym połowa agencji medialnych

prawdopodobnie nie zastąpiłaby wszystkich lub części reklam związanych z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online w przypadku podwyżki cen tych pierwszych o 5–10 %.

198 Z powyższego wynika, że Google nie przedstawił dowodów mogących wykazać, iż w motywie 148 zaskarżonej decyzji Komisja dokonała błędnej interpretacji odpowiedzi agencji medialnych na pytanie dotyczące cen.

– *Wnioski dotyczące interpretacji przez Komisję odpowiedzi na pytanie dotyczące cen*

199 Z powyższej analizy odpowiedzi wydawców, reklamodawców i agencji medialnych na pytanie dotyczące cen i bez konieczności wypowiadania się w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności argumentacji Google'a zawartej w załącznikach A.12 do skargi i C.3 do repliki wynika, że Google nie wykazał, iż Komisja dokonała błędnej wykładni tych odpowiedzi. Argumentacja Google'a nie pozwala zatem na podważenie wyciągniętych z nich przez Komisję wniosków w motywie 148 zaskarżonej decyzji.

ii) W przedmiocie rzekomego wprowadzającego w błąd przedstawienia odpowiedzi na pytanie dotyczące cen

200 Google podnosi również, że w motywie 148 zaskarżonej decyzji Komisja błędnie opisała treść odpowiedzi przedsiębiorstw na pytanie dotyczące cen, ponieważ jej wnioski opierają się na odpowiedziach jedynie piętnastu reklamodawców, sześciu wydawców i dziesięciu agencji medialnych, które zostały wymienione w przypisach 135–137 tej decyzji. Wnioski Komisji są zatem zasadniczo błędne lub mylące, ponieważ opierają się na odpowiedziach pochodzących od mniej niż 10 % reklamodawców wymienionych w zaskarżonej decyzji i mniej niż 20 % reklamodawców oraz jednej trzeciej agencji medialnych, które otrzymały żądania udzielenia informacji w toku postępowania administracyjnego.

201 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

202 W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Komisja wyjaśniła w swych pismach, iż odpowiedzi wymienione w przypisach 135–137 na poparcie wniosków zawartych w motywie 148 zaskarżonej decyzji nie stanowią wyczerpującej listy przedsiębiorstw, które udzieliły odpowiedzi. Oprócz odpowiedzi udzielonych przez przedsiębiorstwa, o których mowa w tych przypisach, podnosi ona bowiem, po pierwsze, że sześciu innych wydawców odpowiedziało na pytanie dotyczące cen zawarte w żądaniu udzielenia informacji z dnia 26 lipca 2013 r., po drugie, że siedmiu innych wydawców odpowiedziało na pytanie dotyczące cen zawarte w innym żądaniu udzielenia informacji, tj. w żądaniu udzielenia informacji z dnia 18 marca 2016 r., po trzecie, że 43 innych reklamodawców odpowiedziało przecząco na zawarte w żądaniach udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. i z dnia 11 stycznia 2016 r. pytanie, czy zastąpiliby część lub całość reklam związanych z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online w przypadku nieprzejściowej podwyżki cen o 5–10 % reklam związanych z wyszukiwaniem online, a po czwarte, że siedem innych agencji medialnych również odpowiedziało w ten sposób. Ponadto Komisja wyjaśniła w swoich pismach, że otrzymała odpowiedzi na pytanie dotyczące cen pochodzące od wszystkich 19 wydawców, 87 reklamodawców i 34 agencji medialnych.

203 W zaskarżonej decyzji brakuje tymczasem tych informacji. Komisja nie sprecyzowała bowiem w rzeczonej decyzji niewyczerpującego charakteru odpowiedzi, o których mowa w przypisach 135–137 na poparcie wniosków zawartych w motywie 148 tej decyzji.

204 Jednakże sam fakt, że wspomniane odpowiedzi nie stanowiły wszystkich odpowiedzi otrzymanych przez Komisję, nie oznacza sam w sobie, że wnioski wyciągnięte w motywie 148 zaskarżonej decyzji są błędne.

205 Google mógł bowiem zapoznać się ze wszystkimi odpowiedziami na żądania udzielenia informacji otrzymanymi przez Komisję, kiedy miał dostęp do akt sprawy, w tym z odpowiedziami, na których Komisja oparła swoje wnioski zawarte w motywie 148 zaskarżonej decyzji. Przy tej okazji Google był w stanie zbadać odpowiedzi udzielone przez przedsiębiorstwa i miał okazję stwierdzić, że Komisja dysponowała większą liczbą odpowiedzi przedsiębiorstw niż odpowiedzi, o których mowa w przypisach zawartych w motywie 148 zaskarżonej decyzji. Świadczy o tym zresztą okoliczność, że w ramach niniejszego zarzutu Google kwestionuje interpretację niektórych odpowiedzi, które nie zostały wymienione w tej decyzji. Otóż z wyjątkiem odpowiedzi przytoczonych i zakwestionowanych przez Google'a w ramach niniejszego zarzutu (w pkt 168–199 powyżej), Google nie wywodzi żadnego konkretnego argumentu z innych odpowiedzi, co zdaje się potwierdzać, że te odpowiedzi również nie mogą podważyć wniosków Komisji zawartych w motywie 148 zaskarżonej decyzji.

206 Z tych samych względów należy oddalić argument, zgodnie z którym liczba odpowiedzi, o których mowa w zaskarżonej decyzji, była zdaniem Google'a ograniczona, ponieważ Google był świadomy, że liczba przedsiębiorstw, które odpowiedziały na pytanie dotyczące cen, była wyższa.

207 W konsekwencji Komisja mogła słusznie oprzeć swoje wnioski zawarte w motywie 148 zaskarżonej decyzji na odpowiedziach na pytanie dotyczące cen, nawet jeśli nie przytoczyła wszystkich odpowiedzi przedsiębiorstw, na których się oparła.

208 Z powyższego wynika, że Google nie wykazał ani tego, że przeprowadzona przez Komisję w zaskarżonej decyzji analiza cen była pozbawiona znaczenia dla definicji rynku, ani tego, że wnioski, jakie wyciągnęła Komisja z tej analizy, były błędne lub wprowadzające w błąd.

e) W przedmiocie zasadności analizy Komisji dotyczącej różnic w cechach charakterystycznych między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam

209 Google twierdzi, że Komisja błędnie przeanalizowała cechy dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam i że wszystkie różnice w cechach tych reklam nie są wystarczające, aby stwierdzić ich brak substytucyjności ani z punktu widzenia reklamodawców, ani z punktu widzenia wydawców.

210 W pierwszej kolejności należy zbadać argumenty Google'a kwestionujące istnienie każdej z przedstawionych w zaskarżonej decyzji różnic w cechach, a następnie ustalić ich znaczenie dla definicji rynku.

1) W przedmiocie uruchamiania i pozycjonowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam

211 W motywie 136 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała w odniesieniu do wyświetlania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam, że reklamy związane z wyszukiwaniem online pojawiają się wyłącznie w następstwie wyszukiwania za pomocą słowa kluczowego i znajdują się bezpośrednio albo nad, albo pod, albo obok wyników takiego wyszukiwania. Komisja stwierdziła natomiast, że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online mogą być wyświetlane na dowolnej stronie internetowej i mogą być kontekstowe (mianowicie mieć związek z treścią strony internetowej) lub bezkontekstowe (tj. reklamy typu display).

212 Google kwestionuje znaczenie tych różnic, podnosząc, że te dwa rozpatrywane rodzaje reklam mogły być wyświetlane na tych samych stronach co strony wyników wyszukiwania na wymiennych pozycjach, co oznacza, że nie chodzi tu o różne przestrzenie reklamowe.

213 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

214 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że stwierdzenia Komisji zawarte w motywie 136 zaskarżonej decyzji opierają się na odpowiedziach ośmiu wydawców na żądania udzielenia informacji oraz na wyciągu zeznania złożonego w maju 2012 r. przez przedstawiciela Google'a, [*poufne*], przed Federal Trade Commission (federalną agencją ds. handlu, Stany Zjednoczone, zwaną dalej „FTC"). Ponadto z motywu 147 zaskarżonej decyzji wynika również, że World Federation of Advertisers podniosła również, iż owa różnica w umiejscowieniu dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam oraz fakt, że reklamy związane z wyszukiwaniem online są generowane przez wyszukiwanie użytkownika, stanowią istotne punkty rozróżniające dwa rozpatrywane rodzaje reklam. Google zaś nie kwestionuje ani prawdziwości, ani wiarygodności, ani też spójności tych elementów oceny.

215 W drugiej kolejności, nawet jeśli reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online mogą rzeczywiście pojawiać się na tych samych stronach internetowych co reklamy związane z wyszukiwaniem online, Google nie kwestionuje, że użytkownik może z łatwością odróżnić reklamy, które są związane z jego wyszukiwaniem, od reklam, które nie są z nim związane, w zależności od ich umiejscowienia i treści. Z jednej strony reklamy związane z wyszukiwaniem online znajdują się bowiem zasadniczo poniżej paska wyszukiwania (a czasami do niego przylegają) w formie listy, jeżeli reklamy są tekstowe i z wyraźnym wskazaniem, że są to reklamy. Z drugiej strony ich treść pozostaje w bezpośrednim związku z dokonanym przez użytkownika wyszukiwaniem za pomocą słowa kluczowego. Natomiast reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online mogą znajdować się w różnych miejscach na stronie internetowej, a na reklamowane tam towary lub usługi nie ma wpływu wyszukiwanie przeprowadzone przez użytkownika.

216 W konsekwencji Google nie wykazał, że zawarte w motywie 136 zaskarżonej decyzji stwierdzenie Komisji dotyczące różnic między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam pod względem uruchamiania i umiejscawiania jest błędne.

2) W przedmiocie formatów dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam

217 W motywie 137 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała w odniesieniu do formatów dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam, że reklamy związane z wyszukiwaniem online są „zwykle wyłącznie" tekstowe, podczas gdy reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online mogą przybierać różne formy tekstowe, graficzne i wideo.

218 Google krytykuje to stwierdzenie, twierdząc, że w rzeczywistości reklamy związane z wyszukiwaniem online mogą również pojawiać się w formatach wzbogaconych lub obejmować obrazy oraz że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online często zawierają element tekstowy.

219 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

220 W tym względzie należy stwierdzić, że Google nie zaprzecza, iż dwa rozpatrywane rodzaje reklam mają tendencję do przyjmowania różnych formatów. Google nie kwestionuje również tego, że trzynastu reklamodawców i agencji medialnych oraz [*poufne*], na których powołuje się Komisja w motywie 137 zaskarżonej decyzji (zob. przypis 110), rzeczywiście podkreśliło tę różnicę

w swoich odpowiedziach na żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję, ani tego że World Federation of Advertisers również wskazała na tę różnicę w oświadczeniu z dnia 18 lutego 2011 r., jak to zostało przedstawione w motywie 147 zaskarżonej decyzji.

221 Ponadto zrzut ekranu przedstawiony przez Google'a w pkt 54 (ilustracja 3) skargi na poparcie twierdzenia, że reklamy związane z wyszukiwaniem online często posiadają elementy graficzne, jest w tym względzie pozbawiony znaczenia, ponieważ ukazuje inny rodzaj reklamy internetowej, a mianowicie wyniki wyszukiwania wyspecjalizowanego opisane w pkt 33 powyżej. Jedyną kwestią, o której zbadanie Google zwraca się do Sądu w ramach pierwszej części zarzutu pierwszego, jest bowiem to, czy Komisja mogła słusznie uznać, że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online nie mogą zastąpić reklam związanych z wyszukiwaniem online. Jest to jedyna kwestia podniesiona zarówno w tytule pierwszej części zarzutu pierwszego skargi, który odnosi się wyłącznie do analizy konkurencji między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam, jak i w jego treści, która rzeczywiście dotyczy jedynie oceny dokonanej przez Komisję w motywach 135–169 zaskarżonej decyzji, dotyczących tej samej kwestii. Tak więc wbrew temu, co Google podniósł na rozprawie, nie sformułował on w tej części zarzutu pierwszego żadnego argumentu podważającego ocenę Komisji zawartą w motywach 170–183 zaskarżonej decyzji, odróżniającą reklamy związane z wyszukiwaniem online od wyników wyszukiwania wyspecjalizowanego.

222 Z powyższego wynika, że Google nie przedstawił dowodów pozwalających podważyć stwierdzenie zawarte w motywie 137 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym reklamy związane z wyszukiwaniem online i reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online zasadniczo są wyświetlane w różnych formatach.

3) W przedmiocie kosztów opracowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam

223 W motywie 137 zaskarżonej decyzji Komisja dodała, że z wyżej wspomnianej różnicy w formatach dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam wynika, iż reklamodawcy ponoszą niewielkie, jeżeli w ogóle, koszty opracowania reklam związanych z wyszukiwaniem online w porównaniu z kosztami opracowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, w szczególności reklam zawierających elementy graficzne i wzbogacone formaty.

224 Google kwestionuje prawdziwość tego stwierdzenia. Twierdzi on, że koszty opracowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online niekoniecznie są wysokie, przypominając, że mogą one również pojawiać się w formie tekstowej lub przybierać inne bardzo proste formy.

225 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

226 Jak stwierdzono w pkt 220–222 powyżej, Google nie przedstawił dowodów mogących podważyć zawarte w zaskarżonej decyzji stwierdzenie, zgodnie z którym reklamy związane z wyszukiwaniem online są zwykle wyłącznie tekstowe, podczas gdy reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online często zawierają bardziej złożoną prezentację, w tym element graficzny lub wideo, przy czym czasami przybierają one prostsze formy. W tych okolicznościach Komisja mogła uznać, że koszty opracowania reklam związanych z wyszukiwaniem online są co do zasady niższe niż koszty opracowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

227 Ponadto Google nie zakwestionował również prawidłowości, wiarygodności ani spójności odpowiedzi na żądania udzielenia informacji udzielonych przez cztery przedsiębiorstwa, o których mowa w przypisie 112 zaskarżonej decyzji, na których Komisja oparła swoje stwierdzenie zawarte w motywie 137 zaskarżonej decyzji.

228 W konsekwencji Google nie wykazał, że Komisja błędnie stwierdziła w motywie 137 zaskarżonej decyzji, iż koszty opracowania reklam związanych z wyszukiwaniem online są zasadniczo niskie w porównaniu z kosztami reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

4) W przedmiocie możliwości targetowania obu rodzajów rozpatrywanych reklam

229 W motywach 138–141 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że reklamy związane z wyszukiwaniem online, wyświetlone w następstwie wyszukiwania za pomocą słowa kluczowego użytkownika, ze swej natury są bardziej skłonne do odpowiadania na aktualne zainteresowanie tego użytkownika niż reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. Chociaż Komisja przyznała w zaskarżonej decyzji, że istnieją możliwości ukierunkowywania niektórych reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, takich jak reklamy kontekstowe (które dostosowują się do strony internetowej przeglądanej przez użytkownika), reklamy behawioralne (które dostosowują się do historii stron internetowych przeglądanych przez użytkownika) oraz reklamy wyświetlane w serwisach społecznościowych (które dostosowują się do profilu użytkownika), uznała ona, że te formy targetowania nie osiągają takiego samego stopnia znaczenia dla użytkownika jak reklamy związane z wyszukiwaniem online.

230 Google kwestionuje tę analizę, podnosząc, że nie ma istotnej różnicy w możliwości targetowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam. Zwraca uwagę na istnienie na rynku innych produktów umożliwiających targetowanie użytkownika, takich jak produkty sprzedawane przez serwisy społecznościowe, oraz na technologię retargetingu umożliwiającą dotarcie do użytkowników, którzy odwiedzili już stronę internetową. Dowody te zostały pominięte przez Komisję, i to pomimo faktu, że niektórzy reklamodawcy wskazali Komisji w swoich odpowiedziach na żądania udzielenia informacji, że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online oferują bardzo wyrafinowane targetowanie.

231 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

232 W pierwszej kolejności, co się tyczy argumentu Google'a, zgodnie z którym w swojej analizie możliwości targetowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam Komisja nie uwzględniła niektórych istotnych okoliczności faktycznych, należy przypomnieć, że w motywach 138–141 zaskarżonej decyzji Komisja oparła swój wniosek o większej zdolności targetowania reklam związanych z wyszukiwaniem online na zbiorze różnych elementów. Otóż Komisja odniosła się do odpowiedzi na żądania udzielenia informacji, które otrzymała od czternastu przedsiębiorstw, w tym reklamodawców, agencji medialnych i wydawców, ale również od [*poufne*] (przypisy 113–115, 119 i 120), a także do informacji dostarczonych przez przedstawiciela Google'a przed FTC (zob. motyw 139), do sekcji „AdWords Help" na stronie internetowej Google w 2012 r. (zob. motyw 140) oraz do sprawozdania Autorité de la concurrence (francuskiego organu ochrony konkurencji) z 2010 r. w sprawie reklamy internetowej (zob. motyw 141). Ponadto w motywie 147 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że World Federation of Advertisers uwidoczniła różnicę w możliwości targetowania między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam.

233 Google zaś nie przedstawia żadnego popartego dowodami argumentu podważającego prawidłowość, wiarygodność i spójność wspomnianych informacji. Nie twierdzi on również, że są one pozbawione znaczenia dla analizy możliwości targetowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

234 W drugiej kolejności Google nie wykazuje, że Komisja zaniechała zbadania innych istotnych dowodów, które mogłyby zmienić wniosek z przeprowadzonej przez nią analizy.

235 Po pierwsze, co się tyczy możliwości targetowania oferowanych przez operatorów serwisów społecznościowych wskazanych przez Google'a, takich jak Facebook, LinkedIn i Snap, należy podkreślić, że Google nie kwestionuje, iż zgodnie z argumentami Komisji nowe usługi sprzedawane przez tych operatorów zostały wprowadzone na rynek albo pod koniec okresu, którego dotyczyło stwierdzone w zaskarżonej decyzji nadużycie, jak w przypadku Facebook Audience Network w 2014 r., albo po tym okresie, jak w przypadku LinkedIn Audience Network i Snap Audience Network. W związku z tym pierwsza wspomniana powyżej usługa miała ograniczone znaczenie dla definicji rynku właściwego, a dwie pozostałe były bez znaczenia w tym względzie. Ponadto Google nie kwestionuje prawidłowości zawartego w motywie 163 zaskarżonej decyzji stwierdzenia Komisji, zgodnie z którym możliwości targetowania oferowane przez Facebook Audience Network nie pozwalały na wyświetlanie reklam, które odpowiadają na zainteresowanie użytkownika w takim stopniu jak reklamy związane z wyszukiwaniem online.

236 Ponadto Google nie wykazuje, że produkty wymienione w pkt 235 powyżej i inne produkty, o których mowa w pkt 10 załącznika C.3 do repliki, a mianowicie Criteo, ValueClick i Millennial Media, oferowały reklamodawcom możliwość natychmiastowego prezentowania reklam odpowiadającym potrzebom wyrażonym przez użytkownika, jak to ma miejsce w wypadku reklam związanych z wyszukiwaniem online. Odesłanie w tabeli nr 7 załącznika C.3 do repliki do biuletynu informacyjnego federalnego urzędu ds. karteli z 2017 r. dotyczącego dochodzenia dotyczącego przedsiębiorstwa Facebook, w którym stwierdzono, że przedsiębiorstwo to miało „zdolność rozwijania swojej działalności polegającej na targetowaniu reklam", bez dodatkowych szczegółów, nie może wykazać, że w okresie domniemanego naruszenia dysponowało ono produktem lub usługą mogącymi dostosować się do aktualnego zainteresowania użytkownika Internetu w taki sam sposób jak reklamy związane z wyszukiwaniem online.

237 Po drugie, co się tyczy możliwości retargetowania niektórych reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, które umożliwiłyby reklamodawcom ukierunkowanie na użytkowników na podstawie ich wcześniejszego korzystania z Internetu, należy zauważyć, że wbrew temu, co twierdzi Google, Komisja nie pominęła tego elementu. W motywie 141 pkt 2 zaskarżonej decyzji Komisja wspomniała bowiem o posiadanych przez reklamodawców możliwościach targetowania użytkownika, który w przeszłości odwiedzał niektóre strony internetowe. Niemniej jednak Komisja stwierdziła, wymieniając w przypisie 120 odpowiedzi sześciu reklamodawców na żądanie udzielenia informacji z dnia 11 stycznia 2016 r., których interpretacji Google nie kwestionuje, że ten rodzaj reklam, określany jako „reklama behawioralna", w momencie ich wyświetlania nadal w mniejszym stopniu odpowiada zainteresowaniu użytkownika, a zatem w mniejszym stopniu może prowadzić do zakupu lub innego działania korzystnego dla reklamodawcy.

238 Po trzecie, w odniesieniu do decyzji Komisji C(2008) 927 wersja ostateczna z dnia 11 marca 2008 r. uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem i porozumieniem EOG (sprawa COMP/M.4731 – Google/DoubleClick) (zwanej dalej „decyzją Google/DoubleClick") z jednej strony należy przypomnieć, że Komisja nie jest związana ocenami dotyczącymi rynków właściwych dokonanymi w swoich poprzednich decyzjach (zob. podobnie wyroki: z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja, T-210/01, EU:T:2005:456, pkt 118–120; z dnia 11 stycznia 2017 r., Topps Europe/Komisja, T-699/14, niepublikowany, EU:T:2017:2, pkt 93). Komisja ma bowiem obowiązek dokonać zindywidualizowanej oceny okoliczności właściwych każdej sprawie, nie będąc związana poprzednimi decyzjami dotyczącymi innych podmiotów gospodarczych, innych rynków produktów i usług lub innych rynków geograficznych w innych

okresach. Strona skarżąca zatem nie jest uprawniona do kwestionowania ustaleń Komisji na tej postawie, że różnią się one od ustaleń poczynionych wcześniej w innej sprawie, nawet jeśli rynki w obydwu sprawach są podobne, a nawet identyczne (zob. wyrok z dnia 25 marca 2015 r., Slovenská pošta/Komisja, T-556/08, niepublikowany, EU:T:2015:189, pkt 197 i przytoczone tam orzecznictwo). Z drugiej strony i w każdym razie, chociaż Komisja rzeczywiście wskazała w motywie 52 decyzji Google/DoubleClick, że zgodnie z odpowiedziami reklamodawców w ramach badania rynku poprawią się możliwości targetowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, a w motywie 12 tej decyzji, że dzięki „targetowaniu behawioralnemu" (behavioural targeting) reklamy te będą zbieżne z reklamami związanymi z wyszukiwaniem online, Komisja nie stwierdziła we wspomnianej decyzji, że wynika z tego, iż dwa rozpatrywane rodzaje reklam mają takie same możliwości targetowania.

239 Po czwarte, co się tyczy odpowiedzi czterech reklamodawców na żądanie udzielenia informacji z dnia 11 stycznia 2016 r., których fragmenty przedstawiono w tabeli nr 7 załącznika C.3 do repliki, a które świadczą, zdaniem Google'a, o możliwości targetowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, prawdą jest, że odpowiedzi trzech spośród nich, a mianowicie [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], uwydatniają użyteczność targetowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online. Jednakże odpowiedzi te nie wskazują, że możliwości targetowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online umożliwiały odpowiadanie na aktualne zainteresowanie użytkownika Internetu i tym samym zachęcały go do dokonania zakupu w taki sam sposób jak reklamy związane z wyszukiwaniem online. Odpowiedzi te nie mogą zatem zrównoważyć streszczonych w pkt 232 powyżej i zawartych w zaskarżonej decyzji informacji dotyczących różnic w możliwości targetowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

240 W konsekwencji, bez konieczności wypowiadania się w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności argumentacji Google'a zawartej w załączniku C.3 do repliki, należy stwierdzić, że Google nie przedstawia dowodów mogących podważyć zawarte w motywach 138–141 zaskarżonej decyzji stwierdzenie Komisji, zgodnie z którym reklamy związane z wyszukiwaniem online mogą lepiej odpowiadać aktualnemu interesowi użytkownika.

5) W przedmiocie celów dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam

241 W motywach 142–144 zaskarżonej decyzji Komisja uznała w odniesieniu do celów dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam, że reklamy związane z wyszukiwaniem online mają większą zdolność doprowadzenia do zakupu, podczas gdy reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online są bardziej skuteczne w promowaniu marki.

242 Google twierdzi, że Komisja nie wykazała istotnej różnicy między celami dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam oraz że zasadniczo reklamy te mają ostatecznie ten sam cel.

243 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

244 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Komisja oparła swoją ocenę zawartą w motywach 142–144 zaskarżonej decyzji na wielu elementach. Otóż odniosła się ona, po pierwsze, do odpowiedzi wydawców i reklamodawców na żądania udzielenia informacji, uwzględniwszy w przypisach 122–124 w szczególności sześć odpowiedzi, które otrzymała, po drugie – do badania rynku z 2010 r. przeprowadzonego przez firmę konsultingową Econsultancy i stowarzyszenie SEMPO i opartego na sondażu reklamodawców i agencji medialnych, a po trzecie – do wiadomości elektronicznej z września 2008 r. do Google'a wysłanej przez [*poufne*].

245 Google zaś nie wysuwa żadnego argumentu podważającego prawidłowość, wiarygodność lub spójność tych elementów, z wyjątkiem jakoby selektywnego cytowania wiadomości elektronicznej wysłanej przez [*poufne*]. Jednakże ten ostatni argument również nie jest przekonujący, ponieważ Google wyjaśnia jedynie, że owa wiadomość była reakcją na artykuł, który ukazał się w *The Wall Street Journal*, w którym stwierdzono, że te dwa rodzaje reklam są realnymi sposobami dotarcia do klientów. Nie wyjaśnia on zatem, ani w jaki sposób Komisja wyrwała wiadomość z kontekstu poprzez jej zacytowanie, ani dlaczego przytoczone fragmenty nie są wiarygodne.

246 W drugiej kolejności, co się tyczy argumentu Google'a, zgodnie z którym przedstawione w załączniku A.3 do skargi sprawozdanie kancelarii ekonomistów RBB z listopada 2016 r. na temat konkurencji ze strony przedsiębiorstwa Facebook w reklamie internetowej, sporządzone dla Google'a, wykazuje, że dwa rozpatrywane rodzaje reklam podzielają in fine cel polegający na przekształceniu zapytania w transakcję, w sekcji 3.3 tego sprawozdania z pewnością wskazano, że Facebook umożliwia reklamodawcom wybór kryteriów zachęcających użytkownika oglądającego reklamy do pożądanego działania (na przykład kliknięcia w reklamę prowadzącą do strony internetowej reklamodawcy). Jednakże sprawozdanie to nie wykazuje, że głównym celem reklam w serwisie społecznościowym Facebook jest doprowadzenie użytkownika bezpośrednio do zakupu, odpowiadając na jego aktualne zainteresowanie określonym produktem lub określoną usługą, w przeciwieństwie do reklam związanych z wyszukiwaniem online.

247 W konsekwencji, bez konieczności orzekania w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności argumentacji Google'a zawartej w replice, należy stwierdzić, że argumenty Google'a nie pozwalają uznać, iż Komisja w motywach 142–144 zaskarżonej decyzji błędnie uznała, że dwa rozpatrywane rodzaje reklam realizują różne cele.

6) W przedmiocie współczynników kliknięć i konwersji dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam

248 W motywie 145 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że reklamy związane z wyszukiwaniem online mają lepsze współczynniki kliknięć i konwersji niż reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. Innymi słowy, zdaniem Komisji, szanse, że użytkownik kliknie na reklamę i dokona zakupu lub podejmie inne działanie korzystne dla reklamodawcy, są wyższe przy oglądaniu reklamy związanej z wyszukiwaniem online niż w przypadku reklamy niezwiązanej z wyszukiwaniem online.

249 Google podnosi, że Komisja powinna była rozważyć, czy stwierdzonemu przez Komisję najlepszemu współczynnikowi konwersji reklam związanych z wyszukiwaniem online towarzyszyła różnica w cenie. W takim przypadku nadal jest możliwe, że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online wywierają presję konkurencyjną na reklamy związane z wyszukiwaniem online, w związku z czym dwa rozpatrywane rodzaje reklam należą do tego samego rynku.

250 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

251 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Google nie kwestionuje, iż reklamy związane z wyszukiwaniem online mają lepsze współczynniki kliknięć i konwersji niż reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. Google nie podważa zatem zawartego w motywie 145 zaskarżonej decyzji stwierdzenia Komisji dotyczącego różnicy między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam w tym względzie.

252 W drugiej kolejności, co się tyczy argumentacji Google, zgodnie z którą do Komisji należało zbadanie, czy różnica ta została bezpośrednio zrównoważona różnicą cen, tak aby dwa rozpatrywane rodzaje reklam mogły nadal stanowić część tego samego rynku, prawdą jest, że Komisja nie zbadała konkretnie tej kwestii w zaskarżonej decyzji, i to pomimo podniesionej przez Google'a okoliczności, że wspomniała ona w motywie 149 tej decyzji o sprawozdaniu Statisty, w którym wspomniano właśnie o istotnej różnicy cen dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam. Jednakże w zaskarżonej decyzji Komisja przeprowadziła analizę cen dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam. Jak bowiem opisano w pkt 145–208 powyżej, Komisja oceniła, czy z punktu widzenia wydawców, reklamodawców i agencji medialnych, może mieć miejsce substytucyjność dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam w przypadku stałego wzrostu o 5–10 % ceny płaconej przez reklamodawców reklam związanych z wyszukiwaniem online lub tożsamej obniżki przychodów uzyskiwanych przez wydawców z tytułu tych reklam. Otóż, jak wskazano w motywie 148 zaskarżonej decyzji, większość reklamodawców, połowa agencji medialnych i wszyscy wydawcy wskazali, że jest mało prawdopodobne, aby taka zmiana skłoniła ich do przejścia na reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. Jak podniosła Komisja na rozprawie, analiza ta wykazała również, że cena dla reklamodawców i agencji medialnych lub przychody wydawców pochodzące z omawianych reklam nie były decydującym czynnikiem przy wyborze podmiotów w tym względzie, ponieważ patrzą oni na ogólną wartość, jaką mogą im przynieść reklamy, co jest podyktowane szeregiem czynników, a nie tylko ceną lub przychodami pochodzącymi z reklam.

253 W konsekwencji Google nie wykazuje, że w motywie 145 zaskarżonej decyzji Komisja błędnie stwierdziła istnienie różnicy dotyczącej współczynników kliknięć i konwersji między dwoma rodzajami rozpatrywanych reklam.

7) W przedmiocie możliwości zmierzenia wyników dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam

254 W motywie 146 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że reklamy związane z wyszukiwaniem online ułatwiają reklamodawcom oszacowanie zwrotu z inwestycji. Komisja wyjaśniła w tym względzie, że możliwe jest śledzenie liczby kliknięć w takie reklamy, a także zakupów dokonywanych przez użytkowników na podstawie tych kliknięć, co nie jest możliwe w przypadku reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, gdzie zwykle nie ma żadnego bezpośredniego związku między obejrzeniem reklamy a zakupem danego produktu.

255 Google kwestionuje tę ocenę, podnosząc, że reklamodawcy mają wiele sposobów śledzenia wyników reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online pod względem konwersji (conversion tracking) i oceny ich zwrotu z inwestycji, w tym narzędzi, które wprowadził na rynek. Ponadto Komisja niesłusznie powołała się na badanie przeprowadzone przez kancelarię konsultingową Econsultancy we współpracy z przedsiębiorstwem ExactTarget.

256 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

257 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że Komisja oparła swoje, zawarte w motywie 146 zaskarżonej decyzji, stwierdzenie dotyczące tego, że reklamy związane z wyszukiwaniem online lepiej nadają się do obliczenia zwrotu z inwestycji, na odpowiedziach na żądania udzielenia informacji sporządzonych przez pięciu reklamodawców i trzy agencje medialne, a także przez [*poufne*], o których mowa w przypisie 132 tej decyzji. Google zaś nie formułuje żadnego argumentu dotyczącego tych odpowiedzi, a zatem nie kwestionuje ich prawidłowości, wiarygodności ani spójności.

258 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o krytykę Google'a dotyczącą odniesienia się przez Komisję w motywie 146 zaskarżonej decyzji do badania Econsultancy, należy stwierdzić, że z tego badania, datowanego na luty 2010 r. i opartego na sondażu przeprowadzonym u 1123 reklamodawców i agencji medialnych, wynika, iż odpowiedzi tych ostatnich wykazały, że reklamy związane z wyszukiwaniem online stanowią najlepsze „kanały" obliczenia zwrotu z inwestycji z reklam internetowych. W sekcji 4.3.3 (s. 42 i 43) tego badania, przedstawionej w załączniku B.1 do odpowiedzi na skargę, wskazano bowiem, że 54 % reklamodawców i 35 % agencji medialnych, które odpowiedziały na sondaż, wskazało, że tego rodzaju reklamy są „dobre" do obliczenia zwrotu z inwestycji, podczas gdy jedynie 37 % reklamodawców i 23 % agencji medialnych wskazało, że reklamy typu display są „dobre" w tym względzie. Chociaż w pytaniu zadanym w sondażu nie zażądano od podmiotów porównania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam w tym względzie, to wynika z tego, że odpowiedzi potwierdzały jednak stwierdzenie Komisji, zgodnie z którym reklamy związane z wyszukiwaniem online ułatwiają reklamodawcom obliczenie zwrotu z inwestycji, inaczej niż reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. Tego ostatniego stwierdzenia nie podważa w żadnym razie argument Google'a, zgodnie z którym 46 % reklamodawców i 65 % agencji medialnych uważało, że „kanał sprzedaży cyfrowej", w którym są oni w stanie najlepiej oszacować zwrot z inwestycji, „był inny" niż kanał reklam związanych z wyszukiwaniem online, ponieważ nie wykazano, że te inne kanały obejmowały reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. W związku z tym argument Google'a jest pozbawiony znaczenia dla kwestii substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

259 W trzeciej kolejności, co się tyczy argumentu Google'a, zgodnie z którym w okresie trwania naruszenia dostępne były narzędzia do obliczenia zwrotu z inwestycji z reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, należy zauważyć, że z informacji dostarczonych przez Google'a wynika, iż narzędzia te dawały możliwości obliczenia zwrotu z inwestycji, ale nie pozwalały na wyciągnięcie wniosku, że oferują one w tym względzie możliwości równoważne z możliwościami reklam związanych z wyszukiwaniem online.

260 Po pierwsze, co się tyczy Google Ads, z fragmentów bloga należącego do Google'a, Inside AdWords, wynika, że narzędzia Google'a umożliwiają reklamodawcom, poza obliczeniem liczby kliknięć w reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online, zmierzenie wzrostu liczby wizyt na stronie internetowej i wyszukiwań w następstwie kampanii reklamowej. Nie wskazano jednak, że funkcje te umożliwiają reklamodawcom powiązanie ich wydatków na reklamę z generowaną sprzedażą, jak ma to miejsce w przypadku reklam związanych z wyszukiwaniem online, w odniesieniu do których Komisja wskazała w zaskarżonej decyzji, a czemu Google'a nie zaprzeczył, że możliwe jest porównanie wydatków związanych ze słowem kluczowym z zakupami wynikającymi z kliknięć.

261 Po drugie, w odniesieniu do serwisów społecznościowych LinkedIn, Twitter i Pinterest oraz narzędzi analitycznych Adobe i Salesforce, które również oferują możliwości monitorowania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, należy stwierdzić, że zgodnie z tym, co zauważa Komisja w swoich pismach, Google nie wyjaśnia, czy owe narzędzia były dostępne w okresie naruszenia, ani nie wyjaśnia, w jaki sposób ich możliwości śledzenia odpowiadały możliwościom oferowanym przez reklamy związane z wyszukiwaniem online w ramach obliczania zwrotu z inwestycji.

262 Po trzecie, jeśli chodzi o serwis społecznościowy Facebook, raport RBB przedstawiony w załączniku A.3 do skargi (zob. pkt 246 powyżej), opisuje w sekcji 3.5 narzędzia umożliwiające śledzenie użytkowników do różnych rodzajów konwersji, w tym zakupu, związane z reklamami w tym serwisie niezwiązanymi z wyszukiwaniem online. Jednakże niezależnie od kwestii, czy

funkcje te były dostępne dla reklamodawców w okresie trwania naruszenia (zob. pkt 235 powyżej w odniesieniu do Facebook Audience Network), Google, nie odnosząc się do żadnej z odpowiedzi reklamodawców i agencji medialnych na wystosowane w tym względzie przez Komisję żądania udzielenia informacji, nie wykazuje, że owo narzędzie Facebooka przy obliczaniu zwrotu z inwestycji było równie skuteczne jak reklamy związane z wyszukiwaniem online.

263 W konsekwencji, bez konieczności orzekania w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności argumentacji Google'a zawartej w załączniku C.3 do repliki, należy stwierdzić, że argumenty Google'a nie wykazują, iż Komisja w motywie 146 zaskarżonej decyzji błędnie stwierdziła, że reklamy związane z wyszukiwaniem online umożliwiały reklamodawcom łatwiejsze oszacowanie zwrotu z inwestycji w porównaniu z reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online.

8) W przedmiocie znaczenia różnic w cechach i w zastosowaniach dla celów definicji rynku

264 Z pkt 211–263 powyżej wynika, że Google nie zdołał podważyć zasadności zawartej w zaskarżonej decyzji analizy Komisji, w której podkreślono różnice między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam dotyczące ich uruchamiania i umiejscowienia, formatów, kosztów projektowych, zdolności do targetowania, celów, współczynników kliknięć i konwersji, a także możliwości obliczenia zwrotu z inwestycji. Ustalenia te opierały się na różnych dowodach, których prawidłowości, wiarygodności i spójności nie zdołały podważyć argumenty Google'a.

265 W tym względzie należy stwierdzić, że w dokonanej przez Komisję całościowej ocenie definicji rynku różnice te stanowiły istotne przesłanki braku substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

266 Zgodnie bowiem z przytoczonymi w pkt 125 i 126 powyżej orzecznictwem i komunikatem w sprawie definicji rynku właściwości produktów i ich zastosowania są istotne dla definicji rynku, ponieważ rynek asortymentowy składa się z wszystkich tych produktów, które uważane są przez konsumenta za zamienne lub za substytuty ze względu na ich właściwości, ich ceny i ich zamierzone stosowanie.

267 Ponadto, jak wynika z pkt 241–247 powyżej, Komisja, wbrew argumentom Google'a wykazała, że dwa rozpatrywane rodzaje reklam miały różne cele.

268 Google podnosi jednak, że różnice te są niewystarczające, aby stwierdzić brak substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam w braku analizy substytucyjności opartej na cenach rozpatrywanych reklam.

269 W tym względzie należy przypomnieć, że – jak wskazano w pkt 155–161 powyżej – analiza substytucyjności oparta na cenach, taka jak test SSNIP, nie była obowiązkowa w ramach definicji rynku, którą przeprowadziła Komisja. Nie jest ona wymagana ani przez orzecznictwo, ani przez Komisję w komunikacie w sprawie definicji rynku.

270 Ponadto i w każdym razie Komisja przeanalizowała w zaskarżonej decyzji, czy z punktu widzenia wydawców, reklamodawców i agencji medialnych może zachodzić substytucyjność dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam w przypadku stałego wzrostu o 5–10 % ceny płaconej przez reklamodawców reklam związanych z wyszukiwaniem online lub tożsamego zmniejszenia przychodów uzyskiwanych przez wydawców z tytułu tych reklam.

271 Analiza ta pozwoliła Komisji na wyciągnięcie użytecznych dla definicji rynku właściwego wskazówek, które zostały streszczone w motywie 148 zaskarżonej decyzji i potwierdzone w pkt 145–208 powyżej.

272 Ponadto, jak wskazano już w pkt 141–144 powyżej, należy przypomnieć, że Komisja w swojej analizie substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam oparła się również na innych czynnikach, takich jak nakłady konieczne do świadczenia usług reklamowych związanych z wyszukiwaniem online (motywy 150–154 zaskarżonej decyzji) oraz zachowanie na rynku niektórych wydawców (motywy 162, 164, 165 rzeczonej decyzji). Wynika z tego, że Google nie może zarzucać Komisji, że oparła swoją analizę definicji rynku wyłącznie na cechach, jakie miały posiadać dwa rozpatrywane rodzaje reklam.

273 Z powyższego wynika, że różnice w cechach i zastosowaniach między reklamami związanymi z wyszukiwaniem online a reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online, które były istotne dla definicji rynku właściwego, stanowiły część zbioru elementów, które Komisja wzięła pod uwagę w swojej całościowej ocenie definicji rynku.

f) W przedmiocie uwzględnienia przykładów rzeczywistego zachowania wydawców, którzy zastąpili lub zastąpiliby reklamy związane z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online

274 W motywach 162 i 164 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że przykłady wydawców wymienione przez Google'a, takie jak [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], którzy zastąpili reklamy związane z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online, nie wykazują, że te dwa rodzaje reklam są zastępowalne.

275 Google podnosi, że Komisja błędnie uznała w zaskarżonej decyzji, iż przykłady rzeczywistego zachowania wydawców, takich jak [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], którzy stosowali lub stosują dwa rozpatrywane rodzaje reklam zamiennie, nie wykazują substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam. Tę substytucyjność potwierdza nawet fakt, że przychody z pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online znacznie spadły w latach 2012–2016, podczas gdy całkowite wydatki reklamodawców w Internecie znacznie wzrosły.

276 Surfboard uważa, że Komisja pominęła dowody przedstawione przez Google'a świadczące o dokonanym przez wydawców zastąpieniu reklam związanych z wyszukiwaniem online innymi formatami reklam internetowych.

277 Komisja kwestionuje argumenty Google'a i Surfboardu.

278 W pierwszej kolejności, co się tyczy przykładów [*poufne*] i [*poufne*], w motywie 162 zaskarżonej decyzji wyjaśniono, że odpowiednio w styczniu 2014 r. i w styczniu 2015 r. podmioty te zmniejszyły korzystanie z AFS w odniesieniu do swoich stron internetowych na urządzeniach mobilnych, a w konsekwencji z reklam związanych z wyszukiwaniem online na swoich stronach internetowych w następstwie zmniejszenia przez Google'a podziału przychodów przyznanych tym wydawcom z tytułu wyświetlania rozpatrywanych reklam. Z zaskarżonej decyzji wynika również, że na późniejszym etapie wydawcy ci zdecydowali się na ponowne zwiększenie wykorzystania reklam związanych z wyszukiwaniem online, gdy otrzymali od Google'a podwyżkę procentu przychodów na ich rzecz.

279 Tymczasem, jak podnosi Komisja w swoich pismach, przykłady te nie mogą wykazać substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam. Z jednej strony nie wykazano, że [*poufne*] i [*poufne*] zastosowali reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online zamiast reklam związanych z wyszukiwaniem online w następstwie obniżenia procentu przychodów, które im zostały przyznane. Z drugiej strony to zmniejszenie korzystania z AFS nastąpiło po znaczącym zmniejszeniu procentu przychodów uzyskiwanych przez [*poufne*] i [*poufne*]. Część tych przychodów wypłacana wydawcom wzrosła bowiem do [*poufne*] %, podczas gdy, zgodnie z tym, co wyjaśnia Komisja w swoich pismach, a czemu Google nie zaprzecza, przed tą zmianą wynosiła ona między [*poufne*] a [*poufne*] % w przypadku [*poufne*] i [*poufne*] % w przypadku [*poufne*] %. Liczby te wskazują na znaczny spadek przychodów wydawców. Taka obniżka jest znacznie większa niż przewidziana, co się tyczy hipotetycznej podwyżki cen, w ramach testu SSNIP opisanego w pkt 17 i 18 komunikatu w sprawie definicji rynku.

280 W drugiej kolejności, co się tyczy przykładów [*poufne*] i [*poufne*] przedstawionych w załączniku A.16 do skargi, które nie zostały wymienione w zaskarżonej decyzji, zrzuty ekranu przedstawione przez Google'a wskazują, że ich strony internetowe mogą wyświetlać, w następstwie wyszukiwania i zgodnie z używanymi słowami kluczowymi, albo reklamy związane z wyszukiwaniem online, albo reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online. Zdaniem Google'a odnośni wydawcy dokonują zatem wyboru pomiędzy dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam na podstawie wyszukiwania hasła dokonywanego przez użytkownika.

281 Jednakże sam fakt, że [*poufne*] i [*poufne*] wyświetlały dwa rozpatrywane rodzaje reklam na swoich stronach internetowych, nie oznacza sam w sobie, że reklamy te są zastępowalne. Jak bowiem podnosi Komisja w swoich pismach, wybór tych dwóch wydawców można wytłumaczyć po prostu różnymi możliwościami monetyzacji wyszukiwań za pomocą reklamy. O ile niektóre słowa kluczowe mogły zachęcić reklamodawców do umieszczania reklam związanych z wyszukiwaniem online, a tym samym generować przychody dla obu wydawców, o tyle inne słowa kluczowe mogły generować mniejsze zainteresowanie reklamodawców lub nie generować go wcale, tak że wydawcy osiągali wyższe dochody, zastrzegając przestrzeń reklamową dla reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

282 W trzeciej kolejności, co się tyczy przykładu [*poufne*], zbadanego w motywie 164 zaskarżonej decyzji, zrzut ekranu przedstawiony przez Google'a w załączniku A.16 do skargi pokazuje, że wydawca ten wykorzystuje reklamy graficzne niezwiązane z wyszukiwaniem online. Google nie wykazał, że ten wydawca wykorzystywał w przeszłości reklamy związane z wyszukiwaniem online w tej samej przestrzeni reklamowej i postanowił zastąpić je reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online. Nawet przy założeniu, że tak było, Google nie przedstawił żadnego dowodu pozwalającego zrozumieć wybór tego podmiotu, zgodnie z tym, co wskazała Komisja w motywie 164 zaskarżonej decyzji. W związku z tym nie można uznać, że zrzut ekranu dowodzi substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

283 W czwartej kolejności, co się tyczy zrzutów ekranu strony internetowej „[*poufne*]" i strony internetowej [*poufne*], przedstawionych odpowiednio w załączniku A.16 do skargi i w załączniku C.3 do repliki, należy zauważyć, że przykłady te pokazują wyświetlanie reklam związanych z wyszukiwaniem online na tej samej stronie internetowej co wyświetlanie wyników wyszukiwania wyspecjalizowanego. Przykłady te są zatem pozbawione znaczenia dla kwestii, czy reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online mogą zastąpić reklamy związane z wyszukiwaniem online. Ta ostatnia kwestia jest jedyną kwestią, o której zbadanie Google zwraca się do Sądu w ramach pierwszej części zarzutu pierwszego, jak wskazano w pkt 221 powyżej.

284 W piątej kolejności, co się tyczy spadku przychodów z pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w latach 2012–2016, wystarczy stwierdzić, że Google nie wykazał istnienia odpowiedniego wzrostu przychodów z reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online w tym okresie, tak by nastąpiło przejście na ten ostatni rodzaj reklamy. Ponadto, nawet gdyby wykazano takie przejście, Google również nie wyjaśnia, w jaki sposób okoliczność ta miałaby stanowić o substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

285 W konsekwencji, bez konieczności orzekania w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności argumentacji Google'a zawartej w załączniku C.3 do repliki, należy stwierdzić, że Google nie wykazuje, iż Komisja w zaskarżonej decyzji błędnie oceniła przedstawione przez Google'a przykłady niektórych wydawców, którzy stosują lub stosowali dwa rozpatrywane rodzaje reklam zamiennie. Google nie wykazał również, że Komisja w swojej analizie substytucyjności nie wzięła pod uwagę istotnych okoliczności w tym zakresie.

g) W przedmiocie interpretacji oświadczeń niektórych przedstawicieli Google'a

286 W motywach 139, 144 i 156 zaskarżonej decyzji Komisja przytoczyła wypowiedzi niektórych przedstawicieli Google'a wskazujące na różnice między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam. W motywie 139 w swojej analizie możliwości targetowania reklam Komisja odniosła się do zeznania [*poufne*], ówczesnego [*poufne*] Google'a z czerwca 2012 r. przed FTC. W motywie 144 w swojej analizie celów reklamy Komisja przytoczyła wewnętrzną wiadomość elektroniczną [*poufne*] z września 2008 r. (zob. w tym względzie pkt 245 powyżej). W motywie 156, w odpowiedzi na argument Google'a dotyczący stosunku konkurencji między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam, Komisja wspomniała o zeznaniach złożonych przez [*poufne*], czyli [*poufne*] Google'a, przed FTC w maju 2012 r.

287 Google twierdzi, że Komisja wyrwała te oświadczenia z kontekstu i że nie dotyczą one kwestii marginalnej substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam.

288 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

289 W pierwszej kolejności, co się tyczy zeznania [*poufne*] przytoczonego w motywie 139 zaskarżonej decyzji, należy zauważyć, że w swoim zeznaniu, z którego wyciąg przedstawiono w załączniku A.29 do skargi, [*poufne*] wyraźnie wskazał, iż reklamy związane z wyszukiwaniem online są najlepszymi reklamami internetowymi do generowania zakupów przy najkorzystniejszym zwrocie z inwestycji, ponieważ odpowiadają one bezpośrednio na zainteresowanie wyrażone przez użytkownika. Stwierdził on ponadto, że reklamodawcy preferują zatem reklamy związane z wyszukiwaniem online. Wskazał on jednak, że niektóre osoby nie zgodziły się z tym ostatnim stwierdzeniem, a mianowicie te, które pragną zwiększyć rozpoznawalność marki, co jest celem w odniesieniu do którego reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online byłyby bardziej skuteczne.

290 Wynika z tego, że wzmianka Komisji o tym zeznaniu w motywie 139 zaskarżonej decyzji w części analizy dotyczącej możliwości targetowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam nie jest ani wybiórcza, ani wprowadzająca w błąd.

291 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o wzmiankę o wewnętrznej wiadomości elektronicznej [*poufne*], w motywie 144 zaskarżonej decyzji, przedstawionym w załączniku A.31 do skargi, należy zauważyć, że została ona zredagowana w odpowiedzi na artykuł, który ukazał się w *Wall Street Journal*, w którym stwierdzono, że w następstwie reklamy związanej z wyszukiwaniem online

użytkownik jest bardziej skłonny kupić produkt, jeżeli oglądał już reklamy typu display (reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online) dotyczące tego samego produktu. W artykule położono zatem nacisk na komplementarność między dwoma rodzajami reklam, a nie na ich substytucyjność. We wspomnianej wiadomości [*poufne*] poinformował zasadniczo, że zgadza się z tą analizą, wskazując, jak stwierdzono w motywie 144 zaskarżonej decyzji, że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online rodzą zainteresowanie produktem, ale do zakupu produktu zachęcają reklamy związane z wyszukiwaniem online.

292 Komisja mogła zatem słusznie przytoczyć wypowiedź [*poufne*] w swojej analizie celów dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam, gdy stwierdziła, że w zwiększaniu rozpoznawalności marki reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online były bardziej skuteczne niż reklamy związane z wyszukiwaniem online. Podniesiona przez Google'a okoliczność, że wiadomość elektroniczna [*poufne*] została wysłana w odpowiedzi na artykuł, w którym zauważono, że reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online stanowią również dla reklamodawców środek umożliwiający reklamodawcom dotarcie do konsumentów, nie zmienia w żaden sposób wartości dowodowej opinii wyrażonej przez [*poufne*], na której Komisja oparła się w motywie 144 zaskarżonej decyzji.

293 W trzeciej kolejności, co się tyczy przytoczenia w motywie 156 zaskarżonej decyzji wypowiedzi [*poufne*], należy przypomnieć, że Komisja odniosła się do niej, aby wskazać, że sam Google uznał różnice między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam, w szczególności w odniesieniu do ich możliwości targetowania. Z tego zeznania, którego pełną wersję przedstawiono w załączniku B.5 do odpowiedzi na skargę, rzeczywiście wynika, że [*poufne*] przedstawiła szereg uwag dotyczących niektórych różnic między reklamami związanymi z wyszukiwaniem online a reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online, wyświetlanymi przez Google'a za pośrednictwem usługi AdSense For Content, takich jak okoliczność, że pierwsze reklamy odpowiadały wyszukiwaniu użytkowników, a także odmienna prezentacja reklam (s. 70, 77, 81). Wskazała ona również, że do celów stosowania klauzul wyłączności obowiązujących w odniesieniu do stosowania AFS te dwa rodzaje reklam nie zostały uznane za „zasadniczo podobne" (s. 155 i 156).

294 W konsekwencji, o ile prawdą jest, że zgodnie z argumentami Google'a [*poufne*] stwierdziła również w swoim zeznaniu, że dwa rodzaje reklam wyświetlanych za pośrednictwem AFS i AdSense For Content były wykorzystywane zamiennie na stronach wydawców (zob. s. 64 wspomnianego zeznania), nie zmienia to faktu, że ta przedstawicielka Google'a wspomniała o istnieniu różnic między tymi dwoma rodzajami reklam, w szczególności w kwestii możliwości targetowania. W związku z tym wzmianka Komisji w motywie 156 zaskarżonej decyzji uczyniona w celu stwierdzenia, że Google sam uznaje różnice między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam, nie wprowadza w błąd. Należy ponadto zauważyć, że to uznanie znajduje również potwierdzenie w oświadczeniach [*poufne*], zbadanych powyżej i wspomnianych w motywach 139 i 144 zaskarżonej decyzji.

295 Ponadto okoliczność, że cytaty z wypowiedzi [*poufne*] i [*poufne*] nie odnoszą się do kwestii marginalnej substytucyjności produktów z punktu widzenia reklamodawców i wydawców, jak twierdzi Google, jest pozbawiona znaczenia, ponieważ cytaty te Komisja wykorzystała jedynie w celu zilustrowania innych elementów całościowej oceny definicji rynku właściwego, a mianowicie możliwości targetowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam, ich celów oraz różnic w cechach i zastosowaniach pod wieloma względami.

296 Z powyższego wynika, że Google nie wykazał, iż Komisja błędnie odczytała przytoczone w motywach 139, 144 i 156 zaskarżonej decyzji oświadczenia przedstawicieli Google'a.

h) W przedmiocie wcześniejszych decyzji Komisji

297 W motywach 158 i 159 zaskarżonej decyzji, w odpowiedzi na argumenty Google'a, Komisja wyraźnie zaprzeczyła, jakoby doszła do wniosku o substytucyjności dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam w decyzjach wydanych przez nią w sprawie kontroli koncentracji, w tym w decyzji Google/DoubleClick.

298 Google podnosi, jakoby Komisja przyznała we wcześniejszych decyzjach, iż dwa rozpatrywane rodzaje reklam są zbieżne i konkurują ze sobą. Powołuje się on w tym względzie na decyzję Google/DoubleClick, a także na decyzje Komisji C(2010) 1077 wersja ostateczna z dnia 18 lutego 2010 r. uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem i porozumieniem EOG (sprawa COMP/M.5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business) (zwaną dalej „decyzją Microsoft/Yahoo!") oraz na decyzję Komisji C(2010) 5272 wersja ostateczna z dnia 27 lipca 2010 r. uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem i porozumieniem EOG (sprawa COMP/M.5676 – SevenOne Media/G+J Electronic Media Service/Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland/JV) (zwaną dalej „decyzją SevenOne Media JV"). Google zauważa, że od czasu wydania tych decyzji wzrosła zbieżność dwóch rodzajów reklam.

299 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

300 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 238 powyżej Komisja nie jest związana ocenami dotyczącymi rynków właściwych dokonanymi w jej poprzednich decyzjach.

301 W drugiej kolejności i w każdym razie Komisja nie popełniła błędu, stwierdziwszy w motywach 158 i 159 zaskarżonej decyzji, że jej wcześniejsze decyzje nie zawierały wniosków sprzecznych z definicją rynku reklam związanych z wyszukiwaniem online.

302 Należy bowiem podkreślić w tym względzie, że Komisja wyraźnie postanowiła pozostawić otwartą definicję rynku we wszystkich trzech decyzjach wskazanych przez Google'a. Tak więc, o ile Komisja wskazała w decyzji Google/DoubleClick, że dwa rozpatrywane rodzaje reklam mogą być substytucyjne „w pewnym stopniu" z punktu widzenia reklamodawców (pkt 53 tej decyzji), o tyle nie tylko nie stwierdziła definitywnie takiej substytucyjności, ale wyraźnie wskazała, że te dwa rodzaje reklam są „całkowicie różne" z punktu widzenia wydawców (pkt 54–56 wspomnianej decyzji). W decyzji Microsoft/Yahoo! Komisja zaznaczyła wprawdzie, że podczas badania rynku otrzymała pewną liczbę odpowiedzi dotyczących zbieżności pod pewnymi względami dwóch rodzajów rozpatrywanych reklam (pkt 74 tej decyzji), ale stwierdziła również, że w „znacznej liczbie" odpowiedzi podkreślono, iż reklamy te tworzą różne rynki (pkt 71 i 72 tej decyzji). Wreszcie w decyzji SevenOne Media JV Komisja ograniczyła się do stwierdzenia, że strony zgłaszające wyraziły opinię, zgodnie z którą dwa rozpatrywane rodzaje reklam są zbliżone pod względem możliwości targetowania (pkt 30 tej decyzji) i że badanie rynku sugeruje, iż między tymi dwoma rodzajami reklam może wystąpić zbieżność (pkt 31 tej decyzji).

303 Należy dodać w tym względzie, że okoliczność, iż Komisja wskazała w niektórych decyzjach, że przedsiębiorstwa powołały się na zbieżność między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam, nie oznacza w żadnym razie, wbrew temu, co sugeruje Google, że Komisja sama stwierdziła substytucyjność tych reklam. Ponadto należy zauważyć, że Komisja prawidłowo zbadała w zaskarżonej decyzji potencjalne punkty zbieżności pomiędzy dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam podniesione w poprzednich decyzjach, takie jak kwestia ich możliwości targetowania, i doszła jednak do wniosku, że nie stanowią one części tego samego rynku.

304 Z powyższego wynika, że Google nie ma podstaw do podważenia zasadności analizy Komisji dotyczącej substytucyjności rozpatrywanych dwóch rodzajów reklam w oparciu o wcześniejsze decyzje Komisji w sprawach kontroli koncentracji, do których odsyła.

i) Wnioski w przedmiocie części pierwszej zarzutu pierwszego

305 Z powyższych rozważań wynika, że argumentacja Google'a nie zdołała podważyć prawidłowości, wiarygodności i spójności dowodów, na których Komisja oparła się w swojej ogólnej ocenie substytucyjności reklam związanych z wyszukiwaniem online i reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online, ani wykazać, że Komisja nie uwzględniła w tym celu istotnych okoliczności. W konsekwencji Google nie wykazał, że Komisja błędnie uznała, iż dwa rozpatrywane rodzaje reklam nie są substytucyjne.

306 W świetle całości powyższych rozważań należy oddalić pierwszą część zarzutu pierwszego.

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu pierwszego, dotyczącej substytucyjności sprzedaży reklam internetowych poprzez pośrednictwo i sprzedaży takich reklam bezpośrednio przez wydawców

307 Jak wskazano w pkt 27 powyżej, w motywach 184–200 zaskarżonej decyzji Komisja zdefiniowała drugi właściwy rynek produktowy, a mianowicie, opisany w pkt 35 powyżej, rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

308 W swojej analizie leżącej u podstaw definicji rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online Komisja stwierdziła w pierwszej kolejności w motywach 186–193 zaskarżonej decyzji, że istnieje ograniczona substytucyjność sprzedaży reklam internetowych poprzez pośrednictwo i sprzedaży reklam internetowych bezpośrednio przez wydawców (zwanych dalej „dwoma rozpatrywanymi kanałami sprzedaży"). Po pierwsze, Komisja uzasadniła ten wniosek, wyjaśniając, że sprzedaż poprzez pośrednictwo nie wiąże się ze znacznymi kosztami dla wydawców, w przeciwieństwie do prowadzonej przez nich sprzedaży bezpośredniej. Po drugie, sprzedaż poprzez pośrednictwo ułatwia gromadzenie dużej liczby reklamodawców, która jest niezbędna dla reklamy online, w związku z czym wszyscy wydawcy prowadzący sprzedaż bezpośrednią reklam korzystają również ze sprzedaży poprzez pośrednictwo. Po trzecie, Komisja zbadała następnie argumenty Google'a dotyczące zachowania niektórych partnerów bezpośrednich, w tym [*poufne*] i [*poufne*], oraz innych wydawców, w tym [*poufne*], a także wcześniejszej decyzji w sprawie kontroli koncentracji, i uznała, że argumenty te nie pozwalają na podważenie rozróżnienia dokonanego między dwoma rozpatrywanymi kanałami sprzedaży (motywy 189–193 zaskarżonej decyzji). W drugiej kolejności Komisja stwierdziła w motywach 194–200 tej decyzji, że istnieje ograniczona substytucyjność usług pośrednictwa w odniesieniu do reklam związanych z wyszukiwaniem online i reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online.

309 Google kwestionuje jedynie pierwszą część tej definicji rynku, twierdząc, że Komisja błędnie stwierdziła w zaskarżonej decyzji, iż dwa rozpatrywane kanały sprzedaży nie są zastępowalne.

310 W pierwszej kolejności Google uważa, że rzekomy brak substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży nie został wykazany z punktu widzenia wydawców. Po pierwsze, twierdzi on, że Komisja nie uzasadniła w wystarczający sposób swoich ustaleń, zgodnie z którymi z jednej strony sprzedaż bezpośrednia wiązała się z wyższymi kosztami transakcyjnymi dla wydawców niż

sprzedaż przez pośrednictwo, a z drugiej strony sprzedaż pośrednia ułatwiała zebranie dużej bazy reklamodawców. Po drugie, te dwie rzekome różnice cech dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży nie wystarczają, aby stwierdzić brak substytucyjności bez przeprowadzenia „prawdziwej" analizy substytucyjności. Po trzecie, Komisja niesłusznie uznała, że dowody świadczące o tym, iż wydawcy korzystali z dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży, nie wystarczały do wykazania braku ich substytucyjności.

311 W drugiej kolejności Google podnosi, że Komisja niesłusznie odrzuciła dowody dotyczące substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży z punktu widzenia reklamodawców.

312 W trzeciej kolejności Google uważa, że Komisja błędnie uznała za nieistotną dla sprawy decyzję Komisji C(2012) 6063 final z dnia 4 września 2012 r. uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem i porozumieniem EOG (sprawa COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV) (zwaną dalej „decyzją Telefónica UK").

313 Surfboard podnosi, że Komisja nie uwzględniła przedstawionych przez Google'a dowodów, które wykazywały substytucyjność dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży.

a) W przedmiocie substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży z punktu widzenia wydawców

1) W przedmiocie kosztów transakcyjnych ponoszonych przez wydawców

314 W motywie 187 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że koszty transakcyjne ponoszone przez wydawców prowadzących bezpośrednią sprzedaż reklam internetowych są wyższe niż koszty związane ze sprzedażą przez pośrednictwo. Aby bezpośrednio sprzedawać reklamy internetowe, wydawcy musieli bowiem dokonać znacznych inwestycji pod względem czasu, pieniędzy i personelu, podczas gdy sprzedaż przez pośrednictwo generowała dla nich znikome, jeśli w ogóle, koszty transakcyjne.

315 Google kwestionuje zasadność tej analizy. Po pierwsze, twierdzi, że uwagi przedsiębiorstw, na których oparła się Komisja w motywie 187 zaskarżonej decyzji, nie były ani przekonujące, ani wiarygodne. Po drugie, Komisja pominęła moc dowodową innych dowodów wskazujących na to, że koszty transakcyjne sprzedaży bezpośredniej są niższe od kosztów sprzedaży przez pośrednictwo. Po trzecie, Google podnosi, że uiszczana przez wydawców opłata na rzecz pośredników w formie podziału przychodów pochodzących od reklamodawców eliminuje wszelkie różnice w cenie dla wydawców.

316 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

317 W pierwszej kolejności, co się tyczy argumentu Google'a kwestionującego wartość dowodową odpowiedzi wydawców, o których mowa w przypisie 193 do motywu 187 zaskarżonej decyzji, ze względu na fakt, że skierowane do nich pytania nie wymagały od nich porównania kosztów „w zrozumiały sposób", należy przypomnieć, że Komisja odniosła się w tym przypisie do odpowiedzi pięciu wydawców na pytania zawarte w żądaniach udzielenia informacji.

318 Google nie wysuwa żadnego argumentu podważającego dokonaną przez Komisję interpretację tych pięciu odpowiedzi, lecz krytykuje treść pytań skierowanych do trzech z pięciu wydawców, a mianowicie [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], w żądaniu udzielenia informacji z dnia 22 grudnia

2010 r. Zdaniem Google'a pytania te nie pozwalały na skuteczne porównanie kosztów wynikających ze sprzedaży bezpośredniej z kosztami generowanymi przez sprzedaż pośrednią, ponieważ miały one na celu jedynie uzyskanie od wydawców odrębnych informacji o średniej ich kosztów z jednej strony w przypadku sprzedaży bezpośredniej, a z drugiej strony w przypadku sprzedaży pośredniej, bez porównywania tych kosztów.

319 Co się tyczy pytań zadanych przez Komisję wspomnianym trzem wydawcom, należy stwierdzić, że – jak wskazuje Google w pkt 63 skargi – wydawcy ci zostali wezwani do sprecyzowania średnich kosztów, które ponosili co roku w ciągu ostatnich sześciu lat (2005–2010) z jednej strony w przypadku sprzedaży bezpośredniej przestrzeni reklamowej, z drugiej zaś – sprzedaży przestrzeni reklamowej przez pośrednictwo. Chodziło zatem o kwestie statystyczne dotyczące średnich kosztów ponoszonych w dwóch rozpatrywanych kanałach sprzedaży w tym samym okresie. Komisja mogła zatem co do zasady porównać średnie koszty przedstawione przez tych wydawców. Google zaś nie przedstawia żadnego uzasadnionego argumentu wyjaśniającego, dlaczego zadane pytania nie były odpowiednie do uzyskania informacji mogących poprzeć stwierdzenie zawarte w motywie 187 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym bezpośrednia sprzedaż reklam internetowych wiązała się z wyższymi kosztami dla wydawców niż sprzedaż przez pośrednictwo. Ponadto Google nie twierdzi, że inne pytanie doprowadziłoby do innego wniosku niż ten, który Komisja wyciągnęła z kosztów transakcyjnych.

320 Wynika z tego, że nie zakwestionowano prawidłowości, wiarygodności i spójności odpowiedzi, o których mowa w przypisie 193.

321 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o argument Google'a, zgodnie z którym opłata uiszczana na rzecz pośredników eliminuje wszelkie różnice w cenie dla wydawców, nic nie wskazuje na to, że wspomniana opłata nie była częścią ponoszonych przez wydawców kosztów, jak powinno mieć to miejsce, a zatem nie była uwzględniona w średnich kosztach obliczonych przez wydawców w ich odpowiedziach na wystosowane przez Komisję żądania udzielenia informacji, o których mowa w pkt 318–320 powyżej.

322 W trzeciej kolejności, co się tyczy argumentu Google'a, zgodnie z którym Komisja pominęła dowody wykazujące, że koszty sprzedaży bezpośredniej ponoszone przez wydawców nie były wyższe niż koszty sprzedaży pośredniej, Google odnosi się w swoich pismach wyłącznie do odpowiedzi udzielonej przez [*poufne*] na żądanie udzielenia informacji z grudnia 2010 r. Odpowiedź ta, której fragment znajduje się w załączniku A.32 do skargi, wskazuje, że koszty transakcji [*poufne*] w przypadku sprzedaży bezpośredniej były niższe niż w przypadku sprzedaży za pośrednictwem. Chociaż Komisja wyjaśnia w swoich pismach, że [*poufne*] nie był typowym wydawcą, który rozwinął swoje własne usługi reklamowe związane z wyszukiwaniem online ([*poufne*]) i nadal wykorzystywał AFS do reklam związanych z tym wyszukiwaniem, to jednak jest to przykład wydawcy, który uważa, że sprzedaż bezpośrednia wiązała się z mniejszymi kosztami niż sprzedaż za pośrednictwem.

323 Jednakże sama ta okoliczność nie może podważyć zawartego przez Komisję w motywie 187 zaskarżonej decyzji stwierdzenia dotyczącego kosztów transakcyjnych ponoszonych przez wydawców. Stwierdzenie to zostało poparte odpowiedziami pięciu wydawców na żądania udzielenia informacji, które nie zostały skutecznie zakwestionowane przez Google'a, i zgodnie z argumentami Komisji są również spójne w świetle wyjaśnień przedstawionych w motywach 150–154 i 195–197 zaskarżonej decyzji, które nie zostały zakwestionowane przez Google'a, w przedmiocie znacznych inwestycji niezbędnych do świadczenia usług reklamowych związanych z wyszukiwaniem online.

324 Z powyższego wynika, że Google nie wykazuje, iż Komisja błędnie uznała w motywie 187 zaskarżonej decyzji, że koszty transakcji sprzedaży powierzchni reklamowych były niższe dla wydawców korzystających z pośrednika, w przeciwieństwie do tych, którzy dokonują sprzedaży bezpośredniej.

2) W przedmiocie wskaźnika dotyczącego dostępu do wystarczającej bazy reklamodawców

325 W motywie 188 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że reklamy internetowe wymagają istnienia dużej bazy reklamodawców i że w porównaniu z bezpośrednią sprzedażą reklam internetowych sprzedaż pośrednia ułatwia wydawcom dostęp do takiej bazy.

326 Google podnosi, że Komisja nie wykazała, iż wydawcy nie mogli sami zgromadzić wystarczającej bazy reklamodawców do bezpośredniego sprzedawania im reklam online. W tym celu kwestionuje on interpretację odpowiedzi udzielonej przez [*poufne*] na żądanie udzielenia informacji z dnia 16 września 2011 r. i twierdzi, że wydawcy mogą korzystać z wystarczająco dużej bazy reklamodawców, aby prowadzić sprzedaż bezpośrednią reklam, o czym świadczą wydawcy tacy jak [*poufne*] i [*poufne*].

327 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

328 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wśród dowodów wymienionych w motywie 188 zaskarżonej decyzji Google krytykuje wyłącznie dokonaną przez Komisję interpretację odpowiedzi udzielonej przez [*poufne*]. Nie formułuje on zatem żadnego argumentu podważającego prawidłowość, wiarygodność ani spójność odpowiedzi dziewięciu wydawców na żądania udzielenia informacji, do których Komisja odniosła się w przypisie 195 na poparcie wniosku, który przyjęła w odniesieniu do bazy reklamodawców dostępnej poprzez sprzedaż reklam przez pośrednictwo.

329 W drugiej kolejności, w odniesieniu do informacji dostarczonych przez [*poufne*], przedstawionych w załączniku B.8 do odpowiedzi na skargę, należy zauważyć, że wyjaśnił on w odpowiedzi na pytanie trzecie, iż znaczna większość wydawców, którzy odpowiedzieli na sondaż, korzystała z usług pośrednika w sprzedaży powierzchni reklamowych i że wszyscy wydawcy, którzy odpowiedzieli, z wyjątkiem wyświetlającego reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online, wskazali, że sprzedaż przez nich powierzchni reklamowych bezpośrednio reklamodawcom nie jest możliwa, w szczególności z powodu braku rentowności, niewielkiej liczby zapytań i kosztów niezbędnych inwestycji. Odpowiedź ta świadczy zatem o silnym preferowaniu przez wydawców, według sondażu [*poufne*], sprzedaży reklam przez pośrednictwo, a nie sprzedaży bezpośredniej.

330 W trzeciej kolejności, co się tyczy argumentu Google'a opartego na przykładach [*poufne*] i [*poufne*], które dokonują sprzedaży bezpośredniej, należy zauważyć, że te dwa przykłady nie pozwalają uznać, iż sprzedaż bezpośrednia oferuje wydawcom w sposób ogólny taki sam zakres podstawowej działalności reklamodawców jak sprzedaż przez pośrednictwo. Tymczasem, jak podnosi Komisja w swoich pismach, czynnik ten jest szczególnie istotny w przypadku reklam związanych z wyszukiwaniem online, ponieważ współczynnik kliknięć, a zatem wynagrodzenie wydawców, zależą od trafności reklam w stosunku do zapytania użytkownika. Im większa jest liczba reklamodawców, tym bardziej reklamy mogą odpowiadać zainteresowaniu użytkownika wyrażonemu w jego wyszukiwaniu. Ponadto te dwa przykłady wydawców dokonujących sprzedaży bezpośredniej nie mogą zrównoważyć odpowiedzi dziewięciu wydawców

wymienionych przez Komisję w przypisie 195 do zaskarżonej decyzji, które wskazywały, że dostępna przez pośrednictwo baza reklamodawców była wyższa od bazy oferowanej przez sprzedaż bezpośrednią i że był to istotny czynnik dla wydawców.

331 Z powyższego wynika, że Google nie wykazuje, iż Komisja błędnie uznała w motywie 188 zaskarżonej decyzji, że wydawcy mogli łatwiej dysponować wystarczająco dużą bazą reklamodawców, wykorzystując do reklam online sprzedaż przez pośrednictwo, a nie poprzez sprzedaż bezpośrednią.

3) W przedmiocie braku „prawdziwej" analizy substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży

332 Google twierdzi, że Komisja bez przeprowadzenia „prawdziwej" analizy substytucyjności nie mogła oprzeć się na dowodach dotyczących kosztów transakcyjnych i dostępnej bazy reklamodawców, aby dojść do wniosku, że dwa rozpatrywane kanały sprzedaży nie były substytucyjne. Google wyjaśnił na rozprawie, że uważa, iż Komisja powinna była przeprowadzić test SSNIP.

333 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

334 W pierwszej kolejności należy zbadać argument Komisji zawarty w odpowiedzi na skargę, zgodnie z którym przeprowadziła ona analizę cen. Komisja odnosi się w tym względzie do faktu, że w żądaniach udzielenia informacji z dnia 26 lipca 2013 r. i z dnia 18 marca 2016 r. zadała wydawcom pytanie, czy zastąpiliby całość lub część sprzedaży reklam związanych z wyszukiwaniem online przez pośrednictwo bezpośrednią sprzedażą takich reklam w przypadku znacznego i nieprzejściowego wzrostu cen usług pośrednictwa o 5–10 %. Załączniki B.6 i B.7 do odpowiedzi na skargę rzeczywiście zawierają odpowiedzi dwunastu wydawców na to pytanie. Komisja dodaje, odwołując się do motywów 187 i 188 oraz przypisów 193 i 195 zaskarżonej decyzji, że wszyscy wydawcy, którzy odpowiedzieli na to pytanie, wskazali, iż jest mało prawdopodobne, by dokonali oni takiej zmiany.

335 Należy jednak stwierdzić w tym względzie, że zaskarżona decyzja nie zawiera żadnego odniesienia do tej analizy.

336 O ile bowiem Komisja wspomniała w przypisach 193 i 195 o niektórych odpowiedziach wydawców na pytanie wskazane w pkt 334 powyżej i postawione w żądaniach udzielenia informacji, o tyle odpowiedzi te nie znajdują się w zaskarżonej decyzji w celu opisania wyników analizy dotyczącej cen, lecz wyłącznie w celu uzasadnienia wniosków Komisji dotyczących kosztów transakcyjnych (odpowiedzi wspomniane w przypisie 193 do motywu 187) i dostępnej bazy reklamodawców (odpowiedzi wspomniane w przypisie 195 do motywu 188).

337 Tymczasem z orzecznictwa wynika, że Komisja nie może uzupełnić uzasadnienia zaskarżonej decyzji w toku postępowania sądowego (zob. podobnie wyrok z dnia 15 grudnia 2021 r., Oltchim/Komisja, T-565/19, EU:T:2021:904, pkt 275 i przytoczone tam orzecznictwo).

338 Niemniej jednak brak takiej analizy w zaskarżonej decyzji nie może podważyć definicji rynku właściwego przyjętej przez Komisję, w szczególności w odniesieniu do substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży z punktu widzenia wydawców.

339 Po pierwsze, należy podkreślić, że, jak wskazano w pkt 155–161 powyżej, przeprowadzenie testu SSNIP nie jest obowiązkowe dla celów definicji rynku.

340 Po drugie, Google nie formułuje w swoich pismach żadnego argumentu, który wskazywałby, że taki test doprowadziłby do wniosku innego niż wniosek wyciągnięty przez Komisję w zaskarżonej decyzji. Należy podkreślić w tym względzie, że w celu zdefiniowania rynku właściwego Komisja oparła się na zbiorze wskazówek dotyczących ponoszonych przez wydawców kosztów transakcji i dostępnej dla nich bazy reklamodawców, których, jak stwierdzono w pkt 314–331 powyżej, zasadności i znaczenia dla analizy substytucyjności nie podważyły argumenty Google'a. Ponadto analiza Komisji leżąca u podstaw definicji rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online opierała się również na względach, których Google nie zakwestionował, takich jak brak substytucyjności pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online i pośrednictwa w odniesieniu do reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online. W obliczu tych istotnych i spójnych informacji sam fakt, że Komisja nie przeprowadziła testu SSNIP w celu zdefiniowania rynku właściwego, nie dowodzi, że jej całościowa ocena w tym względzie jest błędna.

341 Z powyższego wynika, że Google nie wykazał, iż dokonana przez Komisję ocena definicji rynku była błędna tylko dlatego, że nie przeprowadziła ona testu SSNIP.

4) W przedmiocie wydawców korzystających z dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży

342 W motywie 191 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że zrzuty ekranu strony internetowej [*poufne*] oraz odpowiedzi [*poufne*] i [*poufne*], dotyczące podnoszonego zastępowania przez tych wydawców dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży, nie wskazują na ich substytucyjność.

343 Google, popierany przez Surfboard, podnosi, że Komisja niesłusznie pominęła dowody świadczące o tym, że wydawcy wyświetlali reklamy internetowe zarówno w bezpośrednich relacjach z reklamodawcami, jak i przez pośrednictwo. Google przytacza w tym względzie przykłady [*poufne*] i [*poufne*], które wykazują substytucyjność dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży.

344 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

345 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Google nie kwestionuje zawartej w motywie 191 pkt 2 zaskarżonej decyzji analizy Komisji dotyczącej odpowiedzi udzielonych przez [*poufne*] i [*poufne*], zgodnie z którą odpowiedzi te nie wykazały substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży.

346 W drugiej kolejności, co się tyczy przykładu [*poufne*], Google przedstawia w załączniku A.16 do skargi, na ilustracjach nr 6 i 7, dwa zrzuty ekranu stron internetowych w następstwie wyszukiwania na [*poufne*], które zostały zbadane w motywie 191 pkt 1 zaskarżonej decyzji. Google wyjaśnia, że podczas gdy rysunek nr 6 ukazuje reklamy związane z wyszukiwaniem online generowane dzięki usługom pośrednictwa Google'a, ilustracja nr 7 przedstawia reklamę [*poufne*] (house ad) sprzedawaną bezpośrednio przez [*poufne*].

347 W tym względzie należy zauważyć, że okoliczność, iż [*poufne*] przy sprzedaży przestrzeni reklamowej korzysta z dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży, niekoniecznie dowodzi, że kanały te są zastępowalne. Dowodzi to wprawdzie, że ten sam wydawca może zdecydować się na pokazanie własnych reklam na swojej stronie internetowej i na wyświetlanie na innej stronie reklam związanych z wyszukiwaniem online sprzedawanych przez pośrednictwo. Jednakże

zgodnie z wyjaśnieniem Komisji zawartym w motywie 191 pkt 1 ust. 1 zaskarżonej decyzji wybór ten może zależeć od możliwości monetyzacji słów kluczowych użytych w wyszukiwanym zapytaniu. W tym przypadku sam fakt, że wydawca sprzedaje reklamy zarówno bezpośrednio, jak i za pośrednictwem, nie dowodzi, że dwa rozpatrywane kanały sprzedaży są zamienne lub zastępowalne ze względu na ich cechy, cenę i zastosowanie w rozumieniu orzecznictwa i komunikatu w sprawie definicji rynku, o których mowa w pkt 125 i 126 powyżej.

348 W trzeciej kolejności, co się tyczy przykładu [*poufne*], Google przedstawia w załączniku A.22 do skargi zrzut ekranu w następstwie zapytania na stronie internetowej [*poufne*] ukazujący wyświetlanie reklam sprzedawanych bezpośrednio przez [*poufne*] powyżej wyników wyszukiwania i reklamy związane z wyszukiwaniem online wygenerowane dzięki usługom pośrednictwa Google poniżej tych wyników.

349 Tymczasem należy zauważyć, że ten zrzut ekranu nie został zbadany w analizie definicji rynku właściwego przeprowadzonej w zaskarżonej decyzji i że w aktach sprawy nie ma żadnego dowodu wskazującego na to, że Google przedstawił go Komisji w toku postępowania administracyjnego. W związku z tym Google, wbrew temu, co twierdzi w skardze, nie może zarzucać Komisji, że pominęła ten przykład. Ponadto, zgodnie z argumentami Komisji zawartymi w jej pismach, ten zrzut ekranu, ukazujący reklamy sprzedawane za pomocą różnych kanałów sprzedaży na tej samej stronie internetowej, ma raczej na celu wykazanie komplementarności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży niż ich substytucyjności. W tym sensie przykład [*poufne*] jest zgodny z zachowaniem wydawców opisanym w motywach 188, 190, 191 i w motywie 192 pkt 2 zaskarżonej decyzji. W motywach tych Komisja wskazała, że wielu wydawców, takich jak członkowie [*poufne*] i niektórzy partnerzy bezpośredni Google'a, [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], sprzedawali bezpośrednio powierzchnie reklamowe, ale systematycznie korzystali również ze sprzedaży pośredniej zasadniczo ze względu na korzyści, jakie przynosi ten ostatni kanał sprzedaży. Takie zachowanie może raczej świadczyć o komplementarności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży niż o ich substytucyjności.

350 W każdym razie, nawet przy założeniu, że przykłady [*poufne*] i [*poufne*] stanowiły przesłanki substytucyjności sprzedaży reklam online przez pośrednictwo i bezpośredniej sprzedaży przez wydawców, co nie zostało wykazane, należy stwierdzić, że okoliczności te nie wystarczają, aby zrównoważyć dowody przedstawione w motywach 187 i 188 zaskarżonej decyzji, wskazujące, że zasadniczo wydawcy nie uznawali dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży za substytucyjne ze względu na znacznie niższe koszty transakcyjne sprzedaży poprzez pośrednictwo i łatwiejszy dostęp do dużej bazy reklamodawców niż w porównaniu do sprzedaży bezpośredniej.

351 Z powyższego wynika, że Google nie wykazuje, iż Komisja błędnie pominęła w motywie 191 zaskarżonej decyzji przykłady wydawców korzystających z dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży w swojej analizie ich substytucyjności.

b) W przedmiocie substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży z punktu widzenia reklamodawców

352 W motywie 192 zaskarżonej decyzji Komisja uznała zasadniczo, że podane przez Google'a przykłady wydawców, którzy wypracowali zaawansowane techniki targetowania użytkownika, a mianowicie [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], nie dają żadnej poszlaki co do substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży.

353 Google podnosi, że Komisja niesłusznie odrzuciła te dowody, które wykazują substytucyjność dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży z punktu widzenia reklamodawców. Wydawcy są bowiem w stanie wyświetlać reklamy sprzedawane bezpośrednio w bardzo skuteczny sposób, biorąc pod uwagę fakt, że niektórzy z nich mogą gromadzić dane na temat użytkowników (tak jak [*poufne*]), w szczególności poprzez rejestrowanie użytkowników i wykorzystanie plików cookie (jak [*poufne*]), oraz targetowanie użytkowników, którzy odwiedzili już stronę internetową (jak [*poufne*]).

354 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

355 W tym względzie należy stwierdzić, że przykłady przedstawione przez Google'a wskazują na możliwości targetowania użytkownika oferowane przez reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online na stronach internetowych niektórych wydawców. Nawet gdyby dowody te mogły wykazać, że wydawcy ci są w stanie sprzedawać bezpośrednio reklamodawcom atrakcyjne pozycjonowanie reklamowe, Google nie wyjaśnia, w jaki sposób sama ta okoliczność świadczy o tym, że reklamodawcy uważają pozycjonowanie reklam online bezpośrednio z wydawcami za substytut pozycjonowania takich reklam przez pośrednika, na przykład Google'a i jego usługę AFS w odniesieniu do reklam związanych z wyszukiwaniem online.

356 Ponadto Google nie kwestionuje uwagi Komisji zawartej w motywie 192 ust. 2 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którą [*poufne*] i [*poufne*] nadal korzystały z usług pośrednictwa Google'a w odniesieniu do reklam związanych z wyszukiwaniem online, pomimo rozwoju ich własnych narzędzi do lepszego targetowania reklam promujących ich własne produkty. Stwierdzenie to wskazuje, że [*poufne*] i [*poufne*] uważały, iż ich narzędzia nie mogły zastąpić sprzedaży przez pośrednictwo.

357 Z powyższego wynika, że Google nie wykazał, iż Komisja w motywie 192 zaskarżonej decyzji błędnie odrzuciła jego przykłady.

c) W przedmiocie uwzględnienia decyzji Telefónica UK

358 W motywie 193 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że decyzja Telefónica UK nie daje poparcia dla argumentów Google'a, ponieważ w tej decyzji Komisja pozostawiła otwartą kwestię, czy presja wywierana przez sprzedaż bezpośrednią reklam na urządzeniach mobilnych na sprzedaż tych reklam przez pośrednictwo uzasadnia rozszerzenie rynku właściwego.

359 Google utrzymuje, że Komisja niesłusznie pominęła swój wniosek zawarty w decyzji Telefónica UK, zgodnie z którym sprzedaż bezpośrednia reklam na urządzeniach mobilnych w znacznym stopniu ogranicza sprzedaż tych reklam przez pośrednictwo.

360 Komisja kwestionuje argumenty Google'a.

361 W tym względzie należy przypomnieć, jak wskazano już w pkt 238 i 300 powyżej, że Komisja nie jest związana ocenami dotyczącymi rynków właściwych dokonanymi w jej poprzednich decyzjach.

362 Ponadto w każdym razie należy zauważyć, że Komisja w decyzji Telefónica UK pozostawiła otwartą kwestię segmentacji rynku sprzedaży powierzchni reklamowych na urządzeniach mobilnych na sprzedaż bezpośrednią i sprzedaż przez pośrednictwo, zgodnie ze stwierdzeniem zawartym w motywie 193 zaskarżonej decyzji. Wyraźnie wskazała ona, że jej badanie rynku nie pozwala na wyciągnięcie jasnego wniosku w tej kwestii.

363 Ponadto Google nie wyjaśnia w swoich pismach, dlaczego uwagi Komisji zawarte w decyzji Telefónica UK na temat ewentualnej substytucyjności kanałów sprzedaży przestrzeni reklamowej na urządzeniach mobilnych miałyby mieć znaczenie dla przeprowadzonej w zaskarżonej decyzji analizy substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży, które dotyczą reklam internetowych.

364 Z powyższego wynika, że Google nie wykazał, iż Komisja popełniła błąd w motywie 193 zaskarżonej decyzji, uznawszy, że decyzja Telefónica UK nie daje poparcia dla argumentacji Google'a.

d) Wnioski w przedmiocie drugiej części zarzutu pierwszego

365 Z powyższych rozważań wynika, że argumentacja Google'a nie zdołała podważyć prawidłowości, wiarygodności i spójności dowodów, na których Komisja oparła się w swojej całościowej ocenie substytucyjności sprzedaży reklam internetowych przez pośrednictwo i sprzedaży reklam online dokonywanej bezpośrednio przez wydawców, ani wykazać, że Komisja nie uwzględniła w tym celu istotnych okoliczności. W konsekwencji Google nie wykazuje, że Komisja błędnie uznała, iż istnieje ograniczony stopień substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży.

366 W świetle całości powyższych rozważań należy oddalić część drugą zarzutu pierwszego podniesionego przez Google'a.

3. Wnioski w przedmiocie zarzutu pierwszego

367 Z powyższych rozważań wynika, że Google nie wykazał, iż przyjęta przez Komisję definicja rynków właściwych jest błędna.

368 W konsekwencji argument Google'a oparty na tym, że Komisja nie wykazała jego pozycji dominującej na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG, jest również bezzasadny, ponieważ opiera się on wyłącznie na rzekomo błędnej definicji tego rynku. Argumentacja Google'a nie pozwala zatem podważyć zawartego w motywie 274 zaskarżonej decyzji wniosku Komisji, zgodnie z którym w latach 2006–2016 Google zajmował pozycję dominującą na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG.

369 W konsekwencji zarzut pierwszy Google'a należy oddalić jako bezzasadny.

C. W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego tego, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron nie stanowi nadużycia pozycji dominującej

370 W zarzucie drugim Google zarzuca Komisji, że uznała ona, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. Zarzut ten składa się z trzech części, z których pierwsza dotyczy tego, że wspomniana klauzula nie ustanawiała obowiązku wyłącznego zaopatrywania się w rozumieniu orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r.,

Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), druga – tego, że Komisja była zobowiązana do przeanalizowania skutków tej klauzuli, a trzecia – tego, że w zaskarżonej decyzji nie wykazano, iż rozpatrywana klauzula miała zdolność do ograniczenia konkurencji.

371 Na wstępie należy przypomnieć, że we wzorze GSA sprzed marca 2009 r. klauzula wyłączności miała następujące brzmienie:

„W odniesieniu do każdej umowy Klient zgadza się, że w odpowiednim okresie świadczenia usług Klient nie będzie wdrażać na danej Stronie internetowej żadnej usługi ani udzielać dostępu za pośrednictwem danej Aplikacji Klienta (jeśli dotyczy), która byłaby identyczna lub zasadniczo podobna do jakichkolwiek Usług świadczonych przez Google'a na podstawie Umowy lub które w inny sposób bezpośrednio konkurują z takimi Usługami".

1. W przedmiocie części pierwszej i drugiej zarzutu drugiego, dotyczących, odpowiednio, tego, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron nie stanowiła obowiązku wyłącznego zaopatrywania się w rozumieniu orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), oraz tego, że Komisja była zobowiązana do przeanalizowania skutków tej klauzuli

372 Z jednej strony w zaskarżonej decyzji Komisja przypomniała orzecznictwo wynikające z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), zgodnie z którym „w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego dominującą pozycję na rynku fakt związania nabywców – nawet na ich wniosek – obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w tym przedsiębiorstwie w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania stanowi nadużywanie dominującej pozycji w rozumieniu art. [102 TFUE]" (zob. pkt 89 tego wyroku).

373 Z drugiej strony Komisja stwierdziła, że klauzula wyłączności stanowiła w niniejszym przypadku obowiązek wyłącznego zaopatrywania się w zakresie, w jakim zobowiązywała ona partnerów bezpośrednich wszystkich stron do pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online świadczone przez Google'a. W tym względzie Komisja zauważyła przede wszystkim, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z tymi partnerami bezpośrednimi miała zastosowanie „zwykle" do wszystkich ich stron internetowych wyświetlających reklamy związane z wyszukiwaniem online, następnie, że wspomniani partnerzy bezpośredni nie mogli odstąpić od tej klauzuli przed upływem okresu obowiązywania ich GSA, i wreszcie, że GSA zawarte z [*poufne*] i [*poufne*] zobowiązywały tych partnerów do stosowania rzeczonej klauzuli do wszystkich ich stron internetowych, które wyświetlają takie reklamy.

374 W tych okolicznościach Komisja uznała tytułem głównym, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron jest sprzeczna z art. 102 TFUE, bez konieczności badania, czy klauzula ta była w stanie ograniczyć konkurencję w świetle wszystkich okoliczności sprawy.

375 Google zarzuca Komisji, że uznała ona, iż nie było konieczności badania, czy klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron miała zdolność do ograniczenia konkurencji. Podnosi on w tym względzie, że Komisja nie wykazała, iż ci partnerzy bezpośredni podlegali obowiązkowi wyłącznego zaopatrywania się, który byłby sprzeczny z art. 102 TFUE w świetle orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36). Ponadto Google utrzymuje, że zasady

ustanowione przez Trybunał w wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), zobowiązywały Komisję do zbadania skutków wspomnianej klauzuli w celu ustalenia, czy stanowiła ona naruszenie tego postanowienia.

376 Surfboard zarzuca Komisji, że uznała, iż podlegał on obowiązkowi wyłącznego zaopatrywania się.

377 Komisja podnosi, że po zawarciu GSA znajdująca się tam klauzula wyłączności miała zastosowanie w okresie obowiązywania GSA. W konsekwencji partner bezpośredni, który uwzględnił wszystkie swoje strony internetowe w GSA, był zobowiązany, po ich wejściu w życie, do zaopatrywania się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całego swojego zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, co stanowiło nadużycie pozycji dominującej w świetle orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36).

378 Ponadto Komisja podnosi, że wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), wyjaśnia orzecznictwo wynikające z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36) jedynie w odniesieniu do nałożonych przez przedsiębiorstwo dominujące zobowiązań do wyłącznego zaopatrywania się w zamian za rabat lub płatność, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

379 W pierwszej kolejności Trybunał orzekł wprawdzie w wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36, pkt 89), że klauzule, na mocy których kontrahenci zobowiązali się do zaopatrywania się celem pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania u przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nawet jeśli nie towarzyszą im rabaty, stanowią ze swej natury nadużywanie pozycji dominującej i że to samo dotyczy rabatów lojalnościowych przyznawanych przez takie przedsiębiorstwo (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 46).

380 Jednakże w wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138), Trybunał w pierwszej kolejności uściślił przytoczone powyżej orzecznictwo, w wypadku gdy dane przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w toku postępowania administracyjnego podnosi dowody na poparcie swoich twierdzeń, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, a w szczególności wywołania zarzucanych skutków w postaci wykluczenia (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 47).

381 W tym względzie Trybunał wskazał, że w takiej sytuacji Komisja nie tylko jest zobowiązana do zbadania z jednej strony wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym, a z drugiej strony stopnia pokrycia rynku kwestionowaną praktyką, jak również warunków i sposobów przyznawania analizowanych rabatów, okresu ich ważności i ich wysokości, lecz także ma ona obowiązek przeprowadzenia oceny ewentualnego istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą (wyroki: z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139; z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 48).

382 W drugiej kolejności Trybunał dodał, że analiza zdolności do wykluczenia jest również istotna dla oceny kwestii, czy system rabatów wchodzący zasadniczo w zakres zakazu określonego w art. 102 TFUE może być obiektywnie uzasadniony. Ponadto wynikające z systemu rabatów skutki wykluczenia, niekorzystne dla konkurencji, mogą zrównoważyć, czy wręcz przeważyć korzyści pod względem efektywności, z których ma pożytek również konsument. Otóż takie

wyważenie skutków kwestionowanej praktyki – korzystnych i niekorzystnych dla konkurencji – może być dokonane dopiero po przeprowadzeniu związanego z analizowaną praktyką badania zdolności w zakresie wykluczenia konkurentów przynajmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą (wyroki: z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 140; z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 49).

383 Prawdą jest, że przedstawiając to drugie uściślenie, Trybunał wspomniał jedynie o systemach rabatów. Jednakże ze względu na to, że zarówno praktykowanie rabatów, jak i klauzule wyłączności mogą być obiektywnie uzasadnione lub powodowane przez nie niedogodności mogą zrównoważyć, czy wręcz przeważyć korzyści pod względem efektywności, z których ma pożytek również konsument, takie uściślenie należy rozumieć jako odnoszące się do obu praktyk (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 50).

384 Ponadto poza tym, że taka wykładnia wydaje się spójna z pierwszym uściśleniem poczynionym przez Trybunał w wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139), należy stwierdzić, że o ile klauzule wyłączności budzą ze względu na swój charakter uzasadnione obawy w zakresie konkurencji, o tyle ich zdolność do wykluczenia konkurentów nie jest automatyczna, jak zresztą ilustruje pkt 36 komunikatu Komisji – wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7) (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 51).

385 Zatem, po pierwsze, gdy Komisja podejrzewa, że przedsiębiorstwo naruszyło art. 102 TFUE poprzez stosowanie klauzul wyłączności, a przedsiębiorstwo to kwestionuje w toku postępowania konkretną zdolność tych klauzul do wykluczenia z rynku równie skutecznych konkurentów, przedstawiając na tę okoliczność dowody, Komisja musi upewnić się na etapie kwalifikacji naruszenia, że klauzule te miały w okolicznościach danej sprawy rzeczywistą zdolność do wykluczenia z rynku konkurentów równie skutecznych jak to przedsiębiorstwo (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 52).

386 Po drugie, Komisja jest również zobowiązana ocenić w konkretny sposób zdolność tych klauzul do ograniczenia konkurencji, jeżeli w toku postępowania administracyjnego podejrzewane przedsiębiorstwo, nie kwestionując formalnie, że jego zachowanie miało zdolność do ograniczenia konkurencji, utrzymuje, że jego zachowanie jest uzasadnione (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 53).

387 W niniejszej sprawie z jednej strony bezsporne jest, że w toku postępowania administracyjnego i w ramach przedstawionych dowodów Google zakwestionował zdolność klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, do ograniczenia konkurencji. Z drugiej strony bezsporne jest również, że Google utrzymywał, iż klauzula ta była obiektywnie uzasadniona.

388 W tych okolicznościach do Komisji należało wykazanie, że klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, miała zdolność do ograniczenia konkurencji i powinna była uwzględnić w tym celu wszystkie istotne okoliczności niniejszej sprawy.

389 W konsekwencji należy zauważyć, że wbrew temu, co ustaliła stwierdziła w zaskarżonej decyzji Komisja, w celu wykazania naruszenia art. 102 TFUE nie mogła ograniczyć się ona do ustalenia, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron zobowiązywała ich do wyłącznego zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Powinna ona bowiem ponadto wykazać, że wspomniana klauzula miała zdolność do ograniczenia konkurencji, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności sprawy, co zresztą tytułem ewentualnym uczyniła w zaskarżonej decyzji.

390 W związku z tym, bez potrzeby wypowiadania się w kwestii podniesionej przez Google'a, czy klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron rzeczywiście stanowiła obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, taki jak obowiązek, o którym mowa w orzecznictwie wynikającym z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), należy stwierdzić, że Komisja tytułem głównym niesłusznie uznała, iż nie była zobowiązana do sprawdzenia, czy klauzula ta mogła ograniczać konkurencję w świetle wszystkich okoliczności niniejszej sprawy.

391 W konsekwencji należy uwzględnić części pierwszą i drugą zarzutu drugiego.

2. W przedmiocie części trzeciej zarzutu drugiego, dotyczącej tego, że w zaskarżonej decyzji nie wykazano, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron miała zdolność ograniczenia konkurencji

392 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała posiłkowo w motywie 362 tej decyzji, że, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron ma zdolność ograniczenia konkurencji. Komisja wskazała w tym względzie, że klauzula ta, po pierwsze, zniechęciła tych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom. Ponadto stwierdziła ona, że klauzula angielska zwiększyła zdolność klauzuli wyłączności do ograniczenia konkurencji.

393 W szczególności należy zaznaczyć, że Komisja, stwierdziwszy, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron z jednej strony zniechęciła tych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a z drugiej strony uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, uznała zasadniczo, że klauzula ta miała zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia.

394 Ponadto należy zauważyć, że ze skutku w postaci wykluczenia wynikającego z klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, Komisja wywnioskowała że klauzula ta mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na właściwych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, i wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

395 Przede wszystkim z motywów 404–406 zaskarżonej decyzji wynika bowiem, że skutek w postaci wykluczenia wynikający z klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron uniemożliwiał konkurującym z Google'm pośrednikom dostarczanie i tworzenie różnych reklam związanych z wyszukiwaniem online, w związku z czym klauzula ta zniechęciła ich do inwestowania w innowacje. Następnie z motywu 408 tej decyzji wynika, że skutek ten pozbawił wspomnianych pośredników przychodów i danych, które mogliby wykorzystać do celów dostarczania reklam związanych z wyszukiwaniem online. Wreszcie z motywu 417 rzeczonej decyzji wynika, że wspomniany skutek umożliwił Google'owi ustalanie cen uiszczanych przez reklamodawców na wysokim poziomie, zwiększając w ten sposób ceny płacone przez konsumentów za towary promowane w reklamach związanych z wyszukiwaniem online. W motywie 418 wspomnianej decyzji Komisja dodała, że fakt, iż wspomniana klauzula mogła szkodzić innowacjom, pozbawił również konsumentów szerszego wyboru reklam związanych z wyszukiwaniem online.

396 Google twierdzi, że Komisja nie wykazała, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, po pierwsze, mogła wywołać stwierdzony w zaskarżonej decyzji skutek w postaci wykluczenia, po drugie, pomogła mu w utrzymaniu lub umocnieniu jego pozycji dominującej na właściwych krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a po trzecie, zaszkodziła innowacjom lub konsumentom. Ponadto Google zarzuca Komisji, że nie wykazała, iż klauzula angielska może ograniczać konkurencję.

397 Surfboard podnosi, że zawarte przez niego z Google'm GSA nie przeszkodziły mu w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników, i kwestionuje fakt, że umowy online nie pozwalały na zaspokojenie potrzeb wydawców przynajmniej w odniesieniu do niektórych ich stron internetowych. Surfboard dodaje, że klauzula wyłączności znajdująca się w jego GSA była w każdym razie obiektywnie uzasadniona.

398 Na wstępie należy zbadać stwierdzony w zaskarżonej decyzji skutek w postaci wykluczenia wynikający z klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. Należy zatem przeanalizować, czy klauzula ta mogła z jednej strony zniechęcić tych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a z drugiej strony utrudnić tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

399 W tym względzie należy zauważyć, że w motywie 364 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, iż do celów analizy zmierzającej do wykazania, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron miała zdolność do ograniczenia konkurencji, wzięła ona pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, w tym w szczególności z jednej strony wagę pozycji dominującej Google'a, zarówno na właściwych krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online, jak i na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem, a z drugiej strony stopień pokrycia tego rynku rzeczoną klauzulą, a także „okres obowiązywania [tej] klauzuli". Komisja odesłała w tym względzie, odpowiednio, do sekcji 7 tej decyzji, dotyczącej pozycji dominującej Google'a, której treść została streszczona w pkt 39–66 powyżej, a także do całej sekcji 8.3.4.2 wspomnianej decyzji, dotyczącej niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znaczącej części rzeczonego rynku.

400 Należy zauważyć, że podejście przyjęte przez Komisję jest zgodne z orzecznictwem, zgodnie z którym w przypadku gdy przedsiębiorstwo w toku postępowania administracyjnego podnosi dowody na poparcie tego, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, a w szczególności – wywołania skutków zarzucanego wykluczenia, Komisja jest zobowiązana

w szczególności do zbadania wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym, stopnia pokrycia rynku zarzucaną praktyką, jak również warunków i sposobów stosowania danej klauzuli i okresu ich ważności (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139).

401 W tym względzie należy zauważyć, że w sekcji 7 zaskarżonej decyzji Komisja uznała, iż Google zajmował pozycję dominującą między innymi na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w latach 2006–2016, biorąc pod uwagę jego udziały w rynku, bariery wejścia na rynek i bariery dla rozwoju oraz brak wyrównawczej siły nabywczej ze strony wydawców.

402 W pierwszej kolejności, co się tyczy udziałów Google'a w rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG, opierając się na przychodach brutto Google'a, Komisja stwierdziła z jednej strony na podstawie danych pochodzących od Google'a, że posiadał on udziały w rynku, które w latach 2006–2016 zawsze przekraczały [*poufne*] % i które osiągnęły w tym ostatnim roku [*poufne*] %, a z drugiej strony na podstawie danych pochodzących od Google'a, Microsoftu i Yahoo!, że Google posiadał w 2006 r. udziały w rynku przekraczające [*poufne*] %, a w latach 2007–2014 zawsze przekraczające [*poufne*] %. Opierając się na przychodach netto Google'a, Komisja stwierdziła z jednej strony na podstawie danych pochodzących od Google'a, że w 2006 r. posiadał on udziały w rynku przekraczające [*poufne*] %, a w latach 2007–2016 przekraczające [*poufne*] %, a z drugiej strony na podstawie danych pochodzących od Google'a i Yahoo!, że Google posiadał udziały w rynku, które zawsze przekraczały [*poufne*] % w latach 2006–2011 i które osiągnęły w tym ostatnim roku ponad [*poufne*] %. Komisja wywnioskowała z tego, że Google konfrontował się z ograniczoną konkurencją ze strony innych pośredników.

403 W drugiej kolejności Komisja uznała, że na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG istniały liczne bariery wejścia na rynek i bariery dla rozwoju. W tym względzie wyjaśniła ona w szczególności, że w celu stworzenia, utrzymania i ciągłej poprawy „platformy reklamowej związanej z wyszukiwaniem online" wymagane są znaczne inwestycje oraz że rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online charakteryzuje się efektami sieciowymi. Wskazała ona bowiem, że sukces pośrednika zależy od liczby reklamodawców i wydawców, których jest on w stanie przyciągnąć, oraz od wielkości jego portfela reklam związanych z wyszukiwaniem online. A zatem im więcej reklamodawców korzystało z usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, tym większy wybór pośrednik mógł mieć spośród znacznej liczby reklam związanych z tym wyszukiwaniem, a tym samym mógł zwiększyć adekwatność reklam, które wyświetlał w odpowiedzi na wyszukiwanie online przez użytkownika.

404 W trzeciej kolejności Komisja uznała, że rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG charakteryzuje się brakiem wyrównawczej siły nabywczej wydawców.

405 Google nie kwestionuje treści sekcji 7 zaskarżonej decyzji poza twierdzeniem w ramach zarzutu pierwszego, że Komisja błędnie zdefiniowała rynki właściwe w sekcji 6 tej decyzji.

406 Ponadto, chociaż zdolność klauzul wyłączności do wykluczenia konkurentów nie jest automatyczna, jak zresztą ilustruje pkt 36 komunikatu Komisji – wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez

przedsiębiorstwa dominujące, to jednak owe klauzule budzą ze względu na swój charakter uzasadnione obawy w zakresie konkurencji (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 51).

407 W niniejszej sprawie bezsporne jest, że klauzula wyłączności, jak wynika z jej brzmienia we wzorze GSA sprzed marca 2009 r., w okresie obowiązywania tego wzoru zakazywała partnerom bezpośrednim wyświetlania konkurencyjnych reklam na stronach internetowych uwzględnionych w GSA. Nie było żadnych wyjątków od tego zakazu.

408 To właśnie w świetle tych okoliczności należy zbadać w pierwszej kolejności, czy klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron miała zdolność do odwiedzenia tych ostatnich od zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a w drugiej kolejności, czy wspomniana klauzula mogła utrudnić tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

a) W przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli wyłączności wobec partnerów bezpośrednich wszystkich stron

409 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że klauzula wyłączności zniechęciła partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u innych pośredników w celu wyświetlania konkurencyjnych reklam na ich stronach internetowych lub na niektórych z nich.

410 Google podnosi zasadniczo, że decyzja partnerów bezpośrednich wszystkich stron o tym, aby ogólnie uwzględnić wszystkie ich strony internetowe w ich GSA, wynikała z konkurencji pozacenowej, w związku z czym nawet w braku klauzuli wyłączności w tych GSA, nie zaopatrywaliby się oni u innych pośredników. Google powołuje się w tym względzie, po pierwsze, na okoliczność, że ci partnerzy bezpośredni mieli co do zasady swobodę wyboru stron internetowych, które uwzględnili w swoich GSA, po drugie, na odpowiedzi tych partnerów bezpośrednich na wystosowane przez Komisję żądania udzielenia informacji, po trzecie, na wybór i kwotę inwestycji dokonanych przez Yahoo! i, po czwarte, na analizę, którą przedstawił w toku postępowania administracyjnego.

411 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 108 powyżej, aby stwierdzić nieuczciwy charakter klauzuli wyłączności względem partnerów bezpośrednich wszystkich stron, Komisja nie musiała bezwzględnie wykazać, że klauzula ta rzeczywiście wywarła skutki w zakresie konkurencji. Aby stwierdzić naruszenie art. 102 TFUE wystarczy bowiem, że Komisja wykaże, iż wspomniana klauzula, w okresie, w którym była wprowadzana w życie, miała zdolność do ograniczenia konkurencji. Wynika z tego, że Komisja nie była zobowiązana w zaskarżonej decyzji do wykazania, że klauzula wyłączności rzeczywiście zniechęciła wszystkich i każdego z różnych partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników.

1) W przedmiocie decyzji partnerów bezpośrednich o uwzględnieniu strony internetowej w GSA

412 Google twierdzi, że partnerzy bezpośredni mogli wybrać strony internetowe do uwzględnienia w ich GSA. Podnosi on zatem, że skoro partnerzy bezpośredni nie byli co do zasady zobowiązani do uwzględniania wszystkich swoich stron internetowych w GSA, klauzula wyłączności nie mogła zniechęcić ich do zaopatrywania się u innego pośrednika. W tym względzie Google przypomina,

że partnerzy bezpośredni mogli korzystać z AFS w drodze umów online i że mogli oni w każdej chwili zdecydować się na skorzystanie z konkurencyjnej usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online na stronach, które nie były uwzględnione w ich GSA.

413 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

414 W tym względzie bezsporne jest, że na podstawie klauzuli wyłączności partner bezpośredni nie mógł co do zasady wyświetlać konkurencyjnych reklam na uwzględnionych w GSA stronach internetowych. Wynika z tego, że gdy partner bezpośredni zdecydował się uwzględnić jedną ze swoich stron internetowych w GSA, musiał on bezwzględnie zaopatrywać się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia swojego zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w odniesieniu do tej strony internetowej.

415 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że Komisja słusznie uznała, iż klauzula wyłączności może zniechęcać partnerów bezpośrednich do wyświetlania konkurencyjnych reklam na uwzględnionych w GSA stronach internetowych, niezależnie od faktu, że mogli oni zawierać umowy online i wybrać strony internetowe uwzględnione w tych GSA.

2) W przedmiocie odpowiedzi partnerów bezpośrednich na różne żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję i pisma Surfboardu

416 W pierwszej kolejności w motywie 348 zaskarżonej decyzji Komisja wymieniła różne podmioty prawne, które były partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. W ten sposób wyodrębniła ona 34 partnerów bezpośrednich wszystkich stron.

417 W drugiej kolejności z jednej strony w motywie 367 zaskarżonej decyzji Komisja, przytoczywszy odpowiedzi siedmiu partnerów bezpośrednich na żądanie udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r., uznała, że w braku klauzuli wyłączności partnerzy bezpośredni wszystkich stron zaopatrywaliby się u innych pośredników co najmniej w odniesieniu do części ich zapotrzebowania.

418 Siedmiu partnerów bezpośrednich zidentyfikowanych przez Komisję w motywie 367 zaskarżonej decyzji to [*poufne*] (której jedną ze spółek zależnych jest od października 2010 r. [*poufne*], która jest jednym z partnerów bezpośrednich wszystkich stron wymienionych w motywie 348 tej decyzji), grupa [*poufne*] (do której należy [*poufne*]), [*poufne*] (której grupa posiada [*poufne*] i [*poufne*], którzy razem są jednym z partnerów bezpośrednich wszystkich stron w rozumieniu owego motywu 348), grupa [*poufne*] (do której należą [*poufne*] i [*poufne*], którzy są odrębnymi partnerami bezpośrednimi w rozumieniu wspomnianego motywu 348), grupa [*poufne*] (do której należą [*poufne*] i [*poufne*], którzy są odrębnymi partnerami bezpośrednimi w rozumieniu motywu 348 zaskarżonej decyzji), grupa [*poufne*] (do której należy [*poufne*]) i [*poufne*]).

419 Z drugiej strony w motywie 368 zaskarżonej decyzji Komisja, przytoczywszy odpowiedzi dwóch partnerów bezpośrednich, uznała, że klauzula wyłączności uniemożliwiła partnerom bezpośrednim wszystkich stron dokonanie oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurencyjnych pośredników.

420 Dwoma partnerami bezpośrednimi zidentyfikowanymi przez Komisję w motywie 368 zaskarżonej decyzji są grupa [*poufne*], wspomniana już w motywie 367 tej decyzji, oraz grupa [*poufne*].

421 Ponieważ grupa [*poufne*] została wspomniana jednocześnie w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji, należy zauważyć, że w motywach tych Komisja wspomniała łącznie o odpowiedziach ośmiu odrębnych partnerów bezpośrednich. Z motywu 348 zaskarżonej decyzji wynika, że tych ośmiu partnerów bezpośrednich reprezentuje w rzeczywistości dziesięciu z trzydziestu czterech partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych przez Komisję.

422 Google podnosi, że w zaskarżonej decyzji Komisja uznała, iż klauzula wyłączności zniechęciła wszystkich partnerów bezpośrednich wszystkich stron, zidentyfikowanych w tej decyzji, do zaopatrywania się u innych pośredników. Zauważa on jednak, że decyzja ta odnosi się jedynie do oświadczeń tylko niektórych z tych partnerów bezpośrednich. Ponadto Google podnosi, że oświadczenia partnerów bezpośrednich rozpatrywane jako całość wykazują, po pierwsze, że klauzula wyłączności nie miała na nich wpływu, a po drugie, że ich decyzja o wykorzystaniu AFS wynikała z konkurencji pozacenowej, to znaczy, że wybrali oni AFS ze względu na to, że była lepsza od usług konkurencyjnych.

423 Surfboard dodaje, że klauzula wyłączności nie uniemożliwiła mu zaopatrywania się u konkurenta Google'a w celu pokrycia części jego zapotrzebowania.

424 Komisja podnosi, że oparła się na odpowiedziach ośmiu ze zidentyfikowanych przez nią trzydziestu czterech partnerów bezpośrednich wszystkich stron, podczas gdy Google odnosi się w skardze jedynie do odpowiedzi udzielonych przez wyłącznie dwóch partnerów bezpośrednich. Ponadto podnosi ona, że odpowiedź jednego z tych dwóch partnerów bezpośrednich potwierdza fakt, iż partnerzy bezpośredni wszystkich stron, w braku klauzuli wyłączności, zaopatrywaliby się u innych pośredników w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania. Co się tyczy pozostałych odpowiedzi udzielonych przez innych partnerów bezpośrednich, na które powołuje się Google w załączniku C.1 do repliki, albo są one pozbawione znaczenia ze względu na to, że pochodzą od partnerów bezpośrednich, którzy nie są partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, albo nie potwierdzają faktu, że ci partnerzy bezpośredni wybierali AFS ze względu na to, że była lepsza od konkurencyjnych usług. Ponadto Komisja zauważa, że dwadzieścia cztery z trzydziestu pięciu odpowiedzi przytoczonych we wspomnianym załączniku C.1 dotyczyło pytania 5.2.d żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. Tymczasem pytanie to dotyczyło ogólnie zmiany pośredników, a nie konkretnie jakości AFS w porównaniu do jakości usług tych pośredników.

425 Wreszcie Komisja podnosi, że Surfboard nie wykazuje, iż nie chciał zaopatrywać się u innego pośrednika.

i) W przedmiocie znaczenia odpowiedzi na pytanie 5.2.d żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r.

426 Na poparcie swojej argumentacji przypomnianej w pkt 422 powyżej Google powołuje się na odpowiedzi partnerów bezpośrednich na pytanie 5.2.d żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r.

427 W tym względzie należy zauważyć, że pytanie 5.2.d żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. brzmiało następująco: „W jakich okolicznościach rozważaliby Państwo zmianę pośrednika w odniesieniu do części lub całości Państwa przestrzeni reklamowej?".

428 Tak więc, jak twierdzi Komisja, pytanie 5.2.d dotyczy ogólnie zmiany pośrednika, a nie konkretnie jakości AFS w porównaniu do jakości usług konkurencyjnych.

429 Nie można jednak wykluczyć, że odpowiadając na pytanie 5.2.d, partnerzy bezpośredni mogli przywołać istotne okoliczności dotyczące ich decyzji o wykorzystaniu AFS oraz, w stosownym przypadku, roli, jaką klauzula wyłączności mogła odegrać w tej decyzji. Ponadto, po pierwsze, należy stwierdzić, że Komisja sama oparła się w pkt 142 odpowiedzi na skargę na odpowiedzi na to pytanie w celu oddalenia argumentu Google'a. Po drugie, należy zauważyć, że Komisja odniosła się w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji do odpowiedzi grupy [*poufne*] na pytania 5.2.c i 5.2.e, które – podobnie jak pytanie 5.2.d – dotyczyły ogólnie rozważań w odniesieniu do decyzji o zaopatrywaniu się u danego pośrednika, a nie konkretnie jakości AFS w porównaniu do jakości usług konkurencyjnych.

430 W tych okolicznościach należy uznać, że wbrew temu, co sugeruje Komisja, nie można stwierdzić, że odpowiedzi partnerów bezpośrednich na pytanie 5.2.d są pozbawione znaczenia, przed ich indywidualną analizą.

ii) W przedmiocie znaczenia odpowiedzi udzielonych przez partnerów bezpośrednich, którzy nie są partnerami bezpośrednimi wszystkich stron

431 Na poparcie swojej argumentacji przypomnianej w pkt 422 powyżej Google powołuje się na odpowiedzi na przedstawione przez Komisję różne żądania udzielenia informacji, pochodzące od partnerów bezpośrednich, którzy w zaskarżonej decyzji nie zostali uznani za partnerów bezpośrednich wszystkich stron.

432 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

433 W tym względzie, jak wskazano w pkt 67 powyżej i jak wynika w szczególności zasadniczo z motywów 341, 362, 366, 380, 403, 407, 416, 422, 627 i 630 zaskarżonej decyzji, Komisja uznała, że klauzula wyłączności stanowi nadużycie pozycji dominującej jedynie w odniesieniu do partnerów bezpośrednich wszystkich stron, którzy jej zdaniem zwykle uwzględniali w GSA wszystkie swoje strony internetowe, które wyświetlają reklamy związane z wyszukiwaniem online. Artykuł 1 ust. 1 lit. a) i art. 1 ust. 3 sentencji zaskarżonej decyzji dotyczą zaś jedynie partnerów bezpośrednich, którzy na mocy tej klauzuli byli zobowiązani do zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania. Komisja nie uznała natomiast, że klauzula wyłączności stanowi nadużycie pozycji dominującej w odniesieniu do partnerów bezpośrednich, którzy nie zostali uznani za partnerów bezpośrednich wszystkich stron.

434 W tych okolicznościach Komisja ograniczyła się do stwierdzenia w sekcji 8.3.4.1 zaskarżonej decyzji, że klauzula wyłączności zniechęciła partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników. W związku z tym kwestia, czy inni partnerzy bezpośredni, którzy nie byli partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, zostali zniechęceni do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, jest pozbawiona znaczenia.

435 Wynika stąd, że – jak słusznie podnosi Komisja – odpowiedzi partnerów bezpośrednich, którzy nie byli partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, są pozbawione znaczenia.

iii) W przedmiocie partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji

436 Google twierdzi, że Komisja nie wykazała, iż partnerzy bezpośredni wszystkich stron, zidentyfikowani w zaskarżonej decyzji, uwzględnili wszystkie swoje strony internetowe w swoich GSA i że w konsekwencji zaopatrywali się oni wyłącznie u niego w celu pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania.

437 W szczególności Google podnosi, że Komisja, w celu wykazania, iż partnerzy bezpośredni wszystkich stron podlegali obowiązkowi zaopatrywania się na zasadzie wyłączności, stwierdziła w zaskarżonej decyzji, iż poinformowali ją oni w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 24 lutego 2017 r., że zwykle uwzględnili wszystkie swoje strony internetowe w GSA. Tymczasem, po pierwsze, słowo „zwykle" oznacza, że ci partnerzy bezpośredni mogli wykluczyć niektóre z ich stron internetowych ze wspomnianych GSA. Wynika z tego, że ich odpowiedź na wspomniane żądanie udzielenia informacji nie była wystarczająco precyzyjna, aby umożliwić Komisji wyciągnięcie z tego wniosku, że zaopatrują się oni wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania. Po drugie, klauzule wyłączności znajdujące się w GSA zawartych z [*poufne*] i [*poufne*] zezwalały na wyświetlanie konkurencyjnych reklam na uwzględnionych w tych GSA stronach internetowych. Ponadto wykazano, że ośmiu z trzydziestu czterech partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji nie uwzględniło wszystkich swoich stron internetowych w GSA.

438 Surfboard twierdzi również, że Komisja niesłusznie uznała, iż uwzględnił on wszystkie swoje strony internetowe w GSA. Zarzuca on Komisji w tym względzie, że nie uwzględniła wiadomości jego dyrektora generalnego, przedstawionej przez Google'a w załączniku do odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w którym ów dyrektor wskazał, że może korzystać z konkurencyjnych usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online na niektórych swoich stronach internetowych.

439 Komisja utrzymuje, że Google nie wykazał, iż partnerzy bezpośredni wszystkich stron nie zaopatrywali się wyłącznie u niego w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania.

440 W szczególności Komisja podnosi, że Google nie wykazał, iż słowo „zwykle" było różnie interpretowane przez partnerów bezpośrednich. Ponadto z argumentacji zawartej w skardze wynika, że jedynie pięciu partnerów bezpośrednich wszystkich stron mogło źle zinterpretować wspomniane słowo. Wyjaśnia ona w tym względzie, że przedstawiona w replice argumentacja dotycząca innych partnerów bezpośrednich jest spóźniona, a w konsekwencji niedopuszczalna. Wreszcie Komisja uważa, że w każdym razie jej podejście do określenia partnerów bezpośrednich wszystkich stron było „ostrożne i korzystne dla Google'a", ponieważ klauzula wyłączności miała również zastosowanie do sześćdziesięciu dziewięciu innych partnerów bezpośrednich, którzy nie mogli potwierdzić, czy zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w GSA. Jeśli chodzi o Surfboard, Komisja podnosi, że wskazuje on tylko na jedną stronę internetową, która nie została uwzględniona w GSA, Surfboard nie przedstawia jednak żadnego dowodu w tym względzie.

– *W przedmiocie skutecznego charakteru argumentacji Google'a*

441 Na wstępie należy przypomnieć, że Sąd nie może w żadnym wypadku zastąpić uzasadnienia autora zaskarżonego aktu swoim własnym uzasadnieniem (wyrok z dnia 11 listopada 2021 r., Autostrada Wielkopolska/Komisja i Polska, C-933/19 P, EU:C:2021:905, pkt 115). Ponadto autor wspomnianego aktu nie może uzupełnić uzasadnienia tego aktu w toku postępowania sądowego (zob. podobnie wyrok z dnia 15 grudnia 2021 r., Oltchim/Komisja, T-565/19, EU:T:2021:904, pkt 275). Tymczasem w niniejszym przypadku z zaskarżonej decyzji, a w szczególności z jej motywów 341, 362, 366, 380, 403, 407, 416, 422, 627 i motywu 630 pkt 1, a także z art. 1 ust. 1 lit. a) i art. 1 ust. 3 sentencji tej decyzji, wspomnianych w pkt 433 powyżej, wynika, że Komisja uznała, iż klauzula wyłączności stanowi nadużycie pozycji dominującej tylko w zakresie, w jakim została ona zawarta w niektórych GSA, wskazanych w motywie 348 wspomnianej decyzji, w których odnośni partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, w związku z czym klauzula ta zobowiązywała ich do zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania.

442 W konsekwencji podnoszona w istocie przez Komisję w jej pismach okoliczność, że mogła ona uznać, iż klauzula wyłączności zawarta w innych GSA stanowiła nadużycie pozycji dominującej również wtedy, gdy odnośni partnerzy bezpośredni zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych w GSA, nie pozwala na oddalenie argumentów Google'a i Surfboardu, w których zarzucają oni Komisji, że nie wykazała, iż zidentyfikowani w zaskarżonej decyzji partnerzy bezpośredni wszystkich stron uwzględnili wszystkie swoje strony internetowe w GSA i że zaopatrywali się oni wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania. Ponadto należy przypomnieć, że Komisja utrzymuje dodatkowo w swoich pismach, iż jedynie odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron były istotne dla oceny odstraszającego charakteru klauzuli wyłączności (zob. pkt 435 powyżej), potwierdzając w ten sposób relewancję argumentów Google'a i Surfboardu.

– *W przedmiocie wiarygodności odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 24 lutego 2017 r.*

443 Należy zauważyć, że w przypadku gdy partner bezpośredni uwzględnił w GSA wszystkie swoje strony internetowe wyświetlające reklamy związane z wyszukiwaniem online, musiał on bezwzględnie zaopatrywać się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całego swojego zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w okresie przewidzianym w GSA.

444 Natomiast w sytuacji gdy partner bezpośredni nie uwzględnił wszystkich swoich stron internetowych w GSA, Komisja powinna była zgodnie z zaskarżoną decyzją wykazać, że strony, które zostały tam uwzględnione, stanowiły co najmniej znaczną część zapotrzebowania tego partnera bezpośredniego na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. W szczególności z motywów 386, 389 i 390 zaskarżonej decyzji wynika, że liczba wyszukiwań online, ruch i przychody generowane przez strony internetowe były elementami istotnymi dla określenia zakresu zapotrzebowania pokrywanego przez GSA.

445 W tym względzie należy zauważyć, że Komisja oparła się głównie na odpowiedziach na pytanie zawarte w żądaniu udzielenia informacji z dnia 24 lutego 2017 r. w celu zidentyfikowania partnerów bezpośrednich, którzy zaopatrywali się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Pytanie to zostało sformułowane w następujący sposób: „Czy Państwa

spółka zwykle uwzględnia, w GSA zawartych z Google'm w celu świadczenia usługi AFS, wszystkie swoje strony internetowe wyświetlające reklamy tekstowe związane z wyszukiwaniem?". Partnerów bezpośrednich poproszono o udzielenie odpowiedzi „tak" lub „nie". Wyjaśniono ponadto, że odpowiedź powinna uwzględniać całość przedsiębiorstwa, do którego należy ta spółka, w tym jej ewentualne spółki dominujące i spółki zależne.

446 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, podobnie jak Google, że słowo „zwykle" oznacza, iż partnerzy bezpośredni na pytanie Komisji mogli odpowiedzieć „tak" również wtedy, gdy niektóre z ich stron internetowych nie zostały uwzględnione w GSA. Jest prawdą zatem, że owo pytanie nie pozwalało Komisji na zidentyfikowanie partnerów bezpośrednich, którzy zaopatrywali się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całego swojego zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Należy jednak przypomnieć, że Komisja starała się jedynie zidentyfikować partnerów bezpośrednich, którzy zaopatrywali się w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania na te usługi. Wynika z tego, że nie musiała ona wykazywać, iż partnerzy bezpośredni wszystkich stron we wszystkich przypadkach uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w GSA. Ponadto Google nie wyjaśnia powodu, dla którego uważa, że Komisja powinna była wykazać, iż wszystkie strony internetowe każdego z tych partnerów bezpośrednich powinny zostać uwzględnione w ich GSA.

447 W drugiej kolejności Google podnosi co prawda, że Komisja w żądaniu udzielenia informacji z dnia 24 lutego 2017 r. nie zdefiniowała słowa „zwykle". Wywodzi on z tego, że partnerzy bezpośredni mogli je interpretować w różny sposób.

448 Jednakże, po pierwsze, o ile prawdą jest, że słowo „zwykle" mogło być przedmiotem dwóch interpretacji, o tyle nie stało to na przeszkodzie temu, by Komisja oparła się na odpowiedziach partnerów bezpośrednich w celu zidentyfikowania tych, którzy zaopatrywaliby się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania.

449 Słowo „zwykle" mogło być bowiem rozumiane przez partnerów bezpośrednich jako odnoszące się nie tylko do liczby stron internetowych uwzględnionych w GSA (w stosunku do liczby stron internetowych, które zostały z nich wyłączone), lecz również do względnego „znaczenia" tych stron internetowych pod względem ruchu, liczby wyszukiwań online i wygenerowanych obrotów. Tak więc udzielenie przez partnera bezpośredniego odpowiedzi „tak" na pytanie, czy zwykle uwzględniał on wszystkie swoje strony internetowe w jednej ze swoich GSA, oznaczało albo że wszystkie strony internetowe tego partnera bezpośredniego uwzględniono w GSA, albo że ewentualne strony internetowe, które nie zostały w nich uwzględnione, generują ograniczone, lub nawet znikome, ruch, liczbę wyszukiwań oraz obroty.

450 Po drugie, należy zauważyć, iż Google i Surfboard podnoszą co prawda, że jedenastu z trzydziestu czterech partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji nie uwzględniło wszystkich swoich stron internetowych w GSA oraz że nie zaopatrywali się oni wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania. Chodzi w szczególności o Surfboard, [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*].

451 Jednakże z jednej strony należy zauważyć, że jak wynika z załącznika A.37 do skargi i z załącznika B.11 do odpowiedzi na skargę, grupa [*poufne*] (do której należały [*poufne*] i [*poufne*]), grupa [*poufne*] (do której należał [*poufne*]), i grupa [*poufne*] na pytanie, czy przedsiębiorstwo, do którego należą, zwykle uwzględniało wszystkie swoje strony internetowe w GSA, odpowiedziały „nie". W konsekwencji fakt – przy założeniu, że zostanie on wykazany – że odnośni partnerzy

bezpośredni nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych w GSA, nie może stanowić wskazówki, zgodnie z którą wspomniane pytanie nie pozwala na zidentyfikowanie partnerów bezpośrednich, którzy zaopatrywali się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania.

452 Z drugiej strony należy zauważyć, że chociaż Google zarzuca Komisji, iż ta nie wykazała, że [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*] zaopatrywały się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania, to nie wskazuje on, że ci partnerzy bezpośredni lub grupy, do których należeli, na pytanie, czy zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w GSA, odpowiedzieli „tak".

453 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że Google i Surfboard ograniczają się do stwierdzenia, że tylko dwóch z trzydziestu czterech partnerów bezpośrednich zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji, a mianowicie Surfboard i [*poufne*], lub grupy, do których należą, odpowiedzieli „tak" na pytanie, czy zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w GSA, podczas gdy ci partnerzy bezpośredni nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych w GSA. Tymczasem, nawet przy założeniu, że ci partnerzy bezpośredni nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych w GSA i że w konsekwencji Komisja powinna była sprawdzić zakres zapotrzebowania tych partnerów bezpośrednich na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online objęte tymi GSA, należy uznać, że te dwa przykłady nie są w żadnym razie wystarczające, aby wykazać, że słowo „zwykle" stwarzało samo w sobie trudności interpretacyjne, które nie pozwalałyby na wykazanie istnienia obowiązku zaopatrywania się na zasadzie wyłączności w odniesieniu do jakiegokolwiek z tych partnerów bezpośrednich wszystkich stron.

454 W konsekwencji, bez konieczności orzekania w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności argumentacji Google'a zawartej w replice, należy stwierdzić, że Google bezzasadnie twierdzi, iż użycie słowa „zwykle" w żądaniu udzielenia informacji z dnia 24 lutego 2017 r. mogło samo w sobie skłonić Komisję do błędnego uznania, że na partnerach bezpośrednich wszystkich stron ciążył obowiązek zaopatrywania się na zasadzie wyłączności w celu pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania.

455 W tych okolicznościach, bez potrzeby wypowiadania się w kwestii, czy jedenastu partnerów bezpośrednich, o których mowa w pkt 450 powyżej, zaopatrywało się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania, należy stwierdzić, że dwudziestu trzech pozostałych partnerów bezpośrednich, o których mowa w motywie 348 zaskarżonej decyzji, należy uznać za partnerów bezpośrednich wszystkich stron, którzy zaopatrywali się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania.

iv) W przedmiocie odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron wymienionych w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji

456 Jak wynika z pkt 421 powyżej, Komisja odniosła się w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji do ośmiu odpowiedzi przedstawiających stanowisko dziesięciu z trzydziestu czterech partnerów bezpośrednich wszystkich stron, których zidentyfikowała. Chodzi o odpowiedzi [*poufne*], grupy [*poufne*], [*poufne*], grupy [*poufne*], grupy [*poufne*], grupy [*poufne*], [*poufne*] i grupy [*poufne*].

457 Google kwestionuje zakres pięciu z ośmiu odpowiedzi przytoczonych w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji, a mianowicie odpowiedzi [*poufne*], grupy [*poufne*], [*poufne*], grupy [*poufne*] i grupy [*poufne*], ale nie kwestionuje zakresu odpowiedzi grupy [*poufne*], [*poufne*] i grupy [*poufne*].

458 Na wstępie należy podkreślić, że jak wynika z brzmienia motywów 367 i 368 zaskarżonej decyzji, Komisja nie zamierzała sporządzić wyczerpującego wykazu wszystkich odpowiedzi, które otrzymała w toku postępowania administracyjnego, lecz ograniczyła się do podania jedynie przykładów odpowiedzi potwierdzających fakt, że z jednej strony partnerzy bezpośredni wszystkich stron mogli zostać zniechęceni do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników ze względu na klauzulę wyłączności w celu pokrycia przynajmniej części swojego zapotrzebowania oraz z drugiej strony, że klauzula ta mogła uniemożliwić rzeczonym partnerom bezpośrednim dokonanie oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u takich pośredników.

– *W przedmiocie odpowiedzi [poufne]*

459 W motywie 367 zaskarżonej decyzji Komisja przytoczyła następujący fragment odpowiedzi [*poufne*] na żądanie udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r.: „Klauzule wyłączności uniemożliwiały [*poufne*] korzystanie z usług dostawców linków sponsorowanych". Z motywu 348 tej decyzji wynika, że [*poufne*] był jednym z partnerów bezpośrednich wszystkich stron, których zidentyfikowała Komisja.

460 Google podnosi, że w odpowiedzi na pytanie 14 żądania udzielenia informacji z dnia 18 marca 2016 r., które odpowiadało zasadniczo pytaniu 5.2 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r., w odniesieniu do okresu od 2011 r. do 2015 r. [*poufne*] wskazał, co następuje: „Z wyjątkiem kilku eksperymentów działamy wyłącznie z Google'm, ponieważ nie ma realnej alternatywy, która pozwoliłaby nam na osiągnięcie takiego samego poziomu przychodu, jaki generujemy z Google'm".

461 Okoliczność, że – jak wynika z pkt 460 powyżej – [*poufne*] wskazał, iż w 2016 r. działał on wyłącznie z Google'm ze względu na brak realnych alternatyw umożliwiających mu generowanie takiego samego poziomu przychodu jak przychód generowany dzięki usługom Google'a, nie wystarcza zaś do podważenia twierdzenia [*poufne*] w 2010 r., o którym mowa w motywie 367 pkt 1 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym klauzula wyłączności uniemożliwiła mu korzystanie z innych „dostawców linków sponsorowanych".

462 Po pierwsze, odpowiedź, na którą powołuje się Google, wydaje się bowiem dotyczyć konkretnie okresu od 2011 r. do 2015 r., podczas gdy odpowiedź, na której oparła się Komisja, dotyczyła okresu sprzed 2011 r. Tymczasem, jak przypomniano zasadniczo w pkt 402 powyżej, Komisja wskazała w motywie 276 zaskarżonej decyzji, że udziały Google'a w rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online stale rosły w latach 2006–2016, w związku z czym w 2016 r. na tym rynku nie było już prawie żadnych konkurentów Google'a, przy czym efekty skali i sieciowe utrudniały pojawienie się nowych konkurentów. W związku z tym okoliczność, że [*poufne*] stwierdził w 2016 r. brak „realnych alternatyw" umożliwiających mu generowanie takiego samego poziomu przychodu jak poziom przychodów generowany dzięki usługom Google'a w latach 2011–2015, odzwierciedla w rzeczywistości zmianę udziału Google'a w rynku, z której wynika mianowicie, że w tym okresie na rynku nie istniały już prawie żadne realne alternatywy. Natomiast wspomniana odpowiedź nie oznacza, że klauzula wyłączności nie zniechęciła go do zaopatrywania się u konkurenta w latach 2006–2010, jak wyraźnie wynika z jego odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. przytoczonej w motywie 367 zaskarżonej decyzji.

463 Po drugie, nawet przy założeniu, że usługi Google'a miały lepszą jakość i pozwoliły [*poufne*] wygenerować wyższy poziom przychodu niż poziom generowany dzięki usługom innych pośredników konkurujących z Google'm, okoliczność ta niekoniecznie oznacza, że [*poufne*] nie miał żadnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u takich pośredników w celu pokrycia przynajmniej części swojego zapotrzebowania.

464 W tym względzie w pierwszej kolejności, jak zauważyła Komisja w motywie 377 zaskarżonej decyzji, fakt, że Google zawarł GSA z klauzulą wyłączności, wskazuje na to, że pomimo jakoby lepszej jakości jego usług, Google uważał, iż ci partnerzy mają interes handlowy w zaopatrywaniu się w reklamy internetowe u innych pośredników. Gdyby bowiem Google uważał, jak podnosi przed Sądem, że partnerzy bezpośredni wszystkich stron wybraliby w każdym razie, nawet w braku klauzuli wyłączności, AFS ze względu na jakoby jej lepszą jakość, nie musiałby on zawierać takiej klauzuli w GSA.

465 W drugiej kolejności w każdym razie jakość usługi jest tylko jednym z wielu czynników, które podmiot gospodarczy bierze pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o źródle swojego zaopatrzenia. Inne istotne czynniki obejmują na przykład cenę tej usługi lub, w przypadku rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, część przychodów przyznawanych jej wydawcy. Zatem sama okoliczność, że jakość usługi jest jakoby lepsza od jakości oferowanej przez konkurenta, siłą rzeczy nie wystarcza do pozbawienia klauzuli wyłączności, takiej jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie, wszelkiego odstraszającego charakteru względem tych podmiotów gospodarczych.

466 Ponadto większa monetyzacja reklam związanych z wyszukiwaniem online, na jaką pozwala AFS, jest choćby częściowo nieodłączną konsekwencją efektów sieciowych opisanych w pkt 403 powyżej, które charakteryzują dominującą pozycję Google'a na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online i pozwoliły AFS na wykładniczy wzrost znaczenia reklam wyświetlanych w odpowiedzi na wyszukiwanie online użytkowników. Ta większa monetyzacja jest zatem, przynajmniej częściowo, rezultatem wspomnianych efektów sieciowych, a niekoniecznie jakoby lepszą jakością usług oferowanych przez Google'a.

467 W tych okolicznościach należy zauważyć, że Komisja słusznie uznała, iż odpowiedź [*poufne*] mogła potwierdzać fakt, że klauzula wyłączności mogła zniechęcić partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

– *W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne]*

468 W motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji Komisja przytoczyła następujące fragmenty odpowiedzi grupy [*poufne*] na pytania 5.2.c i 5.2.e żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. dotyczące, odpowiednio, powodów, dla których grupa ta postanowiła współpracować tylko z jednym pośrednikiem w danym czasie, oraz kosztów związanych ze zmianą pośredników: „Korzystamy z usług jednego pośrednika do reklam konsorcjalnych związanych z wyszukiwaniem, ponieważ do niedawna nasza umowa z Google'm nie pozwalała nam korzystać z innego dostawcy, a zatem nie mogliśmy współpracować z innym dostawcą" i [*poufne*].

469 W tym względzie Google podnosi, że w odpowiedzi na pytanie 5.2.d żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. grupa [*poufne*] wskazała, że rozważałaby zmianę pośrednika reklamowego, gdyby znalazła innego pośrednika oferującego „lepsze wyniki finansowe" albo bezpośrednio (na przykład poprzez wyższy przychód z kliknięcia), albo pośrednio (na przykład

poprzez umożliwienie większej elastyczności w optymalizacji wyników w sposób umożliwiający generowanie większych przychodów z kliknięcia, a także poprzez dostarczenie estymacji przychodów na podstawie słów kluczowych).

470 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

471 Należy zaznaczyć, że z fragmentów odpowiedzi grupy [*poufne*], przytoczonych w pkt 468 powyżej, jasno wynika, że grupa ta postanowiła zaopatrywać się u tylko jednego pośrednika w danym czasie ze względu na klauzulę wyłączności. Wniosku tego nie podważa twierdzenie zawarte w pkt 469 powyżej, które dotyczy możliwości przyszłej i hipotetycznej.

472 W tych okolicznościach, jak zresztą Google przyznał w odpowiedzi na pytanie Sądu na rozprawie, należy zauważyć, że Komisja słusznie uznała, iż odpowiedzi grupy [*poufne*] mogą potwierdzać fakt, że klauzula wyłączności mogła zniechęcić partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u konkurencyjnego pośrednika w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

– *W przedmiocie odpowiedzi udzielonych przez [poufne]*

473 W motywie 367 zaskarżonej decyzji Komisja przytoczyła następujący fragment odpowiedzi [*poufne*] na pytanie 8.5 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. dotyczące ewentualnego wpływu klauzuli wyłączności na jej strategię reklamową: „Rozpatrywane klauzule wyłączności miały istotny wpływ na naszą strategię reklamową, w szczególności gdy początkowo zamierzaliśmy dodać reklamy tekstowe osób trzecich na nasze strony internetowe […]. Ponieważ Google nie pozwalał nam współpracować z obiema spółkami, maksymalizowaliśmy nasze dochody, podpisując umowę z Google'm na zasadzie wyłączności i rezygnując z wszelkiej możliwości współpracy z Yahoo lub inną usługą reklamy tekstowej".

474 W tym względzie Google podnosi, że [*poufne*] odpowiedział również na pytanie 8.5 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. w następujący sposób: „Google tradycyjnie miał wyższy [koszt za kliknięcie] niż jego konkurenci tacy jak Yahoo. Mimo że Yahoo był gotowy podzielić większy odsetek przychodów z [kosztu za kliknięcie] z [*poufne*], ogólna stopa zwrotu z produktu Google'a była jednak wyższa od stopy zwrotu Yahoo".

475 Jak wskazano w pkt 473 powyżej, z odpowiedzi udzielonej przez [*poufne*] na pytanie 8.5 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. wynika, że klauzula wyłączności miała „znaczący wpływ" na jej strategię reklamową ze względu na to, że klauzula ta uniemożliwiła jej jednoczesne korzystanie z usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online świadczonych przez Google'a i jednego lub kilku z jego konkurentów. Z powyższego można zatem wywnioskować, że w szczególności na początku, gdy [*poufne*] definiowała swoją strategię reklamową, zamierzała zaopatrywać się u konkurenta Google'a w celu pokrycia przynajmniej części swojego zapotrzebowania. Jest prawdą, że z odpowiedzi tej wynika również, iż [*poufne*] uważała, że AFS generuje więcej przychodów niż usługi Yahoo!. Jednakże, jak wskazano w pkt 464–466 powyżej, taka okoliczność nie wystarcza do wykazania, że [*poufne*] nie miała żadnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się w celu pokrycia przynajmniej części swojego zapotrzebowania u Yahoo! lub innego konkurenta Google'a.

476 W konsekwencji należy zauważyć, że Komisja słusznie uznała, iż odpowiedź [*poufne*] mogła potwierdzać fakt, że klauzula wyłączności była w stanie zniechęcić partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u innych pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

– *W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne]*

477 W motywie 367 zaskarżonej decyzji Komisja przytoczyła następujący fragment odpowiedzi grupy [*poufne*] na pytanie 8.5 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r.: „Rozważylibyśmy wyświetlanie konkurencyjnych reklam związanych z wyszukiwaniem na naszych stronach internetowych i […] rozważylibyśmy nawiązanie w tym celu współpracy z Yahoo, Bingiem i/lub innymi dostawcami reklam związanych z wyszukiwaniem".

478 W tym względzie z jednej strony Google podnosi, że grupa [*poufne*] w odpowiedzi na pytanie, na jakiej podstawie wybierała rodzaj reklam do umieszczenia w różnych przestrzeniach reklamowych jej stron internetowych, a także na pytanie 5.2.d, wskazała, że bierze pod uwagę, po pierwsze, maksymalizację dochodów, po drugie, zachowanie użytkowników, po trzecie, zobowiązania umowne, i po czwarte, charakter działalności gospodarczej, a mianowicie fakt, że publikowała głównie reklamy związane z wyszukiwaniem online, gdyż prowadziła wyszukiwarkę.

479 Z drugiej strony Google zauważa, że w odpowiedzi na pytanie 8.6 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r., dotyczącego powodów, dla których grupa [*poufne*] zaakceptowała klauzulę wyłączności, grupa ta wskazała, że Google przyciąga większą liczbę reklamodawców w porównaniu do pozostałych konkurentów i że w konsekwencji jego reklamy związane z wyszukiwaniem online generują w sumie wyższe dochody niż reklamy jego konkurentów.

480 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

481 Jak wskazano w pkt 477 powyżej, z odpowiedzi grupy [*poufne*] na pytanie 8.5 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. wynika, że grupa ta „rozważałaby" nawiązanie współpracy z konkurentem Google'a w braku klauzuli wyłączności. W tym względzie należy zauważyć, że odpowiedź ta jest zgodna z odpowiedzią tej grupy na pytanie 5.2.d, w której wskazała, że przy podejmowaniu decyzji o zmianie pośredników bierze pod uwagę między innymi swoje zobowiązania umowne. Jest prawdą, że grupa [*poufne*] wydawała się uważać w swojej odpowiedzi na pytanie 8.6, że Google oferował lepszą usługę od usług świadczonych przez jego konkurentów. Jednakże, jak wskazano w pkt 464–466 powyżej, taka okoliczność nie może wykazać, że grupa [*poufne*] nie miała żadnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u innego pośrednika w celu pokrycia przynajmniej części swojego zapotrzebowania.

482 W tych okolicznościach należy zauważyć, że Komisja słusznie uznała, iż odpowiedź grupy [*poufne*] mogła potwierdzać fakt, że klauzula wyłączności była w stanie zniechęcić partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u innych pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

– *W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne]*

483 W motywie 367 zaskarżonej decyzji Komisja przytoczyła następujący fragment odpowiedzi grupy [*poufne*] na pytanie 8.9 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r., dotyczące ewentualnych inwestycji ze strony tej grupy lub Google'a, które nie miałyby miejsca w braku klauzuli wyłączności: „[Klauzula ta] oznaczała, że współprace i partnerstwa z innymi uczestnikami rynku należało zbadać w sposób dogłębny, a nawet odroczyć lub wykluczyć".

484 W tym względzie Google podnosi, że w odpowiedzi na pytanie 8.6 żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. dotyczącego powodów, dla których grupa [*poufne*] zaakceptowała klauzulę wyłączności, grupa ta wskazała najpierw, że w Finlandii „korzyścią było to, że reklamy Google'a oferują dobre dochody za przestrzeń reklamową na określonej stronie internetowej", a następnie, że w Niderlandach „Google oferował zaawansowaną technologię i korzystne rozwiązania reklamowe, które okazały się sukcesem" oraz że „dochód brutto znacznie wzrósł od 2005 r., ponieważ Google zoptymalizował usługę AdSense", a wreszcie, że na Węgrzech „analiza wykazała, że na rynku węgierskim usługa Google'a była jedyną usługą tego rodzaju dostępną pod względem rentowności i technologii".

485 Komisja twierdzi, że argumenty Google'a dotyczące Finlandii i Węgier nie mają znaczenia, ponieważ jedynie podmioty należące do grupy [*poufne*] z siedzibą w Niderlandach, a mianowicie [*poufne*] i [*poufne*], są partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. Co się tyczy argumentów Google'a dotyczących Niderlandów, Komisja podnosi, że – jak wskazała w motywie 367 pkt 5 zaskarżonej decyzji – grupa [*poufne*] również oświadczyła, iż klauzula wyłączności „oznaczała, że współprace i partnerstwa z innymi uczestnikami rynku należało zbadać w sposób dogłębny, a nawet odroczyć lub wykluczyć".

486 Należy zaznaczyć, że w motywie 355 pkt 6 zaskarżonej decyzji, wyjaśnionym w odpowiedzi na środek organizacji postępowania, Komisja uznała, że partnerami bezpośrednimi wszystkich stron są jedynie [*poufne*] i [*poufne*]. Wynika z tego, że inne podmioty należące do grupy [*poufne*], w tym podmioty mające siedzibę w Finlandii i na Węgrzech, nie są owymi partnerami bezpośrednimi.

487 Jednakże w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że – jak wspomniano w pkt 67 powyżej i jak wynika w szczególności z motywów 338, 341 i 347–349 zaskarżonej decyzji – Komisja uznała, iż partnerami bezpośrednimi wszystkich stron byli ci, którzy w danym czasie zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe wyświetlające reklamy związane z wyszukiwaniem online w co najmniej jednym z ich GSA. Wynika z tego, że ci partnerzy bezpośredni byli w konsekwencji nabywcami w rozumieniu wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), którzy byli zobowiązani do zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania. Należy zaś stwierdzić, że pojęcie „nabywcy" w rozumieniu tego orzecznictwa odpowiada przedsiębiorstwu rozpatrywanemu jako całość, czyli w niniejszym przypadku grupie [*poufne*], a nie tylko jednej z jej spółek zależnych. Pojęcie przedsiębiorstwa w kontekście prawa konkurencji obejmuje bowiem każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej (wyroki: z dnia 23 kwietnia 1991 r., Höfner i Elser, C-41/90, EU:C:1991:161, pkt 21; z dnia 11 czerwca 2020 r., Komisja i Republika Słowacka/Dôvera zdravotná poisťovňa, C-262/18 P i C-271/18 P, EU:C:2020:450, pkt 28). W konsekwencji orzecznictwo wynikające z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), na którym opiera się zaskarżona decyzja, nie może uzasadniać nieuwzględnienia odpowiedzi innych podmiotów prawnych należących do tej samej grupy co partnerzy bezpośredni wszystkich stron.

488 Ponadto żądanie udzielenia informacji z dnia 24 lutego 2017 r., w którym Komisja zidentyfikowała partnerów bezpośrednich wszystkich stron, pytając ich, czy zwykle uwzględniali oni wszystkie ich strony internetowe w GSA, wyjaśniało w szczególności, że oczekiwana odpowiedź powinna uwzględniać całość danego przedsiębiorstwa, niezależnie od tego, czy jest to spółka dominująca czy spółka zależna.

489 W drugiej kolejności w motywach 218–221 zaskarżonej decyzji Komisja zdefiniowała rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online jako obejmujący cały EOG. Wynika z tego, że Komisja nie mogła poprzestać na uwzględnieniu odpowiedzi grupy [*poufne*] dotyczących niektórych z jej podmiotów prawnych z siedzibą w Niderlandach, z wyłączeniem podmiotów mających siedzibę w innych państwach członkowskich.

490 W trzeciej kolejności wydaje się, że z motywów 367 i 368 zaskarżonej decyzji, a także z pytań wymienionych w przypisach 493–502 do tej decyzji wynika, iż Komisja dokonała oceny zniechęcającego charakteru klauzuli wyłączności na podstawie odpowiedzi grup, do których należeli partnerzy bezpośredni wszystkich stron, a nie na podstawie konkretnych odpowiedzi tych partnerów bezpośrednich zidentyfikowanych w motywie 348 tej decyzji. W konsekwencji Komisja nie mogła w odniesieniu konkretnie do grupy [*poufne*] uznać, że odpowiedzi niektórych z jej podmiotów prawnych nie miały znaczenia dla sprawy.

491 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja powinna była uwzględnić wszystkie odpowiedzi grup, z których przynajmniej jeden należący do nich podmiot był bezpośrednim partnerem wszystkich stron.

492 W związku z tym, wbrew temu, co twierdzi Komisja, należy stwierdzić, że nie można było uznać, iż odpowiedzi grupy [*poufne*] dotyczące Finlandii i Węgier nie miały znaczenia dla sprawy.

493 Należy jednak zauważyć, że grupa [*poufne*] wyraźnie wskazała, iż klauzula wyłączności mogła opóźnić współpracę z konkurentem Google'a lub prowadzić do odmowy takiej współpracy. W konsekwencji, chociaż grupa [*poufne*] wskazała, że zaakceptowała tę klauzulę ze względu na to, że usługi oferowane przez Google'a były lepsze od usług jego konkurentów, w szczególności w odniesieniu do Węgier, należy zauważyć, podobnie jak stwierdzono w pkt 464–466 powyżej, że taka okoliczność nie wystarcza do wykazania, iż wspomniana grupa nie miała żadnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u innego pośrednika w celu pokrycia przynajmniej części swojego zapotrzebowania.

494 Należy zatem zauważyć, że Komisja słusznie uznała, iż odpowiedź grupy [*poufne*] mogła potwierdzać fakt, że klauzula wyłączności była w stanie zniechęcić partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u innych pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

– *W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne], [poufne] i grupy [poufne]*

495 Z motywu 367 zaskarżonej decyzji wynika, że zdaniem [*poufne*] w braku klauzuli wyłączności przedsiębiorstwo to eksperymentowałoby z innymi pośrednikami konkurującymi z Google'm, takimi jak Yahoo! czy Microsoft. Ponadto według [*poufne*] w braku wspomnianej klauzuli przedsiębiorstwo to zamierzało zaopatrywać się u konkurujących z Google'm pośredników, pod warunkiem że doprowadziłoby to do wzrostu jego dochodów. Z motywu 368 zaskarżonej decyzji wynika, że zdaniem grupy [*poufne*] klauzula wyłączności uniemożliwiła jej „rozpoczęcie testowania innych dostawców" i „ulepszenie swojego systemu", aby móc z nimi współpracować.

496 Jak wskazano w pkt 457 powyżej, Google nie kwestionuje wymowy tych odpowiedzi.

v) W przedmiocie pozostałych odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron, na które powołuje się Google

497 Google powołuje się na odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron lub grup, do których należeli ci partnerzy bezpośredni, w tym w szczególności [*poufne*], [*poufne*] (którzy razem są jednym z partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych przez Komisję), [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], grupy [*poufne*], do której należała [*poufne*] (którzy razem są jednym z partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych przez Komisję), grupy [*poufne*], do której należała w szczególności [*poufne*], oraz grupy [*poufne*], do której należały [*poufne*] i [*poufne*] (które są partnerami bezpośrednimi wszystkich stron zidentyfikowanymi przez Komisję). Z odpowiedzi tych wynika, że partnerzy bezpośredni wybrali AFS ze względu na jej wyższą jakość, w związku z czym klauzula wyłączności nie zniechęciła ich do zaopatrywania się u innych pośredników konkurujących z Google'm.

– *W przedmiocie odpowiedzi [poufne] i [poufne], [poufne], [poufne] oraz grupy [poufne] i grupy [poufne]*

498 Przede wszystkim Google podnosi, że w odpowiedzi na pytanie 5.2.d żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r., [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*] osobno poinformowali Komisję, że wybór pośrednika zależy od generowanych przez nich dochodów. Google podnosi również, że [*poufne*] i [*poufne*] wyjaśnili ponadto, że rozważaliby zmianę pośrednika, jeżeli inny pośrednik umożliwiłby im generowanie większych dochodów niż Google.

499 Następnie Google podnosi, że grupa [*poufne*] wskazała w kontekście żądania udzielenia informacji z dnia 18 marca 2016 r., po pierwsze, w odpowiedzi na pytanie, dlaczego wybrała Google'a jako pośrednika, że „wybrała go jako jedynego pośrednika, ponieważ jest liderem na rynku reklamy związanej z wyszukiwaniem i ma najlepszy potencjał monetyzacji oraz najlepsze perspektywy w odniesieniu do dochodów", po drugie, w odpowiedzi na pytanie, jakie były „różnice materialne" między usługami oferowanymi przez różnych pośredników, że „nie widzi, aby istniał inny [oprócz Google'a] potencjalny partner, który mógłby dostarczyć jej lepszy produkt wyszukiwania i generować więcej dochodów z reklamy związanej z wyszukiwaniem". Wyjaśniła ona również, że w przypadku gdyby istniała inna usługa o takim samym potencjale monetyzacji, koszty zmiany pośrednika byłyby niskie, a nawet zerowe.

500 Wreszcie Google podnosi, że grupa [*poufne*] wskazała w odpowiedzi na pytanie 9.7 żądania udzielenia informacji z dnia 31 lipca 2015 r. dotyczące powodów, dla których zaakceptowała klauzulę wyłączności, że klauzula ta umożliwiała jej zmianę pośrednika, jeśli chodzi o wyszukiwanie online za pomocą urządzeń mobilnych, w odniesieniu do którego we Francji w 2014 r. można było znaleźć alternatywy dla Google'a, oraz że „ponieważ Google jest liderem w swojej dziedzinie, [rzeczona klauzula] umożliwia mu […] najlepszą monetyzację przynajmniej w zakresie wyszukiwania na komputerze".

501 W tym względzie z odpowiedzi tych wynika zasadniczo, że owi partnerzy bezpośredni wszystkich stron uważali, iż Google był liderem rynku i że AFS oferował im lepszą monetyzację niż usługi konkurentów Google'a. Wystarczy jednak stwierdzić, podobnie jak wskazano w pkt 464–466 powyżej, że taka okoliczność, która wynika choćby częściowo z efektów sieciowych

charakteryzujących pozycję dominującą Google'a, nie wystarcza do wykazania, że ci partnerzy bezpośredni nie mieli żadnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurencyjnych pośredników w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

502 W tych okolicznościach należy uznać, że odpowiedzi te nie mogą podważyć wniosku Komisji, zgodnie z którym klauzula wyłączności mogła zniechęcić partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u innych pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

– *W przedmiocie odpowiedzi [poufne] i grupy [poufne]*

503 W pierwszej kolejności Google podnosi, że [*poufne*] wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie 5.2.a „dlaczego wybrali Państwo […] pośrednika, z którym obecnie Państwo współpracują" w ramach żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r., że „Początkowo wybrano Google'a […] ze względu na jego zasięg rynkowy i zdolność do generowania dochodów", że „we wrześniu 2008 r. na pośrednika wybrano Yahoo, ponieważ oferował on możliwość połączenia linków sponsorowanych i linków sprzedawanych przez [*poufne*] z linkami stron o podróżach należących do osób trzecich", że „Yahoo obiecywał również monetyzację na tym samym poziomie co Google [oraz że] w styczniu 2009 r. [*poufne*] powrócił do Google'a z powodu niezdolności Yahoo do monetyzacji na tym samym poziomie co Google". Ponadto Google podnosi, że [*poufne*] wskazał w odpowiedzi na pytanie 5.2.d tego żądania udzielenia informacji, iż „zdecydowałby się na zmianę lub, bardziej prawdopodobnie, na dodanie innego pośrednika, jeżeli mógłby być pewny, że ów pośrednik ulepszy jego produkt lub zwiększy jego monetyzację". Wreszcie Google stwierdza, że w odpowiedzi na pytanie 8.5 wspomnianego żądania udzielenia informacji [*poufne*] wskazał, iż „klauzule wyłączności nie miały wpływu na jego strategię reklamową".

504 Komisja utrzymuje, że odpowiedzi udzielone przez [*poufne*] potwierdzały fakt, że klauzula wyłączności zniechęciła partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm. Cytuje ona w tym względzie, nie przedstawiając dalszych wyjaśnień, odpowiedź [*poufne*] na pytanie 5.2.d, na którą powołuje się Google i o której mowa w pkt 503 powyżej, oraz odpowiedź na pytanie 8.6, zgodnie z którą „[*poufne*] początkowo zaakceptował klauzule wyłączności, ponieważ Google wymagał ich stosowania jako wstępnego warunku umowy".

505 W tym względzie z odpowiedzi [*poufne*] przytoczonych w pkt 503 powyżej wynika, że w odróżnieniu od pozostałych partnerów bezpośrednich wszystkich stron, [*poufne*] wyraźnie wskazał, że „klauzule wyłączności nie miały wpływu na jego strategię reklamową".

506 W drugiej kolejności należy zauważyć, podobnie jak Google, że w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. grupa [*poufne*] wskazała, że klauzula wyłączności „nie miała wpływu na jej strategię reklamową" oraz że „[w braku tej klauzuli] nie łączyłaby reklam pochodzących od więcej niż jednego dostawcy i że nie uniemożliwiono jej wyświetlania reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online na swoich stronach internetowych".

507 W tych okolicznościach należy uznać, że odpowiedzi [*poufne*] i grupy [*poufne*] mogą potwierdzić argument Google'a, zgodnie z którym klauzula wyłączności nie zniechęciła tych partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u innego pośrednika w celu pokrycia przynajmniej w części ich zapotrzebowania, czego Komisja nie kwestionuje.

vi) W przedmiocie pisma Surfboardu

508 Należy stwierdzić, że w piśmie skierowanym indywidualnie do Komisji, ale które zostało jej przekazane przez Google'a w załączniku do odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, dyrektor generalny Surfboardu wyjaśnił, że klauzula wyłączności nie miała wpływu na zachowanie Surfboardu. Wskazał on w tym względzie, że rozpatrywane GSA zawierające tę klauzulę ma zastosowanie do „głównych" stron internetowych Surfboardu ze względu na to, że dochody generowane przez AFS były „znacznie wyższe" niż dochody generowane przez usługi Yahoo!. Wyjaśnił on natomiast również, że w GSA nie uwzględniono innych stron internetowych, w tym strony www.ixquick.eu.

509 W motywie 370 zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że wartość dowodowa pisma dyrektora generalnego Surfboardu była ograniczona z dwóch powodów. Po pierwsze, Surfboard uprzednio wskazał w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji, że zwykle uwzględniał wszystkie swoje strony internetowe w GSA. Po drugie, Komisja nie wiedziała, w jaki sposób Google otrzymał to pismo.

510 Surfboard zarzuca Komisji, że nie uwzględniła pisma jego dyrektora generalnego, które zostało jej przekazane w załączniku do odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Pismo to wyjaśniało bowiem, że Surfboard na jednej ze swoich stron internetowych korzystał z usług Yahoo!. Ponadto Surfboard podnosi, że wybrał AFS na swoich głównych stronach internetowych w oparciu o względy techniczne i finansowe.

511 Komisja utrzymuje, że Surfboard odnosi się tylko do jednej strony internetowej, która nie została uwzględniona w GSA. Ponadto stwierdza ona, że pismo dyrektora generalnego Surfboardu, przekazane jej przez Google'a, było niejednoznaczne. Komisja podnosi dodatkowo, że wartość dowodowa tego pisma jest bardziej ograniczona niż odpowiedź Surfboardu na żądanie udzielenia informacji, w której wskazał, że zwykle uwzględniał wszystkie swoje strony internetowe w odnośnym GSA. Z jednej strony kontekst, w jakim Google otrzymał wspomniane pismo, nie jest bowiem znany. Z drugiej strony Surfboard mógł przedstawić w tym piśmie nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, nie narażając się na grzywnę na podstawie art. 23 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003.

512 W tym względzie należy przypomnieć, że wśród gwarancji zapewnianych przez prawo Unii Europejskiej w postępowaniu administracyjnym widnieje w szczególności zasada dobrej administracji ustanowiona w art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, z którą wiąże się obowiązek starannego i bezstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy przez właściwą instytucję (wyrok z dnia 27 września 2012 r., Shell Petroleum i in./Komisja, T-343/06, EU:T:2012:478, pkt 170).

513 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odróżnieniu od Komisji Google nie korzystał z uprawnień w zakresie dochodzenia i nakładania sankcji ustanowionych w rozporządzeniu nr 1/2003, w związku z czym musiał siłą rzeczy opierać się na dobrowolnej współpracy partnerów bezpośrednich w celu zebrania informacji dotyczących między innymi stron internetowych, których nie uwzględnili w swoich GSA, aby w ramach niniejszej sprawy móc się bronić. Nie można jednak z tego wywnioskować, że informacje zebrane przez Google'a były siłą rzeczy pozbawione znaczenia ze względu na to, że ich wartość dowodowa jest bardziej ograniczona.

514 Ponadto należy zauważyć, że Komisja ogranicza się do wskazania, iż nie wiedziała, w jaki sposób Google otrzymał skierowane do niej pismo dyrektora generalnego Surfboardu, a nie podważa autentyczności tego pisma ani nie twierdzi, że jest ono pozbawione jakiejkolwiek wartości dowodowej. Ponadto należy zaznaczyć, że Komisja mogła na podstawie art. 18 rozporządzenia nr 1/2003 zwrócić się bezpośrednio do Surfboardu o udzielenie dodatkowych informacji, jeżeli uważała, że wspomniane pismo było niespójne z jego odpowiedzią na wcześniejsze żądanie udzielenia informacji.

515 W drugiej kolejności należy zauważyć, że wbrew temu, co twierdzi Komisja, pismo dyrektora generalnego Surfboardu nie jest niejednoznaczne. Z decyzji tej wynika bowiem jasno, że Surfboard nie uwzględnił co najmniej jednej ze swoich stron internetowych w odnośnym GSA.

516 W trzeciej kolejności należy zauważyć, podobnie jak Surfboard, że okoliczność, iż wskazał on w odpowiedzi na wystosowane przez Komisję żądanie udzielenia informacji, że zwykle uwzględniał wszystkie swoje strony internetowe w odnośnym GSA, nie wyklucza faktu, iż niektóre jego strony internetowe mogły nie zostać w nich uwzględnione. Należy zatem stwierdzić, że pismo dyrektora generalnego Surfboardu i odpowiedź Surfboardu na wystosowane przez Komisję żądanie udzielenia informacji nie były ze sobą sprzeczne.

517 W tych okolicznościach Komisja powinna była uznać, że pismo Surfboardu, w którym wskazał, iż klauzula wyłączności nie miała wpływu na jego zachowanie, mogło podważyć fakt, że wspomniana klauzula zniechęciła partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u innego pośrednika w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

vii) Wnioski dotyczące odpowiedzi partnerów bezpośrednich na różne żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję i dotyczące pisma Surfboardu

518 W świetle powyższego należy zauważyć, że Komisja mogła słusznie wziąć pod uwagę przykłady odpowiedzi partnerów bezpośrednich zawarte w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji jako dowody mogące potwierdzić jej ocenę, zgodnie z którą klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron mogła zniechęcić ich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania. Natomiast, jak wskazano w pkt 503–517 powyżej, odpowiedzi niektórych innych partnerów bezpośrednich wszystkich stron lub grup, do których oni należeli, a także pismo Surfboardu, nie mogły potwierdzić takiej oceny.

519 Ponadto należy zauważyć, że o ile Google kwestionuje, iż niektóre z odpowiedzi przytoczonych w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji, a mianowicie odpowiedzi grup [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], odzwierciedlają stanowisko partnerów bezpośrednich, którzy zaopatrywali się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części ich zapotrzebowania na podstawie klauzuli wyłączności, o tyle z pkt 455 powyżej wynika, że odpowiedzi innych partnerów bezpośrednich lub grup, do których oni należeli, należy uznać za pochodzące od partnerów bezpośrednich wszystkich stron. W szczególności w odniesieniu do grupy [*poufne*] należy zauważyć, że Google kwestionuje jedynie to, iż jedna ze spółek należąca do tej grupy, a mianowicie [*poufne*], była bezpośrednim partnerem wszystkich stron, ale nie kwestionuje, że inna spółka należąca do tej grupy, a mianowicie [*poufne*], zaopatrywała się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania. W tych okolicznościach, nawet przy założeniu, że można uwzględnić argumenty Google'a, czyli przy założeniu dla niego najkorzystniejszym, nie miałyby one wpływu na dowody przyjęte przez Komisję i przypomniane w pkt 457 w odniesieniu do [*poufne*] i grupy [*poufne*], a także w pkt 459–467 i 473–482 powyżej,

które potwierdzają, jako jeden z istotnych elementów, że klauzula wyłączności miała zdolność do zniechęcenia partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm.

3) W przedmiocie inwestycji dokonanych przez Yahoo!

520 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że w latach 2006–2015 Yahoo! poczynił znaczne inwestycje kapitałowe w ramach swojej usługi wyszukiwania ogólnego. W motywie 402 tej decyzji Komisja stwierdziła, że „dokument wewnętrzny Google'a z 2006 r." potwierdza, iż poziom tych inwestycji jest „podobny" do poziomu inwestycji Google'a.

521 Google twierdzi, że – jak wykazał w toku postępowania administracyjnego – AFS była lepszą usługą niż usługi jego konkurentów, ponieważ nie inwestowali oni wystarczająco w swoje usługi. W szczególności Yahoo! i Microsoft nie dokonały zasadniczo „efektywnych inwestycji" w rozwój technologiczny i lokalizację. Ponadto Google podnosi, że kwota inwestycji Yahoo! w zaskarżonej decyzji uwzględniała zakup i sprzedaż nieruchomości. Wywodzi on z tego, że kwota ta nie pozwalała ocenić wysokości inwestycji dokonanych przez Yahoo! konkretnie w jego usługę wyszukiwania online.

522 Komisja podnosi, że z motywów 401 i 402 zaskarżonej decyzji, których treści nie zakwestionowano, wynika, że Yahoo! wskazał na istotne inwestycje w swoją usługę ogólnego wyszukiwania online w latach 2006–2015, które były porównywalne z inwestycjami Google'a. Dodaje ona, że przedstawione w replice twierdzenie Google, zgodnie z którym inwestycje te obejmowały zakup i sprzedaż nieruchomości, jest spóźnione, a w konsekwencji niedopuszczalne.

523 W tym względzie należy zaznaczyć, że w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów Google opisał Komisji powody, dla których uznał, że AFS była uważana przez wydawców za lepszą usługę niż usługi Yahoo! i Microsoftu. Po pierwsze, zauważył on, że prekursorska technologia opracowana przez Overture i nabyta przez Yahoo! w 2003 r. nie została stworzona w celu wykorzystania jej na dużą skalę i że jest znacznie wolniejsza niż technologia Google'a, aby umożliwić ręczną kontrolę każdej reklamy wyświetlanej na stronie internetowej. Po drugie, Google wskazał na trudności związane z integracją zespołów uczestniczących w rozwoju technologii nabytej przez Yahoo!, które doprowadziły do odejścia „engineering chiefs" (kierowników inżynierii). Po trzecie, wskazał on, że Yahoo! dopiero od 2007 r. zaczął uwzględniać współczynniki kliknięć w celu określenia reklam, które miały być wyświetlane w odpowiedzi na wyszukiwanie online, podczas gdy z dokumentu nr 36 załącznika C.1 do repliki, do którego odsyłała odpowiedź na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, wynika, że Google rozwijał tę funkcję od 2002 r. Ponadto Google zauważył, że pomimo tej ewolucji Yahoo! publicznie przyznało w 2008 r., że AFS nadal umożliwia lepszą monetyzację, a różnica między AFS a usługą Yahoo! została według tego ostatniego zmniejszona jedynie o 30 %. Po czwarte, Google podniósł, że wdrożenie partnerstwa między Yahoo! a Microsoftem było powolne. Stwierdził on bowiem, że owo partnerstwo zawarto w 2009 r., ale że [*poufne*]. Po piąte, zauważył on, że wspomniane partnerstwo nie osiągnęło swoich celów. W tym względzie Google wskazał, że Yahoo! publicznie wspomniał o „ograniczeniach technicznych" platformy Microsoftu w 2011 r., że zespoły Yahoo! i Microsoftu, odpowiedzialne za wydawców w EOG, liczyły odpowiednio mniej niż dwadzieścia osób, podczas gdy zespoły Google'a liczyły około trzystu osób, a ponadto Yahoo! i Microsoft zwlekały z dostosowaniem swoich usług reklamowych związanych z wyszukiwaniem online w każdym państwie członkowskim, biorąc pod uwagę lokalizację użytkowników.

524 Komisja nie zakwestionowała twierdzeń Google'a. W motywach 401 i 402 zaskarżonej decyzji Komisja, ograniczywszy się z jednej strony do określenia rocznej kwoty inwestycji kapitałowych Yahoo! w jego usługę wyszukiwania ogólnego w latach 2006–2016, a z drugiej strony do przytoczenia fragmentów dokumentu wewnętrznego Google'a z 2006 r., uznała, że poziom inwestycji Yahoo! i Google'a jest porównywalny.

525 Jednakże przy założeniu, że – jak twierdzi Komisja – roczna kwota inwestycji kapitałowych Yahoo! w jego usługę wyszukiwania ogólnego w latach 2006–2016 była istotna dla oceny wielkości dokonanych przez niego inwestycji w jego usługę pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, należy zauważyć, że z samego wewnętrznego dokumentu Google'a z 2006 r., przytoczonego w zaskarżonej decyzji, nie można wywnioskować, że kwoty inwestycji Google'a i Yahoo! były podobne w odniesieniu do całego okresu od 1 stycznia 2006 r. do 31 marca 2016 r. W szczególności, chociaż dokument ten wspominał już o „połączeniu" Microsoftu z Yahoo! oraz o możliwym wpływie tego połączenia na inwestycję, należy podnieść, że autor tego dokumentu nie mógł przewidzieć późniejszych zdarzeń, na które powołuje się Google i które zostały wspomniane w pkt 523 powyżej.

526 W konsekwencji, bez konieczności orzekania w przedmiocie dopuszczalności argumentacji Google zmierzającej do podważenia dokładnej kwoty inwestycji dokonanych przez Yahoo!, należy zauważyć, że nie wykazano, iż inwestycje te były podobne do inwestycji dokonanych przez Google'a.

527 Niemniej jednak należy wskazać, że niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie kwota inwestycji dokonanych przez Yahoo! była porównywalna z kwotą inwestycji poczynionych przez Google'a, z motywu 401 zaskarżonej decyzji wynika, że kwota inwestycji spółki Yahoo! była w każdym razie znacząca. W związku z tym Komisja słusznie oddaliła w zaskarżonej decyzji argument Google'a, zgodnie z którym to ze względu na niewystarczające inwestycje Yahoo! a nie z powodu klauzuli wyłączności Yahoo! nie miał dostępu do znacznej części rynku.

528 Ponadto z tabeli nr 8 zaskarżonej decyzji wynika, że udział Yahoo! w rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online zmniejszył się znacznie w latach 2006–2008, czyli w okresie, w którym we wzorze GSA znajdowała się klauzula wyłączności.

529 W konsekwencji okoliczność – przy założeniu, że zostanie ona wykazana – zgodnie z którą inwestycje Yahoo! nie pozwoliły mu na rozwinięcie usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online równie skutecznej jak usługa AFS, nie wystarcza do wykazania, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron nie miała względem nich skutku odstraszającego.

4) W przedmiocie preferencji wydawców polegających na nabywaniu reklam związanych z wyszukiwaniem online u jednego pośrednika w danym czasie

530 W zaskarżonej decyzji z jednej strony Komisja wyjaśniła, że dla partnerów bezpośrednich wszystkich stron umowy online nie stanowiły alternatywy dla GSA. Opierając się w tym względzie na przesłuchaniu przed FTC [*poufne*], następnie odpowiednio [*poufne*] Google'a, w dniach 2 i 3 maja 2012 r., a także na wewnętrznych wytycznych Google'a, Komisja uznała bowiem, że umowy online są standardowymi umowami, które nie pozwalają na zaspokojenie „szczególnych potrzeb" tych partnerów bezpośrednich.

531 Z drugiej strony Komisja wskazała, że badanie zachowania partnerów online nie było istotne, ponieważ potrzeby partnerów online i partnerów bezpośrednich były różne. Komisja wywnioskowała z tego, że badanie przedstawione przez Google'a w toku postępowania administracyjnego, wykazujące, iż partnerzy online używają prawie wyłącznie AFS na stronach internetowych uwzględnionych w ich umowach online, pomimo braku klauzuli wyłączności w tych umowach, nie ma znaczenia.

532 Google twierdzi, że klauzula wyłączności nie mogła wywołać skutku w postaci wykluczenia, ponieważ większość partnerów bezpośrednich chciała zaopatrywać się wyłącznie u jednego pośrednika w danym czasie. W tym względzie, po pierwsze, opiera się on na badaniu wspomnianym w pkt 531 powyżej, z którego wynika, że jedynie [*poufne*] % domen odpowiadających stronom internetowym partnerów online, które generowały dochody w EOG, wykorzystywało jednocześnie AFS i usługi Yahoo! lub Microsoftu. Po drugie, Google podnosi, że odpowiedzi partnerów bezpośrednich na różne żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję potwierdzają fakt, iż w braku wspomnianej klauzuli partnerzy bezpośredni zdecydowaliby się zaopatrywać u jednego pośrednika.

i) W przedmiocie badania przedstawionego przez Google'a w toku postępowania administracyjnego

533 Google twierdzi zasadniczo, że partnerzy bezpośredni, w tym partnerzy bezpośredni wszystkich stron, mieli możliwość zawierania umów online i że w praktyce zawarli takie umowy, w związku z czym wydawcy mogli być jednocześnie partnerami bezpośrednimi i partnerami online. Dodaje on, że „rzekome różnice" między potrzebami partnerów bezpośrednich a potrzebami partnerów online, wskazane w zaskarżonej decyzji, nie miały wpływu na decyzję tych ostatnich o zaopatrywaniu się u jednego pośrednika w danym czasie lub u kilku pośredników jednocześnie. Google uważa zatem, że zachowanie partnerów online było istotne dla oceny tego, jak mogliby postąpić partnerzy bezpośredni wszystkich stron w braku klauzuli wyłączności w odniesieniu do okresów, w których ci partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w GSA.

534 Surfboard twierdzi, że wydawcy mogli zawierać umowy online w odniesieniu do stron internetowych, które nie wymagały od Google'a spełnienia szczególnych wymogów. Dodaje on, że negocjacje GSA umożliwiły mu uzyskanie lepszych warunków niż warunki oferowane na podstawie umowy online.

535 Komisja kwestionuje argumenty Google'a i Surfboardu.

536 W tym względzie z załącznika A.42 do skargi wynika, że ważni wydawcy, z których niektórzy byli partnerami bezpośrednimi wszystkich stron zidentyfikowanymi w zaskarżonej decyzji, korzystali z GSA w odniesieniu do niektórych swoich stron internetowych, a w przypadku pozostałych stron korzystali z umów online. Komisja nie kwestionuje treści tego załącznika, co potwierdziła na rozprawie.

537 Jednakże, po pierwsze, należy stwierdzić, że w zaskarżonej decyzji nie stwierdzono żadnego nadużycia pozycji dominującej w odniesieniu do partnerów online.

538 Po drugie, należy zauważyć, że o ile załącznik A.42 do skargi wymienia strony internetowe należące do ważnych wydawców, które zostały uwzględnione w umowach online, o tyle nie zawiera on żadnej informacji pozwalającej na określenie proporcji dochodów uzyskiwanych

z reklamy związanej z wyszukiwaniem online wygenerowanych przez te strony internetowe w stosunku do dochodów stron tych samych wydawców, które były uwzględnione w GSA. Nie określa on również okresu, w którym wspomniane strony internetowe były uwzględnione w umowach online.

539 Po trzecie, z motywów 76 i 371 pkt 1 i 2 zaskarżonej decyzji, których treści Google nie kwestionował, wynika, że GSA były indywidualnie negocjowane przez każdego wydawcę i były co do zasady zastrzeżone dla największych wydawców mogących generować obroty wystarczająco wysokie, aby móc uzasadnić ponoszone przez Google'a koszty związane z personelem i usługami wsparcia przeznaczonymi dla partnerów bezpośrednich. Ponadto Google podnosi, że GSA przewidywały podział dochodów korzystniejszy dla wydawców niż przewidziany w umowach online, które były umowami standardowymi i niepodlegającymi negocjacjom. Podobnie Surfboard podnosi, że zawarcie GSA umożliwiło mu uzyskanie warunków korzystniejszych niż te, które oferuje umowa online.

540 W tych okolicznościach z jednej strony, jeżeli, jak podnosi Google, wszyscy wydawcy mogli zawrzeć umowę online, to Google sam określał wydawców, którzy mogli zawrzeć GSA. Z drugiej strony, gdy wydawcy mieli wybór zawarcia GSA lub umowy online, zawarcie GSA, a nie umowy online, co do zasady leżało w ich interesie.

541 Wynika z tego, że w braku dodatkowych wyjaśnień ze strony Google'a wskazane w załączniku A.42 do skargi przykłady partnerów bezpośrednich, którzy zawarli również, w danym okresie i w odniesieniu do niektórych z ich stron internetowych, umowę online, należy postrzegać jako doraźne przykłady, które niekoniecznie odzwierciedlają zachowanie wszystkich partnerów bezpośrednich.

542 W konsekwencji należy uznać, że partnerzy bezpośredni i partnerzy online stanowią co do zasady dwie odrębne kategorie wydawców, w związku z czym zachowanie partnerów online nie stanowi wystarczająco wiarygodnej wskazówki, aby ustalić, czy partnerzy bezpośredni wszystkich stron zaopatrywaliby się wyłącznie u Google'a w braku klauzuli wyłączności.

543 Wynika z tego, że Komisja słusznie uznała, iż analiza przedstawiona przez Google'a w toku postępowania administracyjnego jest pozbawiona znaczenia.

ii) W przedmiocie odpowiedzi partnerów bezpośrednich, na które powołuje się Google

544 Google podnosi, że wielu partnerów bezpośrednich wskazało w odpowiedzi na różne żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję, że nie chcą jednocześnie korzystać z konkurencyjnych usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Google wyjaśnia w tym względzie, że Komisja nie twierdziła, iż zachowanie partnerów bezpośrednich wszystkich stron było odmienne od zachowania pozostałych partnerów bezpośrednich.

545 Surfboard podnosi, że nie ma interesu handlowego w wyświetlaniu reklam pochodzących od różnych pośredników na tej samej stronie i że w ujęciu historycznym wolał on współpracować tylko z jednym pośrednikiem w danym czasie. Surfboard wyjaśnia w tym względzie, że konieczna była ścisła współpraca między pośrednikiem a jego biurem redakcyjnym i kierownikiem produktu oraz że jednoczesne korzystanie z różnych usług zwiększało ryzyko wyświetlania zbędnych lub złej jakości reklam. Ponadto dodaje on, że większość pośredników wymaga wyłączności na zasoby,

którymi operują, w celu spełnienia wymogów reklamodawców. Klauzula wyłączności nie wynika zatem z siły rynkowej Google'a, lecz z zamiaru skorzystania przez reklamodawców z zasobów wysokiej jakości.

546 Komisja kwestionuje argumenty Google'a i Surfboardu.

547 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że Komisja stwierdziła zniechęcający skutek klauzuli wyłączności jedynie wobec partnerów bezpośrednich wszystkich stron. Wynika z tego, że jedynie odpowiedzi tych partnerów bezpośrednich są istotne dla ustalenia, czy ci owi partnerzy bezpośredni zaopatrywali się u konkurujących z Google'm pośredników w okresie, w którym zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w GSA. Podniesiona przez Google'a okoliczność, że Komisja nie wykazała, iż ci partnerzy bezpośredni zachowywali się inaczej niż inni partnerzy bezpośredni, jest w tym względzie pozbawiona znaczenia.

548 W drugiej kolejności, po pierwsze, należy zauważyć, podobnie jak Google, że [*poufne*] oświadczył w odpowiedzi na wystosowane przez Komisję żądanie udzielenia informacji, iż „zdecydował się na współpracę z jednym dostawcą w odniesieniu do każdego rodzaju reklam, ponieważ nie jest przekonany, że dodanie innego [pośrednika] poprawiłoby produkt lub zwiększyło jego monetyzację".

549 Wynika z tego, że [*poufne*] nie chciał zaopatrywać się u różnych pośredników jednocześnie. Stwierdzenia tego nie podważa przywołany już przez Komisję i przypomniany w pkt 504 powyżej fakt, że [*poufne*] zaakceptował klauzulę wyłączności ze względu na to, że Google wymagał jej zastosowania „jako warunku wstępnego" zawarcia GSA.

550 Komisja podnosi wprawdzie, że [*poufne*], która jest spółką zależną [*poufne*], odpowiedziała Komisji, że współpracuje z dużą liczbą pośredników.

551 Jednakże z jednej strony należy stwierdzić, że [*poufne*] wyraźnie uściślił w swojej odpowiedzi, że pośrednicy, do których się odnosił, to agencje medialne, a nie dostawcy usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Z drugiej strony należy stwierdzić, że [*poufne*] poinformował Komisję, iż zaopatruje się wyłącznie u Google'a w zakresie reklamy tekstowej, która, jak wynika z motywu 137 zaskarżonej decyzji, odpowiada „zwykle" reklamom związanym z wyszukiwaniem online.

552 Wynika z tego, że wbrew temu, co sugeruje Komisja, odpowiedź [*poufne*] nie pozwala wykazać, że partnerzy bezpośredni wszystkich stron chcieli zaopatrywać się u wielu pośredników jednocześnie.

553 Po drugie, należy zauważyć, podobnie jak Google, że [*poufne*] oświadczył w odpowiedzi na wystosowane przez Komisję żądanie udzielenia informacji, że „[o]gólnie rzecz biorąc, wybór jednego dostawcy ze względu na rodzaj urządzeń umożliwia uzyskanie lepszych warunków finansowych" oraz że „[w] każdym przypadku z handlowego punktu widzenia nie ma w rzeczywistości sensu, aby mieć kilku dostawców pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w tym samym czasie, na tej samej stronie i rodzaju urządzeń".

554 Wbrew temu, co sugeruje Komisja, okoliczność, że [*poufne*] oświadczył zasadniczo, iż dla każdej strony internetowej bardziej korzystne pod względem finansowym jest zaopatrywanie się u jednego pośrednika, potwierdza fakt, że w braku klauzuli wyłączności partnerzy bezpośredni wszystkich stron, którzy zdecydowali się zwykle uwzględniać wszystkie swoje strony internetowe w GSA, nie zaopatrywaliby się u innych pośredników w celu pokrycia części ich zapotrzebowania.

555 Po trzecie, należy zauważyć, że Surfboard utrzymuje, iż nie miał interesu handlowego w wyświetlaniu reklam pochodzących od różnych pośredników na tej samej stronie i że w ujęciu historycznym wolał on współpracować tylko z jednym pośrednikiem jednocześnie.

556 Wbrew temu, co sugeruje Komisja, fakt, że inni partnerzy bezpośredni wszystkich stron, których odpowiedzi zostały przytoczone w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji, z powodu klauzuli wyłączności zostali zniechęceni do zaopatrywania się u innych pośredników, nie pozwala wykazać, że Surfboard zaopatrywałby się u takich pośredników w braku wspomnianej klauzuli. Podobnie fakt, że Google zawarł GSA z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron i że okoliczność ta wskazuje na to, iż Google uważał, że ci partnerzy bezpośredni mają interes handlowy w zaopatrywaniu się u innych pośredników, nie pozwala na podważenie twierdzeń Surfboardu.

557 W tych okolicznościach należy zauważyć, że Google zdołał wykazać, iż jedynie [*poufne*], grupa [*poufne*] i Surfboard wolały zaopatrywać się u jednego pośrednika w danym czasie. Natomiast ich odpowiedzi nie pozwalają na podważenie zawartych w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji przykładów odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron, które – jak wskazano w pkt 518 i 519 powyżej – mogły potwierdzić ocenę Komisji, zgodnie z którą klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z takimi partnerami bezpośrednimi mogła zniechęcić tych partnerów do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

5) Wniosek w przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli wyłączności wobec partnerów bezpośrednich wszystkich stron

558 Z całości powyższych rozważań wynika, że z zastrzeżeniem zbadania wszystkich innych istotnych okoliczności, a w szczególności okresu obowiązywania klauzuli wyłączności (zob. pkt 562 poniżej), Komisja słusznie uznała, że klauzula ta, zakazując partnerom bezpośrednim wszystkich stron wyświetlania na stronach internetowych konkurencyjnych reklam, które były uwzględnione w ich GSA, mogła zniechęcić niektórych z nich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

559 W pierwszej kolejności należy bowiem zauważyć, że – jak wspomniano w pkt 518 powyżej – Komisja mogła słusznie wziąć pod uwagę przytoczone w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji przykłady odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron jako elementy mogące potwierdzić jej ocenę, zgodnie z którą klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z takimi partnerami bezpośrednimi mogła zniechęcić ich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

560 W drugiej kolejności należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja w motywach 230, 276 i 364 zaskarżonej decyzji, że w latach 2006–2016 udział Google'a w rynku wzrósł na większości właściwych rynków krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a także na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem. Tak więc w 2016 r. na tych rynkach nie było prawie żadnych konkurentów dla Google'a. Ponadto wspomniane rynki

charakteryzowały się istnieniem znacznych barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju oraz brakiem wyrównawczej siły nabywczej ze strony reklamodawców i wydawców. W szczególności efekty skali i sieciowe utrudniły pojawienie się nowych konkurentów.

561 W tych okolicznościach należy uznać, że wbrew temu, co twierdzi Google, sam fakt, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron miała wpływ jedynie na zachowanie niektórych z tych partnerów bezpośrednich, nie wystarcza do wykazania, że klauzula ta nie miała zdolności do ograniczenia konkurencji.

562 W konsekwencji należy uznać, że klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, mogła mieć zdolność do wywołania stwierdzonego w zaskarżonej decyzji skutku w postaci wykluczenia. Jednakże, jak przypomniano w pkt 389, 399 i 400 powyżej, kwestia, czy klauzula ta miała taką zdolność, zależy również od zbadania wszystkich innych istotnych okoliczności, a w szczególności okresu, w którym ci partnerzy bezpośredni byli zobowiązani, biorąc pod uwagę tę klauzulę, do zaopatrywania się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania, jak zresztą słusznie wskazała Komisja w motywie 364 zaskarżonej decyzji.

b) W przedmiocie niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online

563 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, uniemożliwiała konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. W tym względzie Komisja wskazała, po pierwsze, że przychody brutto wygenerowane przez te GSA stanowiły znaczący udział w tym rynku. Po drugie, stwierdziła ona, że Google systematycznie zawierał klauzulę wyłączności w GSA, które generowały mu najwięcej dochodów. Po trzecie, zauważyła ona, że liczba wyszukiwań przeprowadzonych na stronach internetowych uwzględnionych w GSA zawartych z tymi partnerami bezpośrednimi jest znacząca w świetle liczby wyszukiwań przeprowadzonych za pośrednictwem konkurencyjnych usług wyszukiwania ogólnego. Po czwarte, Komisja uznała, że okres, w którym klauzula wyłączności nakładała na tych partnerów bezpośrednich obowiązek zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania, był długi. Po piąte, Komisja dodała, że fakt, iż klauzula ta utrudnia konkurencyjnym pośrednikom dostęp do znaczącego udziału w tym rynku, znajduje odzwierciedlenie w zmianach udziałów Google'a w rynku. Po szóste, stwierdziła ona, że wspomniana klauzula ma zastosowanie do niektórych najczęściej odwiedzanych stron internetowych w EOG. Po siódme, Komisja uznała, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z 69 innymi partnerami bezpośrednimi, którzy nie mogli jej potwierdzić, czy uwzględniali zwykle wszystkie swoje strony internetowe w tych GSA, uniemożliwiła konkurencyjnym pośrednikom świadczenie usług na stronach internetowych uwzględnionych w tych GSA.

564 Po pierwsze, Google twierdzi, że klauzula wyłączności nie ma zastosowania do wszystkich formatów reklamowych związanych z wyszukiwaniem online. Po drugie, kwestionuje on ocenę objęcia rynku przez klauzulę wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. Po trzecie, Google zarzuca Komisji, że nie wykazała, iż klauzula ta mogła wykluczyć konkurenta równie skutecznego jak on. Po czwarte, podnosi on, że Komisja

nie wzięła pod uwagę możliwości zaopatrywania się przez partnerów bezpośrednich wszystkich stron u konkurencyjnych pośredników po zakończeniu każdego z ich GSA oraz ewentualnego przedłużenia GSA, a także tego, iż przewidziano prawo do jednostronnego rozwiązania umowy.

565 Każdy z argumentów Google'a należy zbadać oddzielnie.

1) W przedmiocie stosowania klauzuli wyłączności do niektórych formatów reklam związanych z wyszukiwaniem online

566 Google podnosi, że klauzula wyłączności nie uniemożliwiła partnerom bezpośrednim wyświetlania innych formatów reklamowych związanych z wyszukiwaniem online, takich jak „product listing ads" (reklamy z listą produktów, zwane dalej „PLA"), a także reklam niezwiązanych z takimi wyszukiwaniem.

567 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

568 Z jednej strony z motywu 28 zaskarżonej decyzji, którego treści Google nie kwestionuje, wynika, że PLA są objęte wynikami wyszukiwania wyspecjalizowanego. Należy zaś zauważyć, że Google nie twierdzi, ani tym bardziej nie wykazuje, również w ramach zarzutu pierwszego, że wyniki wyszukiwania wyspecjalizowanego i reklamy związane z wyszukiwaniem online należą do tego samego rynku. Należy zatem uznać, że Google nie wykazał również, iż usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online oraz usługi związane z wynikami wyszukiwania wyspecjalizowanego należą do tego samego rynku.

569 Ponadto Google nie wyjaśnia, jakie inne formaty reklamowe związane z wyszukiwaniem online, oprócz PLA, mogli wyświetlać partnerzy bezpośredni, i nie wykazał, że formaty te należały do tego samego rynku co rynek reklam związanych z wyszukiwaniem online.

570 Z drugiej strony należy również stwierdzić, że – jak wynika z pkt 305 powyżej – Google nie wykazał, iż dwa rozpatrywane rodzaje reklam, a mianowicie reklamy związane z wyszukiwaniem online i reklamy niezwiązane z wyszukiwaniem online, należą do tego samego rynku, a tym samym nie wykazał również, że usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online i usługi niezwiązane z wyszukiwaniem online należą do tego samego rynku.

571 W konsekwencji należy stwierdzić, że okoliczność, iż klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, nie miała zastosowania do niektórych formatów reklam związanych z wyszukiwaniem online, w tym do PLA, ani do reklam niezwiązanych z takim wyszukiwaniem, nie pozwala podważyć faktu, że klauzula ta utrudniała konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

2) W przedmiocie objęcia rynku klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron

572 W zaskarżonej decyzji, po pierwsze, Komisja uznała przede wszystkim, że w latach 2006–2009 dochody brutto generowane przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron stanowiły między [*poufne*] a [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. Wyjaśniła ona w tym względzie, że GSA zawarte z [*poufne*] (należącą do grupy [*poufne*], które są łącznie jednym z partnerów bezpośrednich

zidentyfikowanych przez Komisję), [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*] stanowiły same w sobie między [*poufne*] a [*poufne*] % tego rynku. Następnie Komisja stwierdziła, że w latach 2010–2012 dochody brutto generowane przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron stanowiły między [*poufne*] a [*poufne*] % tego rynku oraz że dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania wzrosły z kolei z [*poufne*] % do [*poufne*] % na tym samym rynku. Wreszcie Komisja wskazała, że w latach 2013–2015 dochody brutto generowane przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron stanowiły co najmniej [*poufne*] % rynku właściwego, co potwierdziła na rozprawie, oraz że dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania stanowiły co najmniej [*poufne*] % tego rynku.

573 Po drugie, Komisja uznała, że Google systematycznie zawierał klauzulę wyłączności w GSA, które przynosiły mu największy dochód. Wskazała ona w tym względzie, że w latach 2006–2009 oraz 2010–2012 partnerzy bezpośredni wszystkich stron stanowili odpowiednio między [*poufne*] % a [*poufne*] % oraz między [*poufne*] % a [*poufne*] % dochodów brutto generowanych przez wszystkich partnerów bezpośrednich.

574 Po trzecie, Komisja stwierdziła, że chociaż w EOG liczba wyszukiwań online przeprowadzonych na stronach internetowych partnerów bezpośrednich wszystkich stron była znaczna w porównaniu z liczbą wyszukiwań online przeprowadzonych za pośrednictwem usługi wyszukiwania ogólnego konkurentów Google'a, to jednak jest ona nieznaczna w porównaniu z liczbą wyszukiwań online przeprowadzonych za pośrednictwem usługi wyszukiwania ogólnego Google'a.

575 Po czwarte, Komisja zauważyła, że z ewolucji udziału Google'a w rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG wynika, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, uniemożliwiła konkurencyjnym pośrednikom dostęp do znaczącej części tego rynku.

576 Po piąte, Komisja podniosła, że jak wynika z badania przekazanego w 2011 r. i zaktualizowanego w 2013 r. przez Microsoft (zwanego dalej „badaniem Microsoftu"), który jest jednym z podmiotów składających skargę do Komisji w niniejszej sprawie, klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron ma zastosowanie do niektórych najczęściej odwiedzanych stron internetowych. W szczególności stwierdziła ona, że Google świadczył usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online dla między [*poufne*] a [*poufne*] % najczęściej odwiedzanych nazw domen we Francji, Niemczech, Włoszech, Hiszpanii i Zjednoczonym Królestwie w 2010 r.

577 Po szóste, Komisja przypomniała, że w latach 2006–2009 klauzula wyłączności również znajdowała się w GSA zawartych z 69 innymi partnerami bezpośrednimi, którzy nie mogli potwierdzić, czy uwzględniali oni zwykle wszystkie swoje strony internetowe w GSA. Wywiodła ona z tego, że klauzula ta uniemożliwiła konkurentom Google'a świadczenie w tym okresie usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online dla uwzględnionych w tych GSA stron internetowych.

578 Google twierdzi, że analiza pokrycia rynku przez klauzulę wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, oparta na wysokości dochodów generowanych przez te GSA, nie ma znaczenia dla ustalenia, że wspomniana klauzula wyłączności wywołuje skutek w postaci wykluczenia. Ponadto zarzuca on Komisji: po pierwsze, że uznała ona, iż niektórzy z tych partnerów bezpośrednich zaopatrywali się wyłącznie u niego w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania; po drugie, że uwzględniła

dochody partnerów bezpośrednich, którzy nie byli partnerami bezpośrednimi wszystkich stron; po trzecie, że przyjęła podejście w odniesieniu do klauzuli wyłączności, które było niespójne z podejściem przyjętym w odniesieniu do klauzul pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia; po czwarte, że połączyła pokrycie klauzuli wyłączności z pokryciem klauzul pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia oraz, po piąte, że nie ustaliła zakresu obowiązywania GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w 2016 r.

i) W przedmiocie uwzględnienia danych dotyczących okresu po zawarciu GSA do celów obliczenia stopnia pokrycia klauzuli wyłączności

579 Google podnosi, że partnerzy bezpośredni mieli swobodę wyboru stron internetowych, które chcieli uwzględnić w GSA. Analiza a posteriori stopnia pokrycia tych GSA ilustruje zatem wynik konkurencji pozacenowej, ale nie wykazuje skutku klauzuli wyłączności w postaci wykluczenia.

580 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

581 W tym względzie należy przypomnieć, podobnie jak uczyniła to Komisja, że zobowiązania do wyłącznego zaopatrywania się mają za cel pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia lub jej ograniczenie i zamknięcie innym producentom dostępu do rynku (zob. podobnie wyrok z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 90).

582 W niniejszej sprawie należy zauważyć, jak wspomniano w pkt 414 powyżej, że gdy partner bezpośredni zdecydował się uwzględnić jedną ze swoich stron internetowych w GSA, musiał on bezwzględnie zaopatrywać się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia swojego zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w odniesieniu do tej strony internetowej. W związku z tym, jeżeli wydawca zdecydował się na uwzględnienie wszystkich swoich stron internetowych w GSA, musiał on bezwzględnie na podstawie klauzuli wyłączności zaopatrywać się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całego swojego zapotrzebowania na usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w okresie przewidzianym w GSA. Konkurenci Google'a byli zatem pozbawieni możliwości świadczenia usług temu wydawcy we wspomnianym okresie.

583 W tych okolicznościach należy zauważyć, że wbrew temu, co sugeruje Google, fakt, iż przychody generowane przez GSA, w których partnerzy bezpośredni uwzględniali zwykle wszystkie swoje strony internetowe, stanowiły znaczną część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, mógł wywołać sprzeczny z art. 102 TFUE skutek w postaci wykluczenia w stosunku do innych pośredników konkurujących z Google'm, nawet jeśli ci partnerzy bezpośredni sami dokonali pierwotnie wyboru stron internetowych, które uwzględnili w swoich GSA.

ii) W przedmiocie uwzględnienia dochodów generowanych przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi należącymi do tej samej grupy co niektórzy partnerzy bezpośredni wszystkich stron

584 Google twierdzi, że nawet przy założeniu, iż zidentyfikowani w zaskarżonej decyzji partnerzy bezpośredni wszystkich stron zaopatrywali się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania, Komisja niesłusznie uwzględniła nie tylko dochody generowane przez GSA zawarte przez tych partnerów bezpośrednich, ale również dochody generowane przez umowy niezawierające klauzuli wyłączności zawarte przez inne podmioty

z grup, do których należą ci partnerzy. Wynika z tego, że Komisja sztucznie zwiększyła pokrycie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron.

585 Tytułem przykładu Google'a podnosi, że zgodnie z zaskarżoną decyzją [*poufne*] i [*poufne*], będąc jednocześnie częścią grupy [*poufne*], były odrębnymi partnerami bezpośrednimi zaliczanymi do partnerów bezpośrednich wszystkich stron. Jednakże stwierdza on, że inne podmioty należące do tej grupy, w tym [*poufne*] i [*poufne*], zawarły z nim umowy dotyczące świadczenia AFS oraz że Komisja uwzględniła dochody generowane przez te umowy do celów obliczenia dochodów generowanych przez GSA zawartych przez partnerów bezpośrednich wszystkich stron.

586 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

587 W tym względzie należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja, że Google nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swojego twierdzenia, zgodnie z którym w zaskarżonej decyzji przy obliczaniu dochodów wygenerowanych przez grupę [*poufne*] uwzględniono dochody generowane przez umowy zawarte z [*poufne*] i [*poufne*].

588 W szczególności należy wskazać, że w odpowiedzi na środek organizacji postępowania, w którym zwrócono się do Google'a o przedstawienie umów dotyczących świadczenia AFS zawartych z [*poufne*] i [*poufne*], Google poprzestał na wskazaniu, że [*poufne*] i [*poufne*] nie zawarły z nim GSA. Nie przedstawił jednak dowodu na to, że [*poufne*] i [*poufne*] rzeczywiście korzystały z AFS na przykład za pośrednictwem umów online. Google nie wykazał zatem, że umowy te wygenerowały dochody, które Komisja następnie niesłusznie uwzględniła w celu określenia stopnia pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron.

589 W tych okolicznościach i wobec tego, że Google nie powołuje się na inne przykłady, które mogłyby wykazać, że Komisja przyjęła dane dotyczące dochodów generowanych przez umowy zawarte z wydawcami, którzy nie byli partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, należy stwierdzić, że Google bezzasadnie zarzuca Komisji uwzględnienie dochodów wygenerowanych przez takie umowy.

iii) W przedmiocie uwzględnienia GSA zawierających klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia

590 Google zarzuca Komisji, że do celów oceny skutków klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron wzięła pod uwagę dochody generowane przez GSA zawierające klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia, w tym ponadto w sytuacji gdy partnerzy bezpośredni, którzy zawarli GSA, nie uwzględnili w nich wszystkich ich stron internetowych.

– W przedmiocie uwzględnienia dochodów generowanych przez GSA zawierające klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia w celu oceny skutków klauzuli wyłączności w postaci wykluczenia, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron

591 Jak wynika z pkt 572 powyżej, Komisja uznała, uwzględniwszy w zaskarżonej decyzji dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania, że dochody brutto generowane przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron stanowiły istotną część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

592 Google zarzuca Komisji, że w celu określenia skutku w postaci wykluczenia klauzuli wyłączności z GSA uwzględniła ona dochody generowane przez GSA zawierające klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia. W tym względzie Google wyjaśnia, że skoro Komisja zidentyfikowała w zaskarżonej decyzji trzy odrębne naruszenia art. 102 TFUE wynikające z włączenia trzech klauzul, odpowiednio, wyłączności, pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia, powinna ona uwzględnić konkretne pokrycie każdej z tych klauzul.

593 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

594 Po pierwsze, należy wyjaśnić, że wbrew temu, co sugeruje Google, Komisja nie uwzględniła konkretnie dochodów wygenerowanych przez GSA zawierających klauzulę uprzedniego zezwolenia, nawet jeśli bezsporne jest, że – jak wskazano w motywie 630 pkt 4 zaskarżonej decyzji – wszystkie GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia zawierały również klauzulę pozycjonowania.

595 Po drugie, należy stwierdzić, że – jak wynika z pkt 107 i 390 powyżej – przy ocenie skutków klauzuli wyłączności Komisja powinna była uwzględnić wszystkie okoliczności sprawy, a w szczególności stopień pokrycia rynku klauzulą wyłączności (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139).

596 Ponadto zamknięcie przez przedsiębiorstwo dominujące dostępu do istotnej części rynku nie może być usprawiedliwione poprzez wykazanie, że część rynku podlegająca konkurencji jest wciąż wystarczająca, aby znalazło się tam miejsce dla ograniczonej liczby konkurentów. Z jednej strony klienci znajdujący się w części rynku, do której dostęp jest zamknięty, powinni mieć możliwość korzystania z konkurencji w pełnym wymiarze, w jakim jest to możliwe na rynku, a konkurenci powinni móc konkurować jakością w obrębie całego rynku, nie zaś jedynie w obrębie jego części. Z drugiej strony to nie do dominującego przedsiębiorstwa należy określanie, ilu wydajnych konkurentów ma prawo konkurować z nim o tę część popytu, gdzie konkurencja jest jeszcze możliwa (wyrok z dnia 19 kwietnia 2012 r., Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 42).

597 W tym kontekście, aby ustalić, czy stopień pokrycia klauzuli wyłączności był w okolicznościach niniejszej sprawy wystarczający, aby umożliwić tej klauzuli wywołanie skutku w postaci wykluczenia, Komisja musiała siłą rzeczy określić udział w rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, do którego konkurenci Google'a mogliby mieć dostęp w braku wspomnianej klauzuli.

598 Tymczasem z jednej strony, jak wskazano zasadniczo w pkt 78–82 powyżej, Komisja uznała, że klauzula pozycjonowania miała zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia, ograniczając przynajmniej w pewnym stopniu zdolność partnerów bezpośrednich do wyświetlania konkurencyjnych reklam związanych z wyszukiwaniem online.

599 W szczególności Komisja stwierdziła w motywie 630 zaskarżonej decyzji, że klauzule wyłączności i pozycjonowania mają charakter komplementarny, ponieważ mają one na celu zniechęcenie partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się w konkurencyjne reklamy i utrudnienie konkurencyjnym pośrednikom Google'a dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. Komisja przypomniała również w motywach 335, 467, w motywie 630 pkt 2 oraz w motywach 712 i 718 zaskarżonej decyzji, że

sam Google zakwalifikował klauzulę pozycjonowania jako złagodzoną klauzulę wyłączności. Uznała ona zatem, że klauzula ta może ograniczać część rynku, na której Google i jego konkurenci mogą konkurować.

600 Wynika z tego, że zdaniem Komisji klauzula pozycjonowania mogła ograniczyć część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, do której konkurenci Google'a mogli mieć dostęp.

601 Z drugiej strony z motywów 89 i 335 zaskarżonej decyzji wynika, że od marca 2009 r. Google w swoich GSA stopniowo zaczął zastępować klauzulę wyłączności w szczególności klauzulą pozycjonowania, w ten sposób klauzule te mogły jednocześnie obejmować różne części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online i pokrywały się, przynajmniej częściowo, w okresie od marca 2009 r. do dnia 31 marca 2016 r.

602 Tymczasem teza Google'a, zgodnie z którą zasadniczo Komisja powinna była zbadać odrębnie pokrycie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron oraz pokrycie klauzuli pozycjonowania, prowadziłaby do sztucznego podzielenia badania pokrycia rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w zależności od praktyk zarzucanych Google'owi, z pominięciem kontekstu faktycznego i prawnego, w który wpisywały się te klauzule, charakteryzującego się w szczególności stopniowym zastępowaniem klauzuli wyłączności klauzulą pozycjonowania. Taki podział miałby bowiem arytmetyczną konsekwencję w postaci obniżenia stopnia pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w ostatnich latach, w których klauzula ta była stosowana, pomijając przy tym okoliczność, że w tych samych latach klauzula pozycjonowania szybko przekroczyła udział rynku objęty wspomnianą klauzulą wyłączności, począwszy od zmiany wzoru GSA w marcu 2009 r. Taki podział nie odzwierciedlałby zatem realiów gospodarczych wspomnianego rynku w latach 2009–2016.

603 W tych okolicznościach i z zastrzeżeniem podniesionej w ramach zarzutu trzeciego kwestii, czy klauzula pozycjonowania mogła rzeczywiście wywołać skutek w postaci wykluczenia sprzeczny z art. 102 TFUE, nie można uznać, że Komisja naruszyła prawo z tego tylko powodu, iż przy ustalaniu, czy stopień pokrycia klauzuli wyłączności był wystarczający, aby uniemożliwić konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, uwzględniła pokrycie klauzuli pozycjonowania.

– W przedmiocie uwzględnienia dochodów generowanych przez GSA, zawierających klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia i zawartych z partnerami bezpośrednimi, którzy zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych w GSA, w celu oceny skutków klauzuli wyłączności w postaci wykluczenia znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron

604 W motywach 523 i 593 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, że zmniejszyła do 34 liczbę partnerów bezpośrednich, co do których uznała, że zaopatrują się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części swoich potrzeb, podczas gdy 69 innych partnerów bezpośrednich (o których mowa w pkt 563 powyżej) uwzględniło w swoich GSA zawierających klauzulę wyłączności przynajmniej niektóre z ich stron internetowych, które wyświetlają reklamy związane z wyszukiwaniem online. Komisja wywnioskowała z tego, że Google bezzasadnie zarzuca jej uwzględnienie wszystkich GSA zawierających klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia, a nie tylko GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe.

605 Google twierdzi, że analiza Komisji jest niespójna. Google stwierdza bowiem, że Komisja uznała, iż klauzula wyłączności jest sprzeczna z art. 102 TFUE tylko w zakresie, w jakim znajdowała się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, podczas gdy klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia zostały uznane za sprzeczne z tym przepisem, ponieważ były zawarte w GSA w ogóle. Ponadto Google zarzuca Komisji, że przy ocenie pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron wzięła pod uwagę dochody generowane przez wszystkie GSA zawierające klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia, w tym GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych.

606 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

607 Po pierwsze, należy zaznaczyć, że z motywu 349 zaskarżonej decyzji wynika, iż 69 partnerów bezpośrednich, do których odwołuje się Komisja w motywach 523 i 593 tej decyzji, to partnerzy, którzy nie byli w stanie potwierdzić, czy w GSA zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, na których wyświetlane są reklamy związane z wyszukiwaniem online. Chodzi zatem o partnerów bezpośrednich, w odniesieniu do których Komisja nie zdołała wykazać, zgodnie z orzecznictwem wynikającym z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), że zaopatrują się oni wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania.

608 W konsekwencji, chociaż w motywie 349 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, że przyjęła ostrożne i korzystne dla Google'a podejście, to tylko dlatego, że jest możliwe, iż większa liczba partnerów bezpośrednich może zaopatrywać się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania. Z motywu tego nie wynika natomiast, że Komisja mogła uznać, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych, była sprzeczna z art. 102 TFUE, w świetle orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36).

609 Wynika z tego, że niezależnie od tego, czy podejście Komisji było „nadmiernie ostrożne i korzystne dla Google'a", jak wskazuje ta instytucja w pkt 49 odpowiedzi na skargę, Komisja nie uznała jednak, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z 69 partnerami bezpośrednimi, o których mowa w pkt 607 powyżej, była sprzeczna z art. 102 TFUE.

610 Po drugie, należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja w motywie 455 zaskarżonej decyzji, że klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia były mniej restrykcyjne niż klauzula wyłączności dla partnerów bezpośrednich, ponieważ zezwalały im, przynajmniej w pewnym stopniu, na jednoczesne korzystanie z AFS i konkurencyjnej usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online na stronach internetowych uwzględnionych w ich GSA. Ponadto w motywach 335, 467, w motywie 630 pkt 2 oraz w motywach 712 i 718 tej decyzji Komisja przypomniała oświadczenie Google'a uznające klauzulę pozycjonowania za złagodzoną klauzulę wyłączności.

611 W tych okolicznościach należy zauważyć, podobnie jak Google, że prawdą jest, iż w zaskarżonej decyzji istnieje pewna asymetria, ponieważ Komisja uznała, że klauzula wyłączności jest sprzeczna z art. 102 TFUE tylko w zakresie, w jakim znajdowała się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, i jednocześnie uznała, że klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia są sprzeczne z tym samym przepisem, ponieważ miały zastosowanie do wszystkich partnerów bezpośrednich, których GSA zawierały takie klauzule.

612 Należy jednak zauważyć, że przy ustalaniu, czy klauzula wyłączności była sprzeczna z art. 102 TFUE, Komisja nie była zobowiązana do wykazania, iż klauzula ta rzeczywiście zobowiązywała partnerów bezpośrednich wszystkich stron do zaopatrywania się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania w rozumieniu orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36).

613 Zgodnie bowiem z orzecznictwem przypomnianym w pkt 108 powyżej Komisja mogła w szczególności poprzestać na wykazaniu, że klauzula wyłączności miała zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia.

614 W tym celu Komisja powinna była uwzględnić wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, zgodnie z orzecznictwem przypomnianym w pkt 595 powyżej. Otóż w celu ustalenia, czy stopień pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron był wystarczający, aby mogła ona mieć zdolność do ograniczenia konkurencji, Komisja mogła uwzględnić jako istotną okoliczność fakt, że część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, która nie była objęta tą klauzulą, była częściowo objęta klauzulą pozycjonowania, co ograniczało konkurującym z Google'm pośrednikom możliwości dostępu do tego rynku.

615 W tym kontekście należy zauważyć, że okoliczność, iż Komisja uznała za sprzeczną z art. 102 TFUE klauzulę wyłączności jedynie w zakresie, w jakim klauzula ta znajdowała się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, nie mogła przeszkodzić Komisji w uznaniu, że klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia były również sprzeczne z tym przepisem, w sytuacji gdy miały one zastosowanie do wszystkich partnerów bezpośrednich, których GSA zawierały takie klauzule.

616 Z jednej strony wynika z tego, że nie można uznać, iż zaskarżona decyzja jest wewnętrznie sprzeczna, z tego tylko powodu, że Komisja uznała, iż klauzula wyłączności jest sprzeczna z art. 102 TFUE tylko w zakresie, w jakim znajdowała się ona w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, i jednocześnie uznała, że klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia były sprzeczne z tym przepisem, w sytuacji gdy miały zastosowanie do wszystkich partnerów bezpośrednich, których GSA zawierały takie klauzule.

617 Z drugiej strony, z zastrzeżeniem podniesionej w ramach zarzutu trzeciego kwestii, czy klauzula pozycjonowania mogła rzeczywiście wywołać sprzeczny z art. 102 TFUE skutek w postaci wykluczenia, należy stwierdzić, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż Komisja przy ocenianiu stopnia pokrycia klauzuli wyłączności niesłusznie uwzględniła GSA zawierające klauzulę pozycjonowania, w tym również GSA, w których partnerzy bezpośredni nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych.

iv) W przedmiocie uwzględnienia partnerów bezpośrednich, którzy nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych w GSA zawierających klauzulę wyłączności dla celów obliczenia stopnia pokrycia tej klauzuli

618 Google kwestionuje uznanie przez Komisję niektórych podmiotów za „partnerów bezpośrednich wszystkich stron". Twierdzi on, że Komisja nie wykazała, iż partnerzy bezpośredni wszystkich stron, zidentyfikowani w zaskarżonej decyzji, uwzględnili wszystkie swoje strony internetowe w swoich GSA i że w konsekwencji zaopatrywali się oni wyłącznie u niego w celu pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania. Google wywodzi z tego, że Komisja zawyżyła

dochody generowane przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi zaopatrującymi się wyłącznie u niego w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania. Ponadto utrzymuje on, że nawet opierając się na danych zawartych w zaskarżonej decyzji, Komisja powinna była uwzględnić okoliczność, iż znaczna część dochodów w EOG z tytułu usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online pozostawała „dostępna" dla innych pośredników.

619 Należy zauważyć, że w motywie 395 zaskarżonej decyzji Komisja uznała, iż bez znaczenia jest kwestia, czy „znaczące" dochody osiągnięte w EOG z tytułu usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online pozostają „dostępne" dla konkurentów Google'a. Uznała ona bowiem, że wystarczy, aby dochody brutto wygenerowane przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron reprezentowały znaczną część rynku wspomnianych usług w latach 2006–2015.

620 Po pierwsze, należy zauważyć, że wbrew temu, co sugeruje Google, część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, która nie była objęta klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, niekoniecznie była „dostępna" dla konkurentów Google'a. Należy bowiem zaznaczyć, że – jak stwierdziła Komisja w zaskarżonej decyzji – od marca 2009 r. owa część rynku była częściowo objęta klauzulą pozycjonowania, która od tej daty stopniowo zastępowała klauzulę wyłączności. Tymczasem, jak wynika z pkt 598 powyżej i z pkt 767 poniżej, klauzula pozycjonowania zastrzegała dla reklam Google'a najbardziej widoczne miejsca stron wyników.

621 Po drugie, należy stwierdzić, że – jak przypomniano w pkt 596 powyżej – zamknięcie przez przedsiębiorstwo dominujące dostępu do istotnej części rynku nie może być usprawiedliwione poprzez wykazanie, że część rynku podlegająca konkurencji jest wciąż wystarczająca, aby znalazło się tam miejsce dla ograniczonej liczby konkurentów.

622 W konsekwencji, jak podnosi Komisja, okoliczność, że znaczna część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online była objęta klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, mogła co do zasady wystarczyć do wywołania skutku w postaci wykluczenia.

623 W tym względzie Komisja stwierdziła w tabeli nr 13 zaskarżonej decyzji, że stopień pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych ze zidentyfikowanymi w tej decyzji partnerami bezpośrednimi wszystkich stron był następujący:

Rok	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Pokrycie	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %

624 Jak wskazano w pkt 450 powyżej, Google i Surfboard podnoszą, że jedenastu z trzydziestu czterech partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji nie zaopatrywało się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia przynajmniej znacznej części swojego zapotrzebowania. Chodzi o [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], Surfboard, [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*].

625 W trosce o ekonomię procesową Sąd stwierdza, że w przypadku najkorzystniejszym dla Google'a, a mianowicie przy założeniu, że od stopnia pokrycia stwierdzonego w zaskarżonej decyzji należałoby odjąć stopień pokrycia odpowiadający GSA zawartym z jedenastoma partnerami bezpośrednimi wskazanymi przez Google'a i Surfboard, z tabeli nr 13 zaskarżonej decyzji wynika, że stopień pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z pozostałymi partnerami bezpośrednimi wszystkich stron zidentyfikowanymi w zaskarżonej decyzji jest następujący:

Rok	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Pokrycie	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %

626 W tym względzie należy stwierdzić, że w takim najkorzystniejszym dla Google'a przypadku stosunkowo niski stopień pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi, zwłaszcza począwszy od 2010 r., wynika, biorąc pod uwagę rozważania zawarte w pkt 601 powyżej, w szczególności ze stopniowego zastępowania w GSA klauzuli wyłączności klauzulą pozycjonowania w następstwie zmiany wzoru GSA w marcu 2009 r.

627 Ponadto bezsporne jest, że dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania, która została do niej wprowadzona dopiero od marca 2009 r., stanowiły w latach 2009–2015 między [*poufne*] a [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG.

628 W zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła w tym względzie w tabeli nr 25 tej decyzji, że łączny stopień pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron wskazanymi w tej decyzji z jednej strony i klauzuli wyświetlania z drugiej strony był następujący:

Rok	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Pokrycie łącznie	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %

629 Niemniej jednak, opierając się na najkorzystniejszej dla Google'a hipotezie, zgodnie z którą stopień pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych ze zidentyfikowanymi partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w latach 2006–2012 wynosił tyle, ile wskazano w pkt 625 powyżej, a w latach 2013–2015 był zerowy, czego jednak Google nie podnosi, z tabeli nr 24 w zaskarżonej decyzji wynika, że stopień pokrycia klauzuli pozycjonowania w połączeniu ze stopniem pokrycia klauzuli wyłączności byłby następujący:

Rok	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Pokrycie łącznie	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %

630 Wynika z tego, że nawet na podstawie najbardziej korzystnych dla Google'a danych z jednej strony w okresie poprzedzającym zawarcie klauzuli pozycjonowania w GSA, w latach 2006–2008, stopień pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, mieścił się w przedziale od [*poufne*] % w 2007 r.

do [*poufne*] % w 2008 r. Z drugiej strony w okresie, w którym obowiązywała klauzula pozycjonowania, to znaczy w latach 2009–2015, łączny stopień pokrycia obu tych klauzul wynosił od [*poufne*] % w 2009 r. do [*poufne*] % w 2012 r.

631 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że nawet w hipotezie najkorzystniejszej dla Google'a łączny stopień pokrycia klauzuli wyłączności zawartej w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe z jednej strony i klauzuli pozycjonowania z drugiej strony mógł być wystarczający, aby umożliwić tym klauzulom wywieranie skutku w postaci wykluczenia w latach 2006–2015.

632 Wynika z tego, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, nie mogła wywołać skutku w postaci wykluczenia z tego tylko powodu, że znaczna część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online nie była objęta tymi klauzulami w latach 2006–2015.

v) W przedmiocie dochodów generowanych przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w 2016 r.

633 Google zarzuca Komisji, że nie dokonała oceny pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, a także pokrycia klauzuli pozycjonowania i klauzuli uprzedniego zezwolenia na rok 2016.

634 Z jednej strony Komisja utrzymuje, że z motywów 388 i 457 oraz z tabeli nr 15 zaskarżonej decyzji wynika, iż [*poufne*], jeden z trzech najważniejszych partnerów bezpośrednich spośród 34 zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji partnerów bezpośrednich wszystkich stron, pozostał stroną GSA, która zawierała klauzulę wyłączności, do dnia 31 marca 2016 r. Z drugiej strony podnosi ona, że z motywów 99–106, 564 i 633 tej decyzji wynika, iż w dniu 6 września 2016 r. Google poinformował ostatniego partnera bezpośredniego o swojej decyzji o odstąpieniu od stosowania klauzuli pozycjonowania. Dodaje ona, że do dnia 3 czerwca 2016 r. niektórzy partnerzy bezpośredni, w tym znaczący partnerzy bezpośredni, byli stronami GSA zawierających tę klauzulę.

635 W tym względzie należy przypomnieć, że – jak wskazano w pkt 594 powyżej – przy ocenie zakresu klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron Komisja nie uwzględniła konkretnie dochodów wygenerowanych przez GSA zawierających klauzulę uprzedniego zezwolenia, nawet jeśli nie zakwestionowano tego, że – jak wyjaśnia Google – wszystkie GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia zawierały również klauzulę pozycjonowania.

636 Należy natomiast zauważyć, podobnie jak Google, że w zaskarżonej decyzji nie wskazano, po pierwsze, części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online objętej klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, a po drugie, części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w odniesieniu do roku 2016, podczas gdy w decyzji tej uznano, że każda z tych klauzul stanowi nadużycie pozycji dominującej, odpowiednio, do dnia 31 marca 2016 r. i do dnia 6 września 2016 r.

– W przedmiocie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron

637 Jeśli chodzi o klauzulę wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, należy stwierdzić, że Komisja ogranicza się do odesłania do motywów zaskarżonej decyzji, z których wynika, że ostatnie GSA zawierające tę klauzulę, w których jeden z tych partnerów bezpośrednich, a mianowicie [*poufne*], zwykle uwzględniał wszystkie swoje strony internetowe, przestały obowiązywać w dniu 31 marca 2016 r.

638 Jednakże, chociaż Komisja twierdzi w odpowiedzi na skargę, że [*poufne*] był „jednym z trzech najważniejszych [partnerów bezpośrednich]" wśród partnerów bezpośrednich wszystkich stron, to wystarczy zauważyć, że nie przedstawiła ona w zaskarżonej decyzji informacji, które pozwalałyby ocenić wysokość dochodów wygenerowanych przez odnośne GSA zawarte z tym bezpośrednim partnerem konkretnie za rok 2016. W szczególności Komisja ograniczyła się do wyjaśnienia, że strony internetowe [*poufne*] stanowiły średnio [*poufne*] % dochodów brutto osiągniętych przez Google'a na rynku EOG usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w latach 2006–2012, a jednocześnie dodatkowo zauważyła, że klauzula wyłączności miała zastosowanie do tych stron internetowych w okresie od dnia 15 maja 2003 r. do dnia 31 marca 2016 r.

639 W tych okolicznościach, ponieważ Komisja nie wskazała żadnego innego partnera bezpośredniego oprócz [*poufne*], który zwykle uwzględniał wszystkie swoje strony internetowe w GSA zawierających klauzulę wyłączności w okresie od dnia 1 stycznia do dnia 31 marca 2016 r., należy stwierdzić, że nie wykazała ona również, iż klauzula ta, ze względu na jej zakres, mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia w tym okresie, niezależnie od tego, czy – jak twierdzi Google – wspomniana klauzula w postaci zredagowanej w GSA, o której mowa w motywie 348 zaskarżonej decyzji, zobowiązywała [*poufne*] do zaopatrywania się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części jego potrzeb.

– W przedmiocie klauzuli pozycjonowania

640 Co się tyczy klauzuli pozycjonowania, należy zauważyć, że Komisja ograniczyła się do stwierdzenia w zaskarżonej decyzji, iż Google poinformował ją, po pierwsze, w dniu 28 maja 2016 r., że zamierza zmienić wspomnianą klauzulę, a po drugie, w dniu 9 września 2016 r., że wysłał w tym celu [*poufne*] pisma do wszystkich partnerów bezpośrednich. Komisja nie przedstawiła jednak w tej decyzji informacji, które pozwoliłyby ocenić zakres GSA zawierających sporną klauzulę w odniesieniu do 2016 r. W tym względzie należy stwierdzić, że twierdzenie Komisji zawarte w odpowiedzi na skargę, zgodnie z którym do dnia 3 czerwca 2016 r. takim GSA nadal podlegało dziewięciu partnerów bezpośrednich, nie może podważyć tego stwierdzenia.

641 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja nie wykazała, iż klauzule wyłączności i wyświetlania mogły utrudnić konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w 2016 r.

vi) W przedmiocie ruchu na stronach internetowych objętych klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron

642 Google podnosi, że badanie Microsoftu, o którym mowa w pkt 576 powyżej, nie pozwala ocenić skutków klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, ponieważ, po pierwsze, niektóre strony internetowe zidentyfikowane w tym

badaniu nie podlegały wspomnianej klauzuli, a po drugie, badany okres i liczba państw członkowskich były ograniczone. Ponadto podnosi on, że liczba wizyt na stronie internetowej nie musi koniecznie stanowić wiarygodnej wskazówki co do liczby wyszukiwań online przeprowadzonych na tej stronie internetowej ani, w konsekwencji, generowanych przez nią dochodów pochodzących z reklamy związanej z wyszukiwaniem online. Google zauważa w tym względzie, że z późniejszej aktualizacji wspomnianego badania wynika, iż strony internetowe korzystające z usług Microsoftu miały więcej wizyt niż strony korzystające z usług Google'a.

643 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

644 W motywie 390 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, na podstawie badania Microsoftu, że „niektóre" najczęściej odwiedzane strony w EOG są objęte klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron.

645 W tym względzie należy podnieść, że jak wynika z pkt 623 powyżej, Komisja określiła w zaskarżonej decyzji dokładny stopień pokrycia klauzuli wyłączności zawartej w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, na podstawie dochodów brutto generowanych przez te GSA.

646 Badanie Microsoftu, o którym mowa w motywie 390 zaskarżonej decyzji, wskazuje, że Google świadczył usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online dla najczęściej odwiedzanych domen (między [*poufne*] a [*poufne*] %) w Niemczech, Hiszpanii, Francji, Włoszech i Zjednoczonym Królestwie w 2010 r. Prawdą jest, jak podnosi Google, że wspomniane badanie dotyczy tylko jednego roku okresu naruszenia i pięciu państw członkowskich. Podobnie Google słusznie podnosi, że badanie to nie pozwala na identyfikację ruchu generowanego szczególnie przez strony internetowe objęte klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. Wreszcie zasadnie zauważa on, że liczba wizyt na stronie internetowej niekoniecznie stanowi wiarygodne wskazanie dochodów pochodzących z reklamy związanej z wyszukiwaniem online.

647 Niemniej jednak badanie Microsoftu stanowi dodatkową wskazówkę pozwalającą ocenić znaczenie świadczonych przez Google'a usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, a także pokrycie wspomnianą klauzulą rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, ponieważ przede wszystkim dotyczy ono pięciu największych państw członkowskich EOG, następnie bezsporne jest, że przynajmniej niektóre strony internetowe objęte tym badaniem podlegały klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, i wreszcie istnieje pewna korelacja między liczbą wizyt na stronie internetowej a dochodami pochodzącymi z reklamy związanej z wyszukiwaniem online.

648 W tych okolicznościach, bez konieczności orzekania w przedmiocie dopuszczalności kwestionowanej przez Komisję argumentacji Google'a, należy uznać, że Komisja mogła oprzeć się na badaniu Microsoftu jako wskazówce potwierdzającej badanie stopnia pokrycia.

649 W każdym razie Komisja nie oparła swojego obliczenia stopnia pokrycia klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi na badaniu Microsoftu, w związku z tym nawet przy założeniu, iż argumenty Google'a w tym względzie były zasadne, nie miałyby one wpływu na dokonane przez Komisję obliczenie wspomnianego stopnia.

vii) Wnioski dotyczące pokrycia rynku klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawieranych przez partnerów bezpośrednich wszystkich stron

650 W świetle powyższego należy stwierdzić, że nawet w hipotezie najkorzystniejszej dla Google'a Komisja mogła słusznie uznać, że biorąc pod uwagę pokrycie klauzuli pozycjonowania w świetle okoliczności przypomnianych w pkt 602 powyżej, pokrycie klauzuli wyłączności zawartej w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, mogło być wystarczające, aby umożliwić tej klauzuli wywołanie skutku w postaci wykluczenia w okresie od 1 stycznia 2006 r. do 31 grudnia 2015 r. Należy natomiast stwierdzić, że Komisja nie wykazała, iż klauzula wyłączności mogła wywołać taki skutek ze względu na jej zakres w okresie od 1 stycznia do 31 marca 2016 r.

3) W przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta

651 W motywie 433 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron ma zdolność wykluczenia ewentualnego konkurenta równie skutecznego jak Google. Po pierwsze, dochody wygenerowane przez te GSA w latach 2006–2009 stanowiły bowiem od [*poufne*] do [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. Po drugie, dochody wygenerowane przez wspomniane GSA oraz GSA zawierające klauzulę pozycjonowania w latach 2009–2015 stanowiły od [*poufne*] do [*poufne*] % tego rynku. Po trzecie, w latach 2006–2016 Google posiadał „bardzo duży" udział w rynku. Po czwarte, na rynku tym występowały efekty sieciowe.

652 Komisja wskazała ponadto w motywie 434 zaskarżonej decyzji, że jest „mało prawdopodobne", aby w okresie, w którym obowiązywała klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, mógł wejść na rynek ewentualny pośrednik równie skuteczny jak Google. Wreszcie uznała ona, że kwestia, czy Google realizował strategię mającą na celu wykluczenie konkurentów równie skutecznych jak on, jest bez znaczenia.

653 Jak twierdzi Google, Komisja nie wykazała ani tego, że konkurent równie skuteczny jak on nie mógłby wejść na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, ani tego, że taki konkurent mógł zostać wykluczony z tego rynku. Surfboard dodaje, że klauzula ta nie przeszkodziła mu w zaopatrywaniu się w konkurencyjne reklamy, jeśli uważał, że usługi konkurencyjnego pośrednika są atrakcyjne. Podnosi on, że zaopatrywał się zresztą u Yahoo! dla jednej ze swoich stron internetowych.

i) Uwagi wstępne

654 Google twierdzi, że Komisja niesłusznie ograniczyła się do stwierdzenia, iż było „mało prawdopodobne", by ewentualny pośrednik równie skuteczny jak on mógł wejść na rynek w okresie, w którym obowiązywała klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. Uważa on bowiem, że Komisja powinna była wykazać, iż ograniczenie konkurencji było „prawdopodobne".

655 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

656 W tym względzie należy zauważyć, że w motywie 433 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza na podstawie czterech czynników wymienionych w pkt 651 powyżej, iż klauzula wyłączności miała „zdolność" do wykluczenia ewentualnego konkurenta równie skutecznego jak Google, i że w motywie 434 tej decyzji zaznacza ona, na podstawie tych samych czynników, iż było „mało prawdopodobne", aby taki konkurent mógł wejść na rynek w okresie, w którym obowiązywała klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron.

657 W tych okolicznościach należy uznać, że argumentacja Google ma charakter czysto terminologiczny i że nie można zarzucać Komisji, iż wskazała, że zachowanie, które miało „zdolność" wykluczenia konkurenta równie skutecznego jak Google, czyniło pojawienie się takiego konkurenta „mało prawdopodobnym".

ii) W przedmiocie czynników istotnych dla zastosowania testu równie skutecznego konkurenta

658 Google twierdzi, że żaden z czynników wymienionych w motywie 433 zaskarżonej decyzji nie pozwala na wykazanie, że w niniejszej sprawie pojawienie się równie skutecznego konkurenta było „praktycznie niemożliwe" lub że mógł on zostać wykluczony. Otóż, po pierwsze, uważa on, że pokrycie klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, nie pozwala samo w sobie na ustalenie, czy taki konkurent był w stanie konkurować z nim „w sposób rentowny", i że w każdym razie konkurent ten mógł w każdej chwili uzyskać dostęp do znacznej części rynku właściwego. Po drugie, podnosi on, że Komisja sztucznie zwiększyła zakres tego pokrycia, biorąc pod uwagę dochody partnerów bezpośrednich objętych klauzulą pozycjonowania, którzy nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych w GSA. Po trzecie, zarzuca on Komisji, że z jednej strony przeceniła jego udziały w rynku, a z drugiej strony nie wykazała związku przyczynowego między jego udziałami w rynku, „pozycją równie skutecznych konkurentów" i wspomnianą klauzulą wyłączności. Po czwarte, Google uważa, że Komisja nie wykazała, iż okoliczność, że na rynku właściwym występowały efekty sieciowe, pozwala wykazać, że konkurent równie skuteczny jak Google nie mógł wejść na ten rynek.

659 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

660 W tym względzie należy przypomnieć, że test równie skutecznego konkurenta polega na przeanalizowaniu tego, czy stosowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą praktyki mogą prowadzić do wyeliminowania z rynku konkurenta, który jest równie skuteczny jak to przedsiębiorstwo (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 53). W praktyce pojęcie to odnosi się zatem do różnych testów, których wspólnym celem jest ocena zdolności danej praktyki do wywołania antykonkurencyjnych skutków w postaci wykluczenia poprzez odwołanie się do zdolności hipotetycznego konkurenta przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, równie skutecznego jak ono pod względem struktury kosztów, do zaoferowania klientom ceny wystarczająco korzystnej, aby ich skłonić do zmiany dostawcy pomimo powstałych niedogodności, tak aby ów konkurent nie poniósł przy tym strat. Zdolność tę określa się na ogół w świetle struktury kosztów samego przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 56).

661 Jednakże test tego rodzaju może być nieodpowiedni w szczególności w przypadku pewnych praktyk pozacenowych, takich jak odmowa dostaw, lub gdy rynek właściwy chronią znaczące bariery. Ponadto taki test stanowi tylko jedną z wielu metod pozwalających ocenić, czy dana

praktyka ma zdolność wywołania skutków w postaci wykluczenia, która to metoda uwzględnia zresztą jedynie konkurencję cenową. W szczególności wykorzystywanie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą zasobów innych niż te, które stosuje się w ramach konkurencji pozacenowej, może w pewnych okolicznościach wystarczyć do stwierdzenia istnienia takiego nadużycia (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 57).

662 Jednakże, nawet w przypadku praktyk pozacenowych nie można wykluczyć przydatności takiego testu. Taki test może być bowiem przydatny, gdy skutki rozpatrywanej praktyki można określić ilościowo. W szczególności w przypadku klauzul wyłączności taki test może teoretycznie posłużyć do ustalenia, czy hipotetyczny konkurent mający strukturę kosztów analogiczną do struktury kosztów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą byłby w stanie oferować swoje produkty lub usługi w inny sposób niż ze stratą lub z niewystarczającą marżą, gdyby musiał pokryć koszty rekompensaty, jaką dystrybutorzy musieliby zapłacić w celu zmiany dostawcy, lub straty, jakie musieliby ponieść po takiej zmianie w wyniku wycofania wcześniej udzielonych rabatów (wyrok z dnia 19 września 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 59).

663 W konsekwencji, jeżeli przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, podejrzewane o praktykę stanowiącą nadużycie dostarczy Komisji analizę opartą na teście równie skutecznego konkurenta, instytucja ta nie może pominąć tego dowodu, nie badając nawet jego mocy dowodowej (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 60).

664 Niemniej jednak nie ma możliwości wyprowadzenia z art. 102 TFUE czy też orzecznictwa Trybunału obowiązku prawnego tej treści, iż ustalenie, że praktyka wprowadzona przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku ma znamiona nadużycia, zawsze musi być oparte na teście równie skutecznego konkurenta (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 57).

665 Wynika z tego, że Komisja mogła poprzestać na wykazaniu zdolności klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, do wywołania skutku w postaci wykluczenia, opierając się na wielu istotnych elementach, bez konieczności oparcia się w tym celu na kryterium równie skutecznego konkurenta.

666 W niniejszej sprawie sama treść klauzuli wyłączności, która co do zasady uniemożliwiała partnerom bezpośrednim wyświetlanie konkurencyjnych reklam, oraz elementy wymienione w motywie 433 zaskarżonej decyzji, a mianowicie, po pierwsze, okoliczność, że wspomniana klauzula wraz z klauzulą pozycjonowania obejmowały znaczną część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, jak wskazano w pkt 650 powyżej, a po drugie, waga pozycji dominującej Google'a, wynikająca w szczególności z jego bardzo dużych udziałów w rynku oraz barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju, w szczególności w postaci efektów sieciowych, mogły wykazać, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron mogła mieć zdolność wykluczenia ewentualnego konkurenta równie skutecznego jak Google. Wynika z tego, że okoliczności te mogły również wykazać, iż było „mało prawdopodobne", aby w okresie, w którym obowiązywała wspomniana klauzula, taki konkurent mógł się pojawić.

667 W tych okolicznościach i zgodnie z orzecznictwem przypomnianym w pkt 663 powyżej, jeżeli Google przedstawiłby w toku postępowania administracyjnego analizę opartą na kryterium równie skutecznego konkurenta w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 660 powyżej, do Komisji należałoby zbadanie tej analizy, co należy wyjaśnić poniżej.

iii) W przedmiocie dowodów przedstawionych przez Google'a w toku postępowania administracyjnego

668 Google podnosi, że Komisja nie uwzględniła przedstawionych przez niego w toku postępowania administracyjnego dowodów, które miały na celu wykazanie, że mógł pojawić się konkurent równie skuteczny jak Google. W szczególności zauważa on, że partnerzy bezpośredni zdecydowali zaopatrywać się w reklamy związane z wyszukiwaniem online u niektórych jego konkurentów.

669 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

670 W tym względzie należy stwierdzić, że w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów Google zidentyfikował dziewięć przetargów organizowanych przez różnych wydawców, w tym [*poufne*] i [*poufne*], które przegrał z [*poufne*], [*poufne*] lub Microsoftem w okresie od ostatniego kwartału 2006 r. do drugiego kwartału 2007 r., a także w 2015 r. i 2016 r. Ponadto wydaje się, że z załącznika A.45 do skargi wynika, iż akta Komisji zawierały dowody, zgodnie z którymi [*poufne*] nadal zaopatrywał się u innych pośredników w latach 2006–2015 w celu pokrycia części swojego zapotrzebowania, która w 2008 r. mogła osiągnąć do [*poufne*] % tego zapotrzebowania.

671 Chociaż jest prawdą, że w toku postępowania administracyjnego Google przedstawił Komisji kilka pojedynczych i odosobnionych przykładów, w których partnerzy bezpośredni woleli zaopatrywać się u innych pośredników, a nie u niego, to jednak przykłady takie nie stanowią analizy opartej na kryterium testu równie skutecznego konkurenta w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 663 powyżej. Ponadto bezsporne jest, że Google nie przedstawił ani w toku postępowania administracyjnego, ani przed Sądem żadnej analizy w rozumieniu tego orzecznictwa.

672 W każdym razie należy stwierdzić, że w braku dodatkowych wyjaśnień poszczególne przykłady, na które powołuje się Google, nie wystarczają do wykazania, że mogliby się pojawić konkurenci co najmniej równie skuteczni jak Google.

673 Co więcej, należy przypomnieć, jak wskazano w pkt 108 powyżej, że aby ustalić, czy dane zachowanie ma charakter nadużycia, Komisja niekoniecznie musi wykazać, że zachowanie to rzeczywiście wywołało skutki antykonkurencyjne. Artykuł 102 TFUE ma bowiem na celu penalizację faktu, że przedsiębiorstwo lub wiele przedsiębiorstw wykorzystywało w sposób stanowiący nadużycie pozycję dominującą na rynku wewnętrznym lub na znacznej części tego rynku, niezależnie od tego, czy to nadużywanie okazało się skuteczne (wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 41).

674 W związku z tym fakt, że niektórzy konkurujący z Google'm pośrednicy mogli wygrać kilka przetargów organizowanych przez wydawców, nie pozwala wykluczyć, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z 34 partnerami bezpośrednimi wszystkich stron mogła wywołać sprzeczny z art. 102 TFUE skutek w postaci wykluczenia. Wreszcie okoliczność, że partnerzy bezpośredni mogli zdecydować się nie korzystać z AFS, korzystać z niej bez zawierania GSA lub uwzględnić w GSA tylko te strony internetowe, które chcieli, nie pozwala podważyć oceny Komisji, zgodnie z którą klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych

z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia wobec konkurenta co najmniej równie skutecznego jak Google. Jak bowiem wynika z pkt 582 powyżej, po zawarciu tych GSA wspomniana klauzula mogła uniemożliwić konkurencyjnym wobec Google'a pośrednikom świadczenie ich usług na rzecz wspomnianych partnerów bezpośrednich w okresie przewidzianym przez owe GSA.

675 W tych okolicznościach fakt, że Google przegrał niektóre przetargi w okresie trwania naruszenia, nie pozwala podważyć oceny Komisji, zgodnie z którą klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia wobec konkurenta co najmniej równie skutecznego jak Google.

iv) W przedmiocie istnienia strategii mającej na celu wykluczenie równie skutecznych konkurentów

676 Google zarzuca Komisji, że uznała, iż brak strategii mającej na celu wykluczenie konkurentów równie skutecznych jak Google nie ma znaczenia w niniejszej sprawie.

677 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

678 W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał orzekł, iż w celu sprawdzenia, czy zachowanie mogło wywołać skutki w postaci wykluczenia, Komisja była w szczególności zobowiązana do dokonania oceny ewentualnego istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139). Jednakże wbrew temu, co twierdzi Google, nie można z tego wywnioskować, że Komisja powinna systematycznie wykazywać istnienie takiej strategii w celu stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE.

679 O ile bowiem istnienie ewentualnego zamiaru antykonkurencyjnego stanowi jedną z wielu okoliczności faktycznych, które mogą zostać uwzględnione przy ustalaniu, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej, o tyle należy przypomnieć, że aby zastosować art. 102 TFUE, Komisja nie jest jednak w żaden sposób zobowiązana do wykazania takiego zamiaru po stronie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą [zob. podobnie wyroki: z dnia 19 kwietnia 2012 r., Tomra Systems i in./Komisja, C-549/10 P, EU:C:2012:221, pkt 20, 21; z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 162].

680 Wynika z tego, że podnoszona przez Google'a okoliczność, iż nie miał on zamiaru wykluczyć konkurenta równie skutecznego jak on, nie pozwala na podważenie stwierdzonych w zaskarżonej decyzji skutków w postaci wykluczenia.

681 W konsekwencji nie można zarzucać Komisji, po pierwsze, że nie wykazała, iż Google przyjął strategię mającą na celu wykluczenie konkurentów co najmniej równie skutecznych jak on, a po drugie, że nie uwzględniła okoliczności, iż Google nie miał zamiaru wykluczyć takich konkurentów.

v) Wnioski w przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta

682 W świetle powyższego należy zauważyć, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż Komisja nie wykazała, że konkurent równie skuteczny jak Google nie może wejść na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online lub że taki konkurent może zostać wykluczony z tego rynku, niezależnie od przedstawionych przez niego dowodów i braku strategii wdrożonej przez niego w tym względzie.

4) W przedmiocie okresu obowiązywania GSA i prawa niektórych partnerów bezpośrednich do jednostronnego rozwiązania umowy

683 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że partnerzy bezpośredni wszystkich stron byli objęci klauzulą wyłączności przez długi okres, wynoszący od roku do ponad dziesięciu lat. Ponadto Komisja uznała zasadniczo, że okoliczność, iż okres obowiązywania GSA zawartych z tymi partnerami bezpośrednimi rozpatrywany indywidualnie był krótki, czyli zazwyczaj krótszy niż dwa lata, jest pozbawiony znaczenia, ponieważ znaczna liczba GSA była przedłużana, niekiedy wielokrotnie, bez istotnych zmian. Wreszcie Komisja wskazała, że prawo partnera bezpośredniego do jednostronnego rozwiązania umowy nie stoi na przeszkodzie stosowaniu klauzuli wyłączności do czasu skorzystania przez niego z tego prawa.

684 Google twierdzi, że różni pośrednicy mogli konkurować pozacenowo podczas negocjacji lub renegocjacji GSA, a także gdy była możliwość skorzystania z prawa do jednostronnego rozwiązania umowy. W konsekwencji zarzuca on Komisji z jednej strony, że pomyliła łączny czas trwania stosunków handlowych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron i okres obowiązywania każdej z zawartych z nimi GSA, a z drugiej strony, że nie uwzględniła prawa do jednostronnego rozwiązania umowy.

685 W tym względzie Google wyjaśnia, że okres obowiązywania większości GSA wynosił co najmniej dwa lata, w związku z czym na przykład w 2011 r. GSA odpowiadające [*poufne*] % całkowitego obrotu wygenerowanego przez AFS w EOG należało odnowić w ciągu dwóch kolejnych lat. Ponadto zauważa on, że prawie jedna trzecia wspomnianych partnerów bezpośrednich negocjowała prawa do jednostronnego rozwiązania umowy. Wreszcie Google przypomina, że partnerzy bezpośredni mogli w każdej chwili zdecydować się na skorzystanie z konkurencyjnej usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online na stronach, które nie były uwzględnione w ich GSA.

686 Surfboard utrzymuje, że Komisja nie uwzględniła faktu, iż w ciągu ośmiu lat, w których korzystała z AFS, zostały zawarte cztery różne GSA i co najmniej dziesięć razu odnawiano je lub wprowadzano do nich zmiany, co średnio odpowiada zawarciu więcej niż jednego aneksu rocznie. Wyjaśnia on w tym względzie, że te różne negocjacje umożliwiły mu rozwiązanie GSA i uzyskanie licznych korzyści od Google'a dzięki konkurencji.

687 Komisja podnosi, że Google niesłusznie twierdzi, iż inni pośrednicy mogli z nim konkurować przy odnawianiu GSA. Po pierwsze, twierdzenie, że w 2011 r. GSA stanowiące [*poufne*] % obrotów AFS w EOG należało odnowić w ciągu dwóch kolejnych lat, jest pozbawione znaczenia, ponieważ twierdzenie to dotyczy wszystkich GSA, a nie tylko tych zawartych przez partnerów bezpośrednich wszystkich stron. Po drugie, z załącznika A.46 do skargi wynika, że inni pośrednicy w rzeczywistości nie mieli możliwości konkurowania z Google'm przy odnawianiu GSA zawartych przez 29 z 34 partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji. Albo owe GSA zostały bowiem przedłużone, „zanim osiągnęły etap odnawiania", albo

odnośni partnerzy bezpośredni zawarli tylko jedno GSA, które tym samym nigdy nie osiągnęło „etapu odnawiania". Po trzecie, z jednej strony okoliczność, że partnerzy bezpośredni mieli prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, nie ma znaczenia, ponieważ klauzula wyłączności obowiązywała aż do wykonania tego prawa. Z drugiej strony z załącznika A.46 do skargi wynika w każdym razie, że żaden z partnerów bezpośrednich wszystkich stron nie mógł wykonywać tego prawa w dowolnym momencie.

688 Ponadto Komisja twierdzi, że Google zarzuca jej po raz pierwszy w replice, iż zaskarżona decyzja „nie dokonuje przeglądu okresu obowiązywania wszystkich GSA" zawierających klauzulę wyłączności, w związku z czym argument ten jest spóźniony, a w konsekwencji niedopuszczalny.

689 Jeśli chodzi o Surfboard, Komisja podnosi, że nie dokonał on żadnej zmiany w swoich GSA w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2010 r., o którym mowa w zaskarżonej decyzji. Ponadto w tym okresie Surfboard nie miał prawa do rozwiązania umowy w dowolnym momencie.

i) W przedmiocie dopuszczalności argumentacji Google'a

690 Zgodnie z art. 84 § 1 regulaminu postępowania przed Sądem w toku postępowania nie można podnosić nowych zarzutów, chyba że opierają się one na okolicznościach prawnych lub faktycznych ujawnionych dopiero w toku postępowania.

691 Jednakże zarzut stanowiący rozszerzenie zarzutu podniesionego wcześniej w skardze, bezpośrednio lub w sposób dorozumiany, który pozostaje z nim w ścisłym związku, należy uznać za dopuszczalny. Aby nowy argument mógł zostać uznany za rozszerzenie uprzednio przedstawionego zarzutu lub zastrzeżenia, powinien on wykazywać dostatecznie ścisły związek z pierwotnie przedstawionymi w skardze zarzutami lub zastrzeżeniami, tak aby można go było uważać za wynik zwykłego rozwinięcia debaty w ramach postępowania spornego (wyrok z dnia 8 lipca 2020 r., VQ/EBC, T-203/18, EU:T:2020:313, pkt 56).

692 W niniejszej sprawie należy zauważyć, że w pkt 86 skargi Google zarzuca Komisji, iż ta nie uwzględniła okoliczności, że konkurujący pośrednicy mogli konkurować z nim w odniesieniu do całości lub części popytu partnera bezpośredniego podczas negocjacji GSA, podczas jego renegocjacji lub gdy przewidziano prawo do jednostronnego rozwiązania umowy. Ponadto w pkt 99 skargi i w załączniku A.46 do skargi Google podnosi, że Komisja powinna była wziąć pod uwagę okres obowiązywania poszczególnych GSA, a nie czas trwania jego stosunków handlowych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron.

693 W konsekwencji, w świetle orzecznictwa przypomnianego w pkt 691 powyżej, należy zauważyć, że przedstawiona w replice argumentacja Google'a, zmierzająca do zarzucenia Komisji, że nie zbadała okresu obowiązywania rozpatrywanych poszczególnych GSA, wykazuje wystarczająco ścisły związek z argumentacją przedstawioną w skardze, aby można ją było uważać za wynik zwykłego rozwinięcia debaty w ramach postępowania spornego, w związku z czym nie można jej uznać za spóźnioną. W konsekwencji, wbrew temu, co twierdzi Komisja, należy uznać, że argumentacja ta jest dopuszczalna.

ii) W przedmiocie zasadności argumentacji Google'a

694 Należy przypomnieć, że jak wskazano w pkt 390 powyżej, Komisja powinna była uwzględnić wszystkie istotne okoliczności w celu ustalenia, czy dane zachowanie miało rzeczywistą zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia wobec konkurenta co najmniej równie skutecznego jak Google.

695 Co się tyczy w szczególności obowiązku zaopatrywania się na zasadzie wyłączności, należy wyjaśnić, że okres trwania tego obowiązku, niezależnie od tego, czy jest stosowany w zamian za przyznanie rabatu, wchodzi w zakres takich okoliczności [zob. podobnie wyroki: z dnia 26 stycznia 2022 r., Intel Corporation/Komisja, T-286/09 RENV, odwołanie w toku, EU:T:2022:19, pkt 507; z dnia 15 czerwca 2022 r., Qualcomm/Komisja (Qualcomm – Wypłaty z tytułu wyłączności), T-235/18, EU:T:2022:358, pkt 425].

696 Jak bowiem podkreślono w pkt 36 komunikatu Komisji, zatytułowanego „Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące", generalnie im dłuższy jest okres trwania obowiązku zaopatrywania się na zasadzie wyłączności, tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia efektu zamknięcia rynku. Jeżeli jednak przedsiębiorstwo dominujące jest nieuniknionym partnerem handlowym dla wszystkich lub dla większości odbiorców, nawet krótkotrwałe zobowiązanie do wyłącznego zakupu może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku.

697 Ponadto do celów oceny okresu obowiązywania obowiązku zaopatrywania się na zasadzie wyłączności należy uwzględnić kontekst gospodarczy i prawny, w jaki wpisuje się ten obowiązek. W tym względzie należy w szczególności wziąć pod uwagę charakter dóbr lub usług, których ten obowiązek dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury danego rynku lub rynków.

698 W niniejszej sprawie z jednej strony z motywów 388 i 398 zaskarżonej decyzji oraz zawartej w nich tabeli nr 15 wynika, że Komisja ograniczyła się do określenia całkowitego okresu, w którym każdy z partnerów bezpośrednich wszystkich stron był stroną GSA, w których zwykle uwzględniano wszystkie jego strony internetowe, w celu określenia okresu, w którym ci partnerzy bezpośredni byli zobowiązani do zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania. Komisja wzięła zatem pod uwagę jedynie łączny okres obowiązywania GSA, w których partnerzy ci zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe. Z drugiej strony w motywie 399 tej decyzji Komisja wskazała, że prawo partnera bezpośredniego do jednostronnego rozwiązania umowy nie stoi na przeszkodzie stosowaniu klauzuli wyłączności do czasu skorzystania przez niego z tego prawa.

699 Z zaskarżonej decyzji oraz z załącznika A.46 do skargi, których treści Komisja nie kwestionuje, wynika zatem, że nie uwzględniła ona okresu obowiązywania poszczególnych GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron indywidualnie, ani okresu obowiązywania poszczególnych ewentualnych przedłużeń tych GSA. Nie wzięła ona również pod uwagę rzeczywistych warunków i sposobów, w jakich dokonano tych przedłużeń, treści klauzul przewidujących prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, które przysługiwało niektórym partnerom bezpośrednim wszystkich stron, ani też warunków, w jakich mogli z tego prawa skorzystać.

700 W tych okolicznościach, nawet przy założeniu, że wszyscy partnerzy bezpośredni wszystkich stron, zidentyfikowani w zaskarżonej decyzji, zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe w GSA, Komisja nie mogła wyłącznie na podstawie rozważań przypomnianych w pkt 698 powyżej i bez zbadania rzeczywistych warunków i sposobów, w jakich przedłużano GSA, treści klauzul przewidujących prawo jednostronnego rozwiązania umowy, które przysługiwało niektórym partnerom bezpośrednim wszystkich stron, ani też warunków, w jakich mogli z tego prawa skorzystać, wykluczyć, że ci partnerzy bezpośredni mieli możliwość zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm po wygaśnięciu poszczególnych GSA, w tym przed ewentualnym przedłużeniem ich obowiązywania, lub przed skorzystaniem z prawa do jednostronnego rozwiązania umowy. Wynika z tego, że w tych okolicznościach Komisja nie mogła również stwierdzić, iż wspomniani partnerzy bezpośredni byli zobowiązani do zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania przez cały łączny okres ich GSA w taki sposób, że wspomniani pośrednicy nie mieli możliwości konkurowania na części tego rynku objętej przez GSA w tym okresie.

701 Wniosku tego nie podważają argumenty Komisji.

702 W pierwszej kolejności, wbrew temu, co zasadniczo twierdzi Komisja, badanie łącznego okresu obowiązywania GSA, w których partnerzy bezpośredni wszystkich stron zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, zidentyfikowane w zaskarżonej decyzji, nie pozwala samo w sobie wykazać, że klauzula wyłączności zawarta w tych GSA wywołała skutek w postaci wykluczenia.

703 W tym względzie należy zauważyć, że Google podniósł w toku postępowania administracyjnego, iż ze względu na ograniczony okres obowiązywania GSA, te, które stanowiły [*poufne*] % całkowitego obrotu AFS pochodzącego od partnerów bezpośrednich w EOG, należało odnowić w okresie od maja 2011 r. do maja 2013 r. Prawdą jest, że Komisja kwestionuje znaczenie tych danych ze względu na to, że dotyczą one wszystkich partnerów bezpośrednich w EOG, a nie tylko partnerów bezpośrednich wszystkich stron. Należy jednak zauważyć, że w zaskarżonej decyzji dokonała ona oceny zdolności konkurujących z Google'm pośredników do dostępu do rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, rozpatrywanego jako całość. Niezakwestionowana okoliczność, że GSA stanowiące [*poufne*] % całkowitego obrotu AFS pochodzącego od partnerów bezpośrednich w EOG należało odnowić w okresie od maja 2011 r. do maja 2013 r., stanowiła zaś istotną okoliczność dla celów badania zdolności klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron do wywołania skutku w postaci wykluczenia, której Komisja nie uwzględniła.

704 W drugiej kolejności Komisja podnosi w odpowiedzi na skargę, że 29 z 34 partnerów bezpośrednich wszystkich stron, którzy zostali zidentyfikowani w zaskarżonej decyzji, zawarło tylko jedną GSA, której albo nie przedłużono, albo przedłużono przed upływem okresu jej obowiązywania. Komisja wnioskuje z tego, że konkurenci Google'a nie mieli możliwości „zdobycia tego rynku".

705 Należy jednak zauważyć, że taka argumentacja nie pojawia się w zaskarżonej decyzji, a ponadto przypomnieć, że – jak wynika z pkt 441 powyżej – Sąd nie może zastąpić uzasadnienia Komisji własnym uzasadnieniem, a Komisja nie może uzupełniać uzasadnienia zaskarżonej decyzji w toku postępowania sądowego.

706 W każdym razie, jeśli chodzi o niektórych partnerów bezpośrednich zidentyfikowanych w odpowiedzi na skargę, należy oczywiście zauważyć, podobnie jak Komisja, że zawarli oni tylko po jednej GSA, która nie została przedłużona, a w której zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe. Jednakże Komisja nie uznała w zaskarżonej decyzji, że klauzula wyłączności, znajdująca się wyłącznie w GSA zawartych z tymi partnerami bezpośrednimi, miała zdolność ograniczenia konkurencji. Ponadto należy stwierdzić, że okres obowiązywania tych GSA, o ile uwzględniano w nich zdaniem Komisji zwykle wszystkie strony internetowe odnośnych partnerów bezpośrednich, wynosił od roku do trzech lat i trzech miesięcy. Bez potrzeby wypowiadania się w kwestii, czy okres obowiązywania tych GSA był w niniejszym przypadku wystarczający, aby umożliwić zawartej w nich klauzuli wyłączności wywołanie skutku w postaci wykluczenia, wystarczy stwierdzić, że wspomniane GSA nie pozwalały na poparcie twierdzenia zawartego w motywie 388 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym partnerzy bezpośredni musieli zaopatrywać się w celu pokrycia całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania przez okres dłuższy niż dziesięć lat. Wreszcie niektóre z tych GSA przewidywały prawo do jednostronnego rozwiązania umowy na rzecz odnośnych partnerów bezpośrednich, ale, jak wskazano w pkt 699 powyżej, Komisja nie zbadała ani treści klauzul przewidujących te prawa, ani rzeczywistych warunków, w jakich mogli oni z tego prawa skorzystać.

707 W odniesieniu do pozostałych partnerów bezpośrednich zidentyfikowanych w odpowiedzi na skargę Komisja podnosi, że niektóre, a nawet wszystkie GSA zawarte przez tych partnerów bezpośrednich, w których zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, zostały przedłużone przed upływem okresu ich obowiązywania. Jednakże wbrew temu, co twierdzi Komisja, niekoniecznie można z tego wywnioskować, że inni pośrednicy nie mogli konkurować z Google'm przed tą datą. Jak podnosi Google, wydaje się bowiem, że Komisja opiera się na niczym niepopartym założeniu, że wspomniani pośrednicy mogli konkurować z Google'm dopiero w momencie odnawiania GSA, czyli w momencie podpisywania nowych GSA, ale nie w momencie przedłużenia okresu obowiązywania istniejących GSA. W szczególności należy stwierdzić, że Komisja nie przedstawia żadnego dowodu pozwalającego uznać, iż negocjacji dotyczących przedłużenia okresu obowiązywania GSA nie można było przeprowadzić po zakończeniu konkurencyjnego postępowania, w ramach którego dany partner bezpośredni porównywał usługi świadczone przez Google'a i jego konkurentów.

708 Ponadto w odpowiedzi na pytanie Sądu zadane na rozprawie Komisja dodała, że pośrednicy konkurujący z Google'm raczej nie znali dat wygaśnięcia GSA partnerów bezpośrednich i że w każdym razie zakładali, iż przedłużono GSA przed upływem okresu ich obowiązywania, w związku z czym nie byli oni w stanie oferować swoich usług wspomnianym partnerom bezpośrednim.

709 Jednakże poza tym, że wyjaśnienia te nie pojawiają się w zaskarżonej decyzji, należy zauważyć, że Komisja nie wskazała powodu, dla którego partnerzy bezpośredni nie mogli powiadomić pośredników konkurujących z Google'm o dacie wygaśnięcia ich GSA, ani rozpocząć negocjacji z nimi przed podjęciem decyzji o ich przedłużeniu.

710 W trzeciej kolejności należy stwierdzić, że Komisja, odesławszy do wyroku z dnia 1 kwietnia 1993 r., BPB Industries i British Gypsum/Komisja (T-65/89, EU:T:1993:31, pkt 73), przytoczonego w przypisie 571 zaskarżonej decyzji, uznała, że nie musiała brać pod uwagę prawa do jednostronnego rozwiązania umowy, które przysługiwało niektórym partnerom bezpośrednim wszystkich stron, ponieważ klauzula wyłączności obowiązywała do momentu skorzystania z tego prawa.

711 Należy jednak przypomnieć, że w wyroku z dnia 1 kwietnia 1993 r., BPB Industries i British Gypsum/Komisja (T-65/89, EU:T:1993:31, pkt 73), Sąd orzekł, iż możliwość zerwania przez klientów stosunków umownych z danym przedsiębiorstwem, które było wówczas dominujące, zasadniczo nie była istotna, ponieważ „prawna możliwość rozwiązania umowy" była „iluzoryczna". Tymczasem w niniejszej sprawie Komisja nie wskazała ani w zaskarżonej decyzji, ani w odpowiedzi na pytania Sądu zadane na rozprawie, że uważa, iż skorzystanie z prawa do jednostronnego rozwiązania umowy przez partnerów bezpośrednich było iluzoryczne.

712 Ponadto Komisja nie twierdziła również, że Google jest nieuniknionym partnerem dla wszystkich lub większości partnerów bezpośrednich w rozumieniu pkt 36 komunikatu Komisji zatytułowanego „Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące".

713 Wynika z tego, że w celu ustalenia, czy pośrednicy konkurujący z Google'm mogli uzyskać dostęp do części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, która była objęta klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z tymi partnerami bezpośrednimi w okresie obowiązywania GSA, Komisja powinna była uwzględnić prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, które przysługiwało niektórym partnerom bezpośrednim.

714 Wniosku tego nie podważa podniesiony przez Komisję w odpowiedzi na skargę fakt, że Google wskazuje tylko ośmiu partnerów bezpośrednich spośród 34 partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji, którym przysługiwało prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, a także fakt, że z tych praw nie można było skorzystać w dowolnym momencie. Jak bowiem podnosi Google i jak wynika z pkt 699 i 700 powyżej, Komisja powinna była zbadać treść klauzul przewidujących te prawa i warunki, na jakich można z nich skorzystać, a także zidentyfikować partnerów bezpośrednich, którzy mogli z nich korzystać, w celu ustalenia, czy prawa te mogły podważyć, przynajmniej w pewnym stopniu, stwierdzony w zaskarżonej decyzji fakt, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron uniemożliwiła konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w okresie obowiązywania tych GSA.

715 Z powyższego wynika, że nawet jeśli nie można zarzucać Komisji uwzględnienia w zaskarżonej decyzji łącznego okresu obowiązywania poszczególnych GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, jako jednej z istotnych okoliczności niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że powinna ona była sprawdzić, czy biorąc pod uwagę kontekst prawny i gospodarczy rozpatrywanej sprawy, partnerzy bezpośredni wszystkich stron mieli możliwość zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm po wygaśnięciu poszczególnych GSA, w tym przed ewentualnym przedłużeniem ich obowiązywania, czy też przed skorzystaniem z prawa do jednostronnego rozwiązania umowy.

5) Wnioski dotyczące braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online

716 Jak wskazano w pkt 650 powyżej, Komisja słusznie uznała, że biorąc pod uwagę pokrycie klauzuli pozycjonowania w świetle okoliczności przypomnianych w pkt 602 powyżej, pokrycie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, mogło być wystarczające, aby umożliwić tej klauzuli wywołanie skutku w postaci wykluczenia w okresie od dnia 1 stycznia 2006 r. do dnia 31 grudnia

2015 r. Ponadto w pkt 682 powyżej wskazano, że Google bezzasadnie twierdzi, iż Komisja nie wykazała, że konkurent równie skuteczny jak Google nie może wejść na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, ani że taki konkurent może zostać wykluczony z tego rynku.

717 Natomiast, po pierwsze, jak wynika z pkt 650 powyżej, Komisja nie wykazała, że klauzula wyłączności mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia ze względu na jej zakres w okresie od 1 stycznia 2016 r. do 31 marca 2016 r. Po drugie, jak wynika z pkt 715 powyżej, Komisja nie uwzględniła wszystkich istotnych okoliczności niniejszej sprawy przy ustalaniu okresu, w którym partnerzy bezpośredni wszystkich stron byli na podstawie owej klauzuli zobowiązani do zaopatrywania się wyłącznie u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania, nawet przy założeniu że obowiązek ten spoczywał na wszystkich bezpośrednich partnerach wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji.

718 Wynika z tego, że wbrew temu, czego wymaga orzecznictwo przypomniane w pkt 107 powyżej, Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem w świetle wszystkich okoliczności niniejszej sprawy, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron miała zdolność do utrudnienia konkurującym z Google'm pośrednikom dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w okresie, w którym obowiązywała ta klauzula.

c) Wnioski w przedmiocie trzeciej części zarzutu drugiego

719 Jak przypomniano w pkt 392 powyżej, w motywie 362 zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności niniejszej sprawy, klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, miała zdolność do ograniczenia konkurencji. Komisja wskazała w tym względzie, że klauzula ta, po pierwsze, zniechęciła tych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom.

720 Jak przypomniano w pkt 393 i 394 powyżej, Komisja uznała zasadniczo, że klauzula wyłączności może wywołać skutek w postaci wykluczenia, instytucja ta bowiem stwierdziła, że klauzula ta, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, z jednej strony zniechęciła ich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm, a z drugiej strony uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Ponadto wywiodła ona z tego skutku w postaci wykluczenia, że wspomniana klauzula mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na właściwych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, i wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

721 Jak przypomniano w pkt 399 powyżej, w motywie 364 zaskarżonej decyzji Komisja, przed zbadaniem skutków każdego z pięciu wskazanych przez nią ograniczeń konkurencji (zob. pkt 719 powyżej), wyjaśniła, że do celów analizy zmierzającej do wykazania, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron ma zdolność do ograniczenia konkurencji, wzięła pod uwagę „okres obowiązywania [tej] klauzuli", odsyłając

w tym względzie do sekcji 8.3.4.2 tej decyzji, dotyczącej braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, i słusznie podkreśliła w ten sposób znaczenie rozważań przedstawionych w motywach 388, 398 i 399 zawartych w tej sekcji. Komisja wskazała również, że wzięła pod uwagę stopień pokrycia rzeczonej klauzuli, który zbadała w tej samej części wspomnianej decyzji. Z umiejscowienia wspomnianego motywu 364 w systematyce spornej decyzji wynika, że Komisja przy badaniu skutków klauzuli wyłączności w ramach każdego z pięciu ograniczeń wskazanych w tej decyzji uwzględniła okres jej obowiązywania oraz stopień pokrycia rynku tą klauzulą.

722 Natomiast, jak wskazano w pkt 717 powyżej, Komisja nie uwzględniła wszystkich istotnych okoliczności niniejszej sprawy w ramach oceny okresu, w którym jej zdaniem na podstawie klauzuli wyłączności partnerzy bezpośredni wszystkich stron byli zobowiązani do zaopatrywania się u Google'a w celu pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania.

723 Ponadto, jak wskazano również w pkt 717 powyżej, Komisja nie wykazała, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych przez partnerów bezpośrednich wszystkich stron mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia ze względu na jej zakres w okresie od 1 stycznia do 31 marca 2016 r.

724 Wynika z tego, że błędy popełnione przez Komisję, przypomniane w pkt 722 i 723 powyżej, dotyczą wszystkich ograniczeń wskazanych przez nią w zaskarżonej decyzji, w związku z czym należy stwierdzić, że Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem, iż klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, miała zdolność odwiedzenia tych partnerów bezpośrednich od zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm lub że miała ona możliwość utrudnienia tym pośrednikom dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG oraz w konsekwencji, że klauzula ta miała zdolność do wywołania stwierdzonego we wspomnianej decyzji skutku w postaci wykluczenia.

725 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja nie wykazała również w sposób wymagany prawem, iż klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu jego pozycji dominującej na rozpatrywanych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

726 Ponadto należy stwierdzić, że w motywach 422 i 423 zaskarżonej decyzji Komisja uznała zasadniczo, iż klauzula angielska wzmocniła skutek w postaci wykluczenia wynikający z klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, jeszcze bardziej zniechęcając tych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników. Jednakże Komisja ani nie wykazała, że klauzula wyłączności zawarta w tych GSA mogła wywołać taki skutek, ani nie twierdziła, że klauzula angielska mogła sama w sobie wywołać taki skutek. W konsekwencji klauzula angielska nie może sama w sobie wystarczyć do wykazania, że klauzula wyłączności zawarta w rzeczonych GSA stanowi naruszenie art. 102 TFUE.

727 Z powyższego wynika, że należy uwzględnić część trzecią zarzutu drugiego, bez konieczności badania pozostałych argumentów Google'a w ramach omawianego zarzutu, a w konsekwencji stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim Komisja stwierdziła w niej, że klauzula wyłączności, znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, stanowi naruszenie art. 102 TFUE.

D. W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego tego, że klauzula pozycjonowania nie stanowiła nadużycia pozycji dominującej

728 W zarzucie trzecim Google zarzuca Komisji, że uznała, iż klauzula pozycjonowania stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. Zarzut ten składa się z dwóch części, z których pierwsza dotyczy błędnej interpretacji zakresu tej klauzuli, a druga – braku ograniczenia konkurencji.

729 Na wstępie należy przypomnieć, że we wzorze GSA z marca 2009 r. klauzula pozycjonowania miała następujące brzmienie:

„Strony uzgadniają, że: […] jeżeli Google świadczy usługę AFS na rzecz Spółki na podstawie Umowy dotyczącej Stron(y), Spółka przez cały czas w Okresie jej obowiązywania zażąda co najmniej trzech (3) Reklam AFS wielkiego formatu Google'a w odniesieniu do każdego Wyszukiwania przeprowadzonego na tej Stronie [tych Stronach], a także jest zobowiązana do wyświetlania Reklam AFS dostarczonych przez Google'a na odnośnych Stronach wyników w taki sposób, że (i) żadna Równoważna Reklama nie pojawi się powyżej takiej Reklamy AFS ani w sposób bezpośrednio do niej przylegający a (ii) Reklamy AFS będą wyświetlane w pojedynczym jednolitym bloku i nie będą oddzielone innymi reklamami ani treściami".

730 W klauzuli 1.1 wzoru GSA z marca 2009 r. wyjaśniono, że wyrażenie „równoważna reklama" należy rozumieć jako odnoszące się do „wszelkich reklam, które są identyczne lub zasadniczo identyczne z reklamami AFS dostarczanymi przez Google'a na podstawie Umowy".

731 W okresie między czerwcem 2010 r. a październikiem 2013 r. klauzula pozycjonowania ze wzoru GSA została dostosowana w następujący sposób w odniesieniu do reklamy na urządzenia mobilne i tablety:

„Strony uzgadniają, że: jeżeli Google świadczy usługę AFS na rzecz Spółki na podstawie umowy dotyczącej Stron(y), Spółka przez cały czas w Okresie jej obowiązywania zażąda […], jeżeli Żądanie AFS pochodzi z wyszukiwania przeprowadzonego przez Użytkownika Końcowego korzystającego z Urządzenia Mobilnego lub Tabletu, co najmniej jednej (1) Reklamy na urządzenia mobilne związanej z Wyszukiwaniem lub co najmniej jednej (1) Reklamy na tablet związanej z wyszukiwaniem […]".

1. W przedmiocie części pierwszej zarzutu trzeciego, dotyczącej błędnej interpretacji zakresu klauzuli pozycjonowania

732 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że klauzula pozycjonowania zastrzega najbardziej widoczną przestrzeń stron internetowych partnerów bezpośrednich dla pochodzących od Google'a reklam związanych z wyszukiwaniem online.

733 Po pierwsze, Komisja stwierdziła, że partnerzy bezpośredni nie mogą wyświetlać konkurencyjnych reklam „nad [reklamami Google'a] lub bezpośrednio obok [nich]". Wywiodła ona z tego, że co do zasady reklamy pochodzące od Google'a są wyświetlane w lewym górnym rogu strony wyników wyszukiwania, nad tymi wynikami. Ponadto Komisja wskazała, że w przypadku gdy w lewym górnym rogu nie wyświetlano żadnej reklamy, reklamy Google'a należało wyświetlać w przestrzeni, którą użytkownik widzi w pierwszej kolejności, a która mogła znajdować się na dole tej strony.

734 Po drugie, Komisja zauważyła, że Google z jednej strony zakwalifikował klauzulę pozycjonowania jako klauzulę „złagodzonej wyłączności", a z drugiej strony w niektórych GSA umieścił tę klauzulę w części zatytułowanej „wyłączność". Ponadto przytoczyła ona odpowiedzi Google'a na prośby niektórych partnerów bezpośrednich, w których wskazano w szczególności, że Google nie życzy sobie, aby konkurencyjne reklamy były wyświetlane w pozycji „korzystniejszej" lub „lepszej" niż jego reklamy.

735 Po trzecie, Komisja uznała, że przestrzeń nad wynikami wyszukiwania jest najbardziej rentowną przestrzenią i że przestrzeń przeznaczona dla konkurencyjnych reklam jest w konsekwencji mniej rentowna.

a) W przedmiocie możliwości wyświetlania konkurencyjnych reklam pod reklamami Google'a

736 Google twierdzi, że Komisja niesłusznie uznała, iż klauzula pozycjonowania zakazywała partnerom bezpośrednim wyświetlania konkurencyjnych reklam poniżej jego reklam. Google zauważa, że wyrażenia „bezpośrednio przylegający" nie można interpretować jako oznaczającego „pionowo przylegający do reklam związanych z wyszukiwaniem w Google'u", ponieważ we wzorze GSA wyjaśniono, że klauzula ta ma zastosowanie do reklam konkurencyjnych wyświetlanych „nad" reklamami Google'a lub w sposób „bezpośrednio [do nich] przylegający". Gdyby bowiem wyrażenie „obok" odnosiło się do reklam wyświetlanych w sposób „pionowo przylegający", to nie byłoby konieczności nawiązywania do reklam wyświetlanych „nad". Ponadto w zaskarżonej decyzji nie wskazano żadnego partnera bezpośredniego, który miałby zinterpretować wyrażenie „przylegający" w taki sam sposób, jak to uczyniła Komisja.

737 Vinden i Surfboard wskazują, że klauzulę pozycjonowania zinterpretowali również w ten sposób, że zezwalała ona na wyświetlanie konkurencyjnych reklam pod reklamami Google'a.

738 Komisja podnosi, że Google nie kwestionuje faktu, iż z powszechnego znaczenia wyrażeń „bezpośrednio" i „przylegający" użytych w klauzuli pozycjonowania wynika, że partnerzy bezpośredni interpretowali tę klauzulę jako zakazującą wyświetlania konkurencyjnych reklam pionowo przylegających do reklam Google'a. Poza tym w wielu GSA wskazano, że zakaz wyświetlania konkurencyjnych reklam w sposób „bezpośrednio przylegający" do reklam Google'a należy interpretować w ten sposób, że konkurencyjne reklamy nie mogą być wyświetlane ani „pod" nimi, ani w sposób „bezpośrednio [do nich] przylegający". Wreszcie w toku postępowania administracyjnego Google zidentyfikował tylko jednego partnera bezpośredniego, który zinterpretował tę klauzulę jako zezwalającą również na wyświetlanie konkurencyjnych reklam poniżej reklam Google'a.

739 W odniesieniu do argumentacji Vindena i Surfboardu Komisja dodaje, że partnerzy ci nie wykazali, iż klauzula pozycjonowania zezwalała na wyświetlanie reklam bezpośrednio poniżej reklam Google'a. W szczególności zauważa ona, że dowody przedstawione przez Vinden pochodzą z 2020 r. i w konsekwencji odnoszą się do okresu, w którym wspomniana klauzula już nie obowiązywała. Z dowodów tych wynika ponadto, że Vinden wyświetlał konkurencyjne reklamy jedynie poniżej wyników wyszukiwania.

740 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w zaskarżonej decyzji Komisja zdefiniowała zakres klauzuli pozycjonowania na różne sposoby. Z jednej strony, jak wynika z pkt 733 powyżej, Komisja ograniczyła się bowiem do wskazania w motywie 465 tej decyzji, że klauzula pozycjonowania zakazywała partnerom bezpośrednim wyświetlania konkurencyjnych reklam

„nad [reklamami Google'a] lub bezpośrednio obok [nich]". Z drugiej strony w motywie 481 tej decyzji, w części jej rozumowania dotyczącej odpowiedzi na argumenty przedstawione przez Google'a w toku postępowania administracyjnego, Komisja wyjaśniła, że wyrażenie „bezpośrednio przylegający" odnosi się również do konkurencyjnych reklam wyświetlanych pod reklamami Google'a.

741 W drugiej kolejności należy zauważyć, że w zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła – oparłszy się na dwóch definicjach angielskiego słowa „adjacent" zawartych w słownikach online *Oxford English Dictionary* i *Merriam Webster* – że słowo to odnosi się również do konkurencyjnych reklam umieszczonych pod reklamami Google'a. Z definicji tych wynika, że wspomniane słowo oznacza, po pierwsze, „sąsiadujący obok lub dołączony w inny sposób", a po drugie, „nieodległy", „posiadający wspólny koniec" i „bezpośrednio poprzedzający lub następujący".

742 Wynika z tego, że o ile prawdą jest, iż słowo „adjacent" może odnosić się do wszystkiego, co może otaczać jakąś rzecz, o tyle z definicji przytoczonych w zaskarżonej decyzji wynika, że słowo to może również konkretnie określać to, co znajduje się „obok" tej rzeczy. W konsekwencji należy uznać, podobnie jak Google, że dokładne znaczenie tego słowa zależy od kontekstu, w jakim jest ono używane, i nie oznacza koniecznie tego, co jest poniżej danej rzeczy.

743 W tym względzie, po pierwsze, należy zauważyć, że Komisja zidentyfikowała w zaskarżonej decyzji osiem GSA, w których wyrażenie „bezpośrednio przylegający" zostało zdefiniowane jako odnoszące się do konkurencyjnych reklam wyświetlanych „pod i w sposób przylegający".

744 Jednakże z jednej strony z załącznika A.53 do skargi, którego treści Komisja nie kwestionuje, wynika, że wbrew temu, co twierdzi Komisja, klauzule ośmiu GSA wymienionych w zaskarżonej decyzji nie definiowały wyrażenia „bezpośrednio przylegający" jako oznaczającego „pod i w sposób przylegający". Ponadto należy zauważyć, że – jak podnosi Google – klauzule te wyjaśniały wprost, iż konkurencyjne reklamy nie mogą być wyświetlane „pod" reklamami Google'a ani „w sposób przylegający" do nich. Sformułowanie wspomnianych klauzul sugeruje zatem, że słowo „adjacente" nie wystarcza samo w sobie, aby odnieść je do konkurencyjnych reklam, które były wyświetlane „pod" reklamami Google'a.

745 Z drugiej strony należy zaznaczyć, że wszystkie osiem GSA wymienionych w zaskarżonej decyzji zostało zawartych z jedną grupą [*poufne*]. W tych okolicznościach, wbrew temu, co twierdzi Komisja, ze szczególnego sformułowania tych ośmiu GSA, uzgodnionego w szczególności z tym bezpośrednim partnerem, nie można w żadnym razie wywieść, że wyrażenie „bezpośrednio przylegający", jeżeli zostało użyte w innych klauzulach tych GSA, miało takie samo znaczenie jak w przypadku GSA zawartych z innymi partnerami bezpośrednimi.

746 Po drugie, należy zauważyć, podobnie jak Google, że okoliczność, iż we wzorze GSA, częściowo przytoczonym w motywie 91 zaskarżonej decyzji, wskazano, że nie można wyświetlać konkurencyjnych reklam „nad" reklamami Google'a lub „w sposób bezpośrednio [do nich] przylegający", sugeruje również, że wyrażenie „bezpośrednio przylegający" nie wystarcza samo w sobie, aby odnieść je do konkurencyjnych reklam, które wyświetlano „nad" reklamami Google'a.

747 W trzeciej kolejności należy zauważyć, że Komisja przyznała w zaskarżonej decyzji, iż jeden z partnerów bezpośrednich zinterpretował klauzulę pozycjonowania w ten sposób, że zezwalała ona na wyświetlanie reklam konkurencyjnych pod reklamami Google'a. Jednakże, wbrew temu, co sugeruje Komisja, z samego faktu, że Google w toku postępowania administracyjnego zidentyfikował w tym względzie tylko jednego partnera bezpośredniego, nie może wynikać, że

pozostali partnerzy bezpośredni dokonaliby odmiennej interpretacji. Po pierwsze, z dokonanego przez partnerów bezpośrednich wyboru, aby nie wyświetlać reklam konkurencyjnych pod reklamami Google'a, nie można bowiem wywnioskować, że wybór ten wynikał wyłącznie z ich interpretacji rzeczonej klauzuli, z wyłączeniem wszelkich innych względów. Po drugie, należy zauważyć, podobnie jak Google, że Komisja nie zidentyfikowała, pomimo uprawnień dochodzeniowych przyznanych jej w rozporządzeniu nr 1/2003, żadnego partnera bezpośredniego, który miałby interpretować tę klauzulę w ten sposób, że zakazywała ona takiego wyświetlania.

748 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja nie wykazała, iż klauzula pozycjonowania zakazywała partnerom bezpośrednim wyświetlania reklam konkurencyjnych pod reklamami Google'a.

b) W przedmiocie przestrzeni generujących najwyższy współczynnik klikalności

749 Google twierdzi, że klauzula pozycjonowania nie wymagała od partnerów bezpośrednich, aby wyświetlali jego reklamy w przestrzeni generującej najwyższy współczynnik klikalności. Z jednej strony stwierdza on bowiem, że reklamy konkurencyjne mogły w niektórych konfiguracjach być wyświetlane w przestrzeniach generujących wyższe współczynniki klikalności niż przestrzenie zastrzeżone dla jego reklam. W tym względzie Google wyjaśnia, że o ile Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, iż wydawcy „rzadko" stosowali te konfiguracje, o tyle wspomniana klauzula ich nie zakazywała. Z drugiej strony Google stwierdza, że partnerzy bezpośredni mogli wyświetlać reklamy konkurencyjne nad wynikami wyszukiwania i że w tych okolicznościach współczynniki klikalności tych reklam oraz jego reklam były porównywalne.

750 Surfboard twierdzi, że klauzula pozycjonowania umożliwiała mu wyświetlanie konkurencyjnych reklam w przestrzeni prowadzącej do współczynników klikalności porównywalnych do współczynników reklam Google'a.

751 Komisja kwestionuje argumenty Google'a i Surfboardu.

752 W tym względzie należy zbadać, po pierwsze, ilustracje przedstawione w załączniku A.52 do skargi, a po drugie, zrzuty ekranu stron wyników wyszukiwania partnerów bezpośrednich odpowiadające rysunkom nr 5 i nr 6 załącznika C.11 do repliki.

1) W przedmiocie ilustracji zamieszczonych w załączniku A.52 do skargi

753 Należy stwierdzić, że załącznik A.52 do skargi przedstawia dwie następujące ilustracje konfiguracji, zgodnych z klauzulą pozycjonowania, które umożliwiają konkurencyjnym reklamom generowanie współczynników klikalności wyższych niż współczynniki reklam pochodzących od Google'a lub z nimi porównywalnych:

Figure 1
Google And Competing Search Ads To The Right Of Search Results And Competing Search Ads Below The Search Results

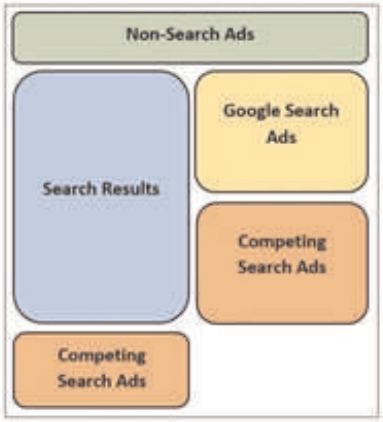


Figure 2
Competing Search Ads Above And To The Right Of The Search Results And Google Search Ads At The Top



754 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z tabel nr nr 18–22 zaskarżonej decyzji wynika, iż w latach 2012–2015 reklamy wyświetlane poniżej wyników wyszukiwania wygenerowały wyższe współczynniki klikalności niż reklamy wyświetlane po prawej stronie tych wyników. W konsekwencji należy uznać, podobnie jak Google, że w konfiguracji odpowiadającej rysunkowi nr 1 konkurencyjne reklamy mogły generować wyższe współczynniki klikalności od współczynników reklam Google'a, czego zresztą Komisja nie kwestionuje.

755 Komisja zauważyła jednak w zaskarżonej decyzji, że partnerzy bezpośredni rzadko wybierają tę konfigurację, czego Google również nie kwestionuje. Chociaż nie wyszczególnia ona wyraźnie powodów tej sytuacji, to jednak z tabel nr nr 18–22 rzeczonej decyzji wynika, że reklamy wyświetlane powyżej wyników wyszukiwania generują najwyższe współczynniki klikalności. Tym samym, nie publikując żadnej reklamy ponad tymi wynikami, partnerzy bezpośredni zgodziliby się na zmniejszenie liczby kliknięć wygenerowanych przez ich strony wyników, a w konsekwencji – ich dochodów. W związku z tym partnerzy bezpośredni musieli zgodzić się na ograniczenie całkowitych dochodów, aby umożliwić konkurencyjnym reklamom generowanie wyższych współczynników klikalności niż reklamy Google'a.

756 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że z uwagi na okoliczności niniejszej sprawy rysunek nr 1 nie ilustruje sytuacji, która w praktyce pozwalałaby partnerom bezpośrednim na przyznanie konkurencyjnym reklamom przestrzeni generującej wyższe współczynniki klikalności niż przestrzenie zarezerwowane dla reklam Google'a.

757 W drugiej kolejności należy zauważyć, że jak wynika z pkt 748 powyżej, partnerzy bezpośredni mogli wyświetlać reklamy konkurencyjne pod reklamami Google'a. Z powyższego wynika, że należy uznać, iż rysunek nr 2 przedstawia konfigurację zgodną z klauzulą pozycjonowania.

758 Jednakże bezsporne jest, że partnerzy bezpośredni musieli wyświetlać co najmniej trzy reklamy Google'a w tym samym „bloku", gdy wyszukiwanie online odbywało się na komputerze.

759 Należy zaś zauważyć, po pierwsze, że wbrew temu, co twierdzi Google, z tabel nr nr 18–22 zaskarżonej decyzji nie wynika, by reklamy wyświetlane na czwartej pozycji nad wynikami wyszukiwania generowały nieco niższy współczynnik klikalności w porównaniu z reklamami wyświetlanymi na trzech pierwszych pozycjach. Dokładniej rzecz ujmując, o ile prawdą jest, że różnica we współczynnikach klikalności między reklamami wyświetlanymi na trzeciej i czwartej pozycji nie jest znacząca – zresztą w 2015 r. współczynnik klikalności reklam wyświetlanych na czwartej pozycji był nawet wyższy niż w przypadku reklam wyświetlanych na trzeciej pozycji – o tyle należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja, że istnieje znaczna różnica między współczynnikami klikalności reklam wyświetlanych na pierwszej pozycji a współczynnikami reklam wyświetlanych na czwartej pozycji. Otóż na przykład w odniesieniu do 2013 r. z poniższej tabeli wynika, że współczynnik klikalności reklam wyświetlanych na czwartej pozycji wynosił [*poufne*] %, podczas gdy współczynnik reklam wyświetlanych na pierwszej pozycji wynosił [*poufne*] %. Wynika z tego, że w 2013 r. reklamy wyświetlane na pierwszej pozycji generowały [*poufne*] % kliknięć więcej niż reklamy wyświetlane na czwartej pozycji. Podobnie w 2015 r. współczynnik klikalności reklam wyświetlanych na czwartej pozycji wynosił [*poufne*] %, podczas gdy współczynnik reklam wyświetlanych na pierwszej pozycji wynosił [*poufne*] %. Wynika z tego, że w 2015 r. reklamy wyświetlane na pierwszej pozycji generowały [*poufne*] % kliknięć więcej niż reklamy wyświetlane na czwartej pozycji:

Rok	2011	2012	2013	2014	2015
Współczynnik klikalności – pierwsza pozycja	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %
Współczynnik klikalności – czwarta pozycja	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %
Wzrost liczby kliknięć między czwartą a pierwszą pozycją	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %	[*poufne*] %

760 Po drugie, w szczególności z trzeciej kolumny tabeli nr 23 zaskarżonej decyzji wynika, że różnica we współczynnikach klikalności między trzema pierwszymi wyświetlanymi reklamami a reklamami pod nimi (ale powyżej wyników wyszukiwania) wzrasta zazwyczaj wraz z liczbą wyświetlanych reklam. Okoliczność wyświetlania większej liczby konkurencyjnych reklam nie podważa zatem faktu, że na rysunku nr 2 reklamy Google'a zajmowały powierzchnie generujące najwyższe współczynniki klikalności.

761 W konsekwencji należy uznać, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż konfiguracja odpowiadająca rysunkowi nr 2 pozwalała konkurencyjnym reklamom generować współczynniki klikalności porównywalne ze współczynnikami reklam Google'a.

2) W przedmiocie rysunków nr 5 i nr 6 załącznika C.11 do repliki

762 Google twierdzi, że partnerzy bezpośredni mogli wyświetlać konkurencyjne reklamy w sposób przylegający do jego reklam, które w ten sposób mogły generować współczynniki klikalności porównywalne z jego reklamami. Odsyła on w tym względzie do zrzutów ekranu stron internetowych dwóch partnerów bezpośrednich, które zostały odtworzone na rysunkach nr 5 i nr 6 załącznika C.11 do repliki.

763 Jednakże w pierwszej kolejności należy zauważyć, że argumentacja Google'a zmierza do podważenia samego brzmienia klauzuli pozycjonowania zakazującej wyświetlania konkurencyjnych reklam w sposób przylegający do jego reklam. Okoliczność, że dwaj partnerzy bezpośredni nie przestrzegali tych warunków w określonym momencie, nie wystarcza zaś do wykazania, że klauzula ta pozwalała na takie wyświetlanie.

764 W drugiej kolejności należy zauważyć, że Google przyznał na rozprawie, po pierwsze, że partnerzy bezpośredni nie mogli wyświetlać konkurencyjnych reklam nad jego reklamami, a po drugie, że rysunki nr 5 i nr 6 załącznika C.11 do repliki ilustrują wyświetlanie konkurencyjnych reklam, które nie znajdowały się nad wynikami wyszukiwania, jak wskazała Komisja w przypisie 81 do dupliki. Wynika z tego, że chodziło o reklamy konkurencyjne, które należy uznać za umiejscowione po prawej stronie strony wyników. Tymczasem z tabel nr nr 18–22 w zaskarżonej decyzji, których treści Google nie kwestionuje, wynika, że takie reklamy generują znacznie niższy współczynnik klikalności niż współczynnik reklam znajdujących się na górze strony wyników.

765 W konsekwencji należy stwierdzić, że nawet przy założeniu, iż rysunki nr 5 i nr 6 załącznika C.11 do repliki ilustrują wyświetlanie konkurencyjnych reklam zgodne z klauzulą pozycjonowania, takie wyświetlanie nie pozwala na generowanie, w odniesieniu do tych reklam, współczynników klikalności porównywalnych ze współczynnikami reklam Google'a.

766 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż partnerzy bezpośredni mogli, zgodnie z klauzulą pozycjonowania, przyjąć konfiguracje, w których konkurencyjne reklamy generowały współczynniki klikalności wyższe niż współczynniki jego reklam lub z nimi porównywalne.

c) Wnioski w przedmiocie części pierwszej zarzutu trzeciego

767 Google nie wykazał, że w praktyce współczynnik klikalności reklam konkurencyjnych może być co najmniej porównywalny ze współczynnikiem jego reklam wyświetlanych zgodnie z klauzulą pozycjonowania. Wynika z tego, że w odniesieniu do reklam związanych z wyszukiwaniem online Komisja słusznie uznała, iż klauzula pozycjonowania zastrzegała dla reklam Google'a najbardziej widoczne miejsca stron wyników partnerów bezpośrednich.

768 W konsekwencji część pierwszą zarzutu trzeciego Google'a należy oddalić jako bezzasadną.

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu trzeciego, dotyczącej braku ograniczenia konkurencji wynikającego z klauzuli pozycjonowania

769 W zaskarżonej decyzji, w jej motywie 494, Komisja uznała, że, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, klauzula pozycjonowania miała zdolność do ograniczenia konkurencji. W tym względzie Komisja zauważyła, że klauzula ta: po pierwsze, zniechęciła

partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom. Ponadto stwierdziła ona, że wiążący charakter makiet zwiększył zdolność rzeczonej klauzuli do ograniczenia konkurencji.

770 W szczególności, jak należy zauważyć, Komisja uznała zasadniczo, że klauzula pozycjonowania miała zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia, instytucja ta stwierdziła bowiem, iż owa klauzula z jednej strony zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a z drugiej strony uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

771 Ponadto należy zauważyć, że ze skutku w postaci wykluczenia wynikającego z klauzuli pozycjonowania Komisja wywnioskowała, iż klauzula ta mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na właściwych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, i wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

772 Przede wszystkim z motywów 530–532 zaskarżonej decyzji wynika bowiem, że skutek w postaci wykluczenia wynikający z klauzuli pozycjonowania uniemożliwiał konkurującym z Google'm pośrednikom dostarczanie i tworzenie różnych reklam związanych z wyszukiwaniem online, w związku z czym klauzula ta zniechęciła ich do inwestowania w innowacje. Następnie z motywu 534 tej decyzji wynika, że skutek w postaci wykluczenia pozbawił wspomnianych pośredników przychodów i danych, które mogliby wykorzystać do celów dostarczania reklam związanych z wyszukiwaniem online. Wreszcie z motywu 539 rzeczonej decyzji wynika, że skutek w postaci wykluczenia umożliwił Google'owi ustalanie cen uiszczanych przez reklamodawców na wysokim poziomie, zwiększając w ten sposób ceny płacone przez konsumentów za towary promowane w reklamach związanych z wyszukiwaniem online. W motywie 540 wspomnianej decyzji Komisja dodała, że fakt, iż wspomniana klauzula mogła szkodzić innowacjom, pozbawił również konsumentów szerszego wyboru reklam związanych z wyszukiwaniem online.

773 Google twierdzi, że klauzula pozycjonowania, po pierwsze, nie wywołała stwierdzonych w zaskarżonej decyzji skutków w postaci wykluczenia, po drugie, nie pomogła mu w utrzymaniu lub umocnieniu jego pozycji dominującej na właściwych krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a po trzecie, nie zaszkodziła ani innowacjom, ani konsumentom. Ponadto Google zarzuca Komisji, że nie wykazała, iż makiety mogły ograniczać konkurencję.

774 Surfboard i Vinden podnoszą, że klauzula pozycjonowania nie miała wpływu na ich zachowanie. Vinden wyjaśnia ponadto, że makiety można było zmieniać, i kwestionuje fakt, że były one wiążące. Surfboard dodaje, że klauzula pozycjonowania była obiektywnie uzasadniona.

775 Na wstępie należy zbadać stwierdzony w zaskarżonej decyzji skutek w postaci wykluczenia wynikający z klauzuli pozycjonowania. Należy zatem przeanalizować, czy klauzula ta mogła z jednej strony zniechęcać partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a z drugiej strony utrudniać tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

776 W tym względzie należy zauważyć, że w motywie 496 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, iż do celów analizy zmierzającej do wykazania, że klauzula pozycjonowania miała zdolność do ograniczenia konkurencji, wzięła ona pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, w tym w szczególności, po pierwsze, wagę pozycji dominującej Google'a, zarówno na właściwych krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online, jak i na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem, a po drugie, stopień pokrycia tego rynku rzeczoną klauzulą, a także „okres obowiązywania [tej] klauzuli". Komisja odesłała w tym względzie, odpowiednio, do sekcji 7, która zawiera rozważania przypomniane w pkt 401–404 powyżej, a także, zasadniczo, do całej sekcji 8.4.4.2 wspomnianej decyzji, dotyczącej niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rzeczonego rynku.

777 Jak wskazano w pkt 400 i 405 powyżej, należy zauważyć z jednej strony, że podejście przyjęte przez Komisję jest zgodne z orzecznictwem, a z drugiej strony, że Google nie kwestionuje treści sekcji 7 zaskarżonej decyzji poza twierdzeniem w ramach zarzutu pierwszego, że Komisja błędnie zdefiniowała rynki właściwe w sekcji 6 tej decyzji.

778 Ponadto, jak wskazano w pkt 767 powyżej, Komisja słusznie uznała, iż klauzula pozycjonowania zastrzegała dla reklam Google'a najbardziej widoczne miejsca stron wyników partnerów bezpośrednich. W konsekwencji należy podnieść, że – jak wynika z motywów 335, 467, motywu 630 pkt 2 oraz z motywów 712 i 718 zaskarżonej decyzji – klauzula pozycjonowania przypominała złagodzoną klauzulę wyłączności w odniesieniu do stron internetowych, które uwzględniono w GSA zawierających tę klauzulę.

779 Tymczasem, jak przypomniano w pkt 406 powyżej, o ile zdolność klauzul wyłączności do wykluczenia konkurentów nie jest automatyczna, jak zresztą ilustruje to pkt 36 komunikatu Komisji zatytułowanego „Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące", o tyle klauzule te, ze względu na swój charakter, budzą uzasadnione obawy w zakresie konkurencji.

780 To właśnie w świetle tych okoliczności należy zbadać w pierwszej kolejności, czy klauzula pozycjonowania miała zdolność do odwiedzenia partnerów bezpośrednich od zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a w drugiej kolejności, czy wspomniana klauzula mogła utrudniać tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

a) W przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli pozycjonowania w stosunku do partnerów bezpośrednich

781 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że klauzula pozycjonowania zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników.

782 W tym względzie, po pierwsze, Komisja stwierdziła w motywie 499 zaskarżonej decyzji, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników. Po drugie, wskazała ona w motywie 500 tej decyzji, że wspomniana klauzula uniemożliwiła rzeczonym partnerom bezpośrednim przyjęcie pewnych konfiguracji w odniesieniu do ich stron wyników, ponieważ byli oni zobowiązani do bezwzględnego wyświetlania co najmniej trzech reklam Google'a w jednym bloku, gdy użytkownik odwiedzał te strony z komputera. Ponadto, w odpowiedzi na argument

Google'a, Komisja uznała w motywie 502 tej decyzji, że w braku klauzuli pozycjonowania partnerzy bezpośredni mieliby interes handlowy w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników.

1) W przedmiocie zdolności klauzuli pozycjonowania do uniemożliwienia partnerom bezpośrednim oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u pośredników konkurujących z Google'm

783 Google twierdzi, po pierwsze, że klauzula pozycjonowania nie mogła przeszkodzić partnerom bezpośrednim w ocenie ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurencyjnych pośredników, a po drugie, że oświadczenia dwóch partnerów bezpośrednich zawarte w motywie 499 zaskarżonej decyzji nie pozwalały na ustalenie, że klauzula ta rzeczywiście uniemożliwiła partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u takich pośredników.

i) W przedmiocie zakresu klauzuli pozycjonowania

784 Google twierdzi zasadniczo, że klauzula pozycjonowania, ze względu na swój zakres, nie mogła przeszkodzić partnerom bezpośrednim w ocenie ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurencyjnych pośredników. W szczególności Google podnosi, że, po pierwsze, partnerzy bezpośredni mieli swobodę wyboru stron internetowych, które chcieli uwzględnić w swoich GSA, po drugie, inni pośrednicy mogli z nim konkurować podczas negocjacji lub renegocjacji tych GSA lub gdy wspomniani partnerzy bezpośredni mieli prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, po trzecie, partnerzy bezpośredni mogli korzystać z AFS, zawierając umowy online, i po czwarte, klauzula pozycjonowania wyraźnie zezwalała na wyświetlanie konkurencyjnych reklam.

785 Vinden utrzymuje, że klauzula pozycjonowania nie zniechęciła jej do wyświetlania konkurencyjnych reklam. Spółka ta wyjaśnia, że zaopatrywała się również w reklamy związane z wyszukiwaniem online u Yahoo! oraz że GSA, którą zawarła, wyraźnie przewidywała, iż może wyświetlać konkurencyjne reklamy.

786 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a i Vindena.

787 W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że – jak wynika z pkt 412–415 powyżej i jak podnosi zasadniczo Komisja – fakt, iż partnerzy bezpośredni mogli swobodnie prowadzić eksperymenty z konkurencyjnymi reklamami na stronach internetowych, które nie były uwzględnione w ich GSA, nie pozwala na ocenę skutku klauzuli pozycjonowania w odniesieniu do stron internetowych, które były uwzględnione w tych GSA. Tak więc okoliczność, że partnerzy bezpośredni mogli wybrać strony internetowe, które uwzględnili w swoich GSA, czy to w trakcie negocjacji, ich renegocjacji, czy też w następstwie skorzystania z prawa do jednostronnego rozwiązania umowy, bądź że mogli zdecydować się na uwzględnienie swoich stron internetowych w umowie online, nie może podważyć faktu, że wspomniana klauzula mogła przez pewien czas uniemożliwiać im ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u pośredników konkurujących z Google'm, przynajmniej w odniesieniu do stron internetowych uwzględnionych w GSA.

788 W drugiej kolejności należy przypomnieć, że – jak wskazano w pkt 767 powyżej – Komisja słusznie uznała, iż klauzula pozycjonowania zastrzega na rzecz reklam związanych z wyszukiwaniem online pochodzących od Google'a najbardziej widoczne miejsca na stronach wyników partnerów bezpośrednich, a zatem miejsca generujące najwyższe współczynniki klikalności. W konsekwencji okoliczność, że klauzula ta zezwalała na wyświetlanie konkurencyjnych reklam, nie podważa faktu, że ograniczała ona siłą rzeczy eksperymenty, jakich mogli dokonywać partnerzy bezpośredni w odniesieniu do wyświetlania tych reklam.

789 W tych okolicznościach należy uznać, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż klauzula pozycjonowania, ze względu na jej zakres, nie mogła uniemożliwić, przynajmniej w pewnym stopniu, partnerom bezpośrednim oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurencyjnych pośredników, w szczególności w odniesieniu do stron internetowych uwzględnionych w GSA zawierających tę klauzulę.

ii) W przedmiocie oświadczeń partnerów bezpośrednich

790 Google zauważa, że w zaskarżonej decyzji Komisja oparła się na oświadczeniach tylko dwóch partnerów bezpośrednich i uznała, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła wszystkim partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u innych pośredników. Ponadto stwierdza ona, że z oświadczeń wielu partnerów bezpośrednich, w tym jednego z dwóch wymienionych w zaskarżonej decyzji, wynika, że wspomniana klauzula nie przeszkodziła im w ocenie takiego interesu.

791 Komisja kwestionuje dopuszczalność argumentacji Google'a zmierzającej do podważenia okoliczności, że partnerzy bezpośredni potwierdzili, iż klauzula pozycjonowania uniemożliwiła im ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u innych pośredników, ze względu na to, że argumentację tę Google przedstawił po raz pierwszy w replice. Ponadto Komisja uważa, że argumentacja ta jest w każdym razie bezzasadna.

– *W przedmiocie dopuszczalności argumentacji Google'a*

792 Prawdą jest, że to na etapie repliki Google zarzuca Komisji, iż oparła się wyłącznie na oświadczeniach dwóch partnerów bezpośrednich, gdy uznała, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła wszystkim partnerom bezpośrednim dokonanie oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurencyjnych pośredników.

793 Jednakże, po pierwsze, należy zauważyć, że Google wyraźnie zakwestionował w pkt 125 i 126 skargi twierdzenie zawarte w motywie 499 zaskarżonej decyzji, iż klauzula pozycjonowania uniemożliwiła partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurencyjnych pośredników.

794 Po drugie, należy stwierdzić, że Google wyjaśnia, iż jego argumentacja, rozwinięta w replice, zmierza do podważenia pkt 273 odpowiedzi na skargę. W tym względzie należy zauważyć, że zgodnie z tym punktem, nie ma znaczenia przywołana przez Google'a w skardze okoliczność, iż trzech innych partnerów bezpośrednich mogło przetestować reklamy konkurencyjne – w szczególności w celu oceny ewentualnego interesu handlowego w uzyskaniu większej ilości reklam – na stronach internetowych podlegających klauzuli uprzedniego zezwolenia. Bezsporne jest zaś to, że – jak wskazano w pkt 594 powyżej – klauzula uprzedniego zezwolenia obowiązywała jedynie wtedy, gdy również obowiązywała klauzula pozycjonowania.

W konsekwencji okoliczność, że partnerzy bezpośredni objęci klauzulą uprzedniego zezwolenia mogli ocenić ewentualny interes handlowy w zaopatrywaniu się u innych pośredników, jest również istotna dla celów badania skutków klauzuli pozycjonowania.

795 W tych okolicznościach należy stwierdzić, w świetle orzecznictwa przypomnianego w pkt 691 powyżej, że argumentacja Google wykazuje dostatecznie ścisły związek z pierwotnie przedstawionymi w skardze zarzutami lub zastrzeżeniami, tak że można ją uważać za wynik zwykłego rozwinięcia debaty w ramach postępowania spornego i stanowi rozszerzenie tych zarzutów. Wbrew temu, co twierdzi Komisja, argumentacji tej nie można zatem odrzucić jako niedopuszczalnej.

– *W przedmiocie zasadności argumentacji Google'a*

796 Jak wynika z orzecznictwa przypomnianego w pkt 111 powyżej, należy co do zasady przypisać dużą wartość dowodową odpowiedziom na żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję.

797 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w motywie 499 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, iż wielu partnerów bezpośrednich potwierdziło, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła im ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników. Cytuje ona w tym względzie odpowiedzi dwóch partnerów bezpośrednich, a mianowicie grupę [*poufne*] i [*poufne*], na żądanie udzielenia informacji z dnia 31 lipca 2015 r. Ponadto z tabeli nr 26 w zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja wskazała 53 partnerów bezpośrednich, którzy zawarli GSA zawierające klauzulę pozycjonowania.

798 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że z motywu 499 zaskarżonej decyzji wynika, iż Komisja nie zamierzała sporządzić wyczerpującego wykazu wszystkich odpowiedzi, które otrzymała w toku postępowania administracyjnego, lecz ograniczyła się do przedstawienia przykładów odpowiedzi potwierdzających fakt, że klauzula pozycjonowania miała zdolność do uniemożliwienia partnerom bezpośrednim oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurującego z Google'm pośrednika.

799 Ponadto należy zauważyć, że Google nie kwestionuje zakresu odpowiedzi grupy [*poufne*], o której mowa w motywie 499 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którą klauzula pozycjonowania zasadniczo miała wpływ na jej strategię reklamową, w szczególności poprzez ograniczenie sposobu, w jaki mogła wyświetlać reklamy pochodzące od konkurentów Google'a, co z kolei uniemożliwiło jej porównanie reklam Google'a z reklamami jego konkurentów.

800 Ponadto w motywie 499 zaskarżonej decyzji Komisja powtórzyła fragment odpowiedzi [*poufne*], z którego wynika, że [*poufne*] chciałby umożliwić konkurowanie w czasie rzeczywistym różnych pośredników w odniesieniu do każdego wyszukiwania online w celu ustalenia, jaką reklamę wyświetlać w miejscach zwykle zarezerwowanych dla reklam Google'a zgodnie z klauzulą pozycjonowania. [*poufne*] wyjaśnił zasadniczo, że klauzula pozycjonowania potencjalnie uniemożliwiła mu skorzystanie ze wzrostu dochodów.

801 Google podnosi, że [*poufne*] również wskazał, iż współpracuje z innym przedsiębiorstwem oprócz Google'a w zakresie „linków sponsorowanych". Należy jednak zauważyć, że Google nie przedstawił żadnego dowodu pozwalającego na odróżnienie tych linków od wyników wyszukiwania wyspecjalizowanego, co do których nie twierdzi on, że należą one do rynku reklamy związanej z wyszukiwaniem online. W każdym razie z faktu, że [*poufne*] korzystał

z usług innego pośrednika oprócz AFS, nie można wywieść, że w braku klauzuli pozycjonowania nie chciał on ocenić interesu handlowego w wyświetlaniu reklam pochodzących od tego innego pośrednika w najbardziej widocznych miejscach na jego stronach wyników.

802 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja słusznie uznała, iż odpowiedź [*poufne*] mogła potwierdzić fakt, że klauzula pozycjonowania była w stanie zniechęcić partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u innych konkurujących z Google'm pośredników w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

803 W drugiej kolejności należy co prawda stwierdzić, podobnie jak Google, że niektórzy inni partnerzy bezpośredni poinformowali Komisję, iż klauzula pozycjonowania nie miała wpływu na ich strategię reklamową.

804 W pierwszej kolejności należy bowiem zauważyć, że na pytanie, w jakim zakresie sporne klauzule miały wpływ na jego strategię reklamową, [*poufne*] odpowiedział, co następuje: „Ponieważ zgodnie z [jego] strategią reklamową […] na jego stronach internetowych Google AdSense for Search nie był jego głównym przedmiotem działalności, klauzule te nie przeszkodziły mu w żadnej innej współpracy z innymi pośrednikami".

805 W tym względzie Komisja twierdzi, że odpowiedź [*poufne*] była pozbawiona znaczenia, ponieważ nie dotyczyła zdolności tego partnera bezpośredniego do oceny konkurencyjnych reklam.

806 Jednakże, po pierwsze, ponieważ pytanie zadane przez Komisję, jak i odpowiedź udzielona przez [*poufne*] dotyczyły strategii reklamowej tego partnera bezpośredniego jako całości, należy zauważyć, że odpowiedź ta siłą rzeczy odnosiła się do zdolności tego partnera bezpośredniego do oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u pośredników innych niż Google. Ponadto należy zauważyć, że odpowiedzi grupy [*poufne*] i [*poufne*], przytoczone w motywie 499 zaskarżonej decyzji, również odpowiadały na to pytanie. Otóż ze wspomnianych odpowiedzi wynika, że grupa [*poufne*] i [*poufne*] uważały również, że zdolność oceny interesu handlowego w zaopatrywaniu się u takich pośredników stanowiła element ich strategii reklamowej.

807 Po drugie, należy stwierdzić, że odpowiedź [*poufne*], w zakresie, w jakim uściślono w niej, że klauzula pozycjonowania „nie przeszkadzała mu w żadnej innej współpracy z innymi pośrednikami", mogła podważyć stwierdzony w zaskarżonej decyzji fakt, że klauzula ta zniechęciła tego partnera bezpośredniego do zaopatrywania się u takich pośredników.

808 W konsekwencji należy zauważyć, że Komisja nie ma podstaw, by twierdzić, iż odpowiedź [*poufne*] była pozbawiona znaczenia.

809 W drugiej kolejności należy zauważyć, że Komisja zwróciła się do [*poufne*] o wyjaśnienie, w jakim zakresie klauzula pozycjonowania uniemożliwiła mu wyświetlanie konkurencyjnych reklam lub w praktyce ograniczała jego zdolność do wyświetlania takich reklam. [*poufne*] odpowiedział, że „klauzula pozycjonowania nie miała na niego wpływu i w związku z tym nigdy jej nie kwestionował, ponieważ zdecydował, że włączenie wielu równoważnych elementów dotyczących wyszukiwania przeprowadzanego przez osoby trzecie szkodziłoby odbiorowi przez użytkownika".

810 W tym względzie Komisja podnosi, że odpowiedź udzielona przez [*poufne*] była pozbawiona znaczenia, ponieważ w odpowiedzi tej uściślono, że „włączenie wielu równoważnych elementów dotyczących wyszukiwania przeprowadzanego przez osoby trzecie szkodziłoby odbiorowi przez użytkownika". Należy jednak zauważyć, że okoliczność, iż partner bezpośredni wyjaśnił powód,

dla którego nie chciał zaopatrywać się u konkurujących z Google'm pośredników, stanowi, przeciwnie, okoliczność mogącą uwiarygodnić twierdzenie, że klauzula pozycjonowania nie zniechęciła tego partnera bezpośredniego do zaopatrywania się u takich pośredników.

811 W konsekwencji należy zauważyć, że Komisja nie ma podstaw, by twierdzić, iż odpowiedź [*poufne*] była pozbawiona znaczenia.

812 W trzeciej kolejności należy stwierdzić, że [*poufne*] poinformował Komisję w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji, że „nie, [jego] współpraca z Google'm nie ograniczała [jego] zdolności […] do podjęcia współpracy z innymi pośrednikami".

813 W tym względzie Komisja podnosi, że odpowiedź [*poufne*] była pozbawiona znaczenia, ponieważ nie dotyczyła klauzuli pozycjonowania. Należy jednak przede wszystkim zaznaczyć, że Komisja nie przedstawia żadnego dowodu na poparcie swojego twierdzenia ani nie kwestionuje faktu, że [*poufne*] był bezpośrednim partnerem objętym GSA. Następnie z dokumentów nr 6 i nr 7 załącznika C.15 do repliki wynika, że rozpatrywane pytanie dotyczyło wszystkich klauzul umów dotyczących AFS i że wspomniana odpowiedź odnosiła się wyraźnie do „współpracy" z Google'm jako całości. Wreszcie należy przypomnieć, że – jak wspomniano w pkt 594 powyżej – wszystkie GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia również zawierały klauzulę pozycjonowania, w związku z czym gdyby ów partner bezpośredni podlegał klauzuli uprzedniego zezwolenia, jak wydaje się sugerować Komisja, podlegałby on siłą rzeczy również klauzuli pozycjonowania.

814 W konsekwencji należy zauważyć, że Komisja nie ma podstaw, by twierdzić, iż odpowiedź [*poufne*] była pozbawiona znaczenia.

815 W czwartej kolejności należy zauważyć, że dyrektor prawny [*poufne*], która jest spółką dominującą [*poufne*], w piśmie z dnia 31 października 2016 r. przekazanym Komisji w załączniku do odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oświadczył, co następuje: „Klauzula pozycjonowania nie miała na nas żadnego wpływu. Jak wspomniano powyżej, odsunęliśmy od Google'a użytkowników, kierując nasz ruch wyszukiwań do [*poufne*], która jest domeną, którą zdecydowaliśmy się monetyzować za pomocą reklam związanych z wyszukiwaniem Yahoo! zamiast AFS".

816 W tym względzie Komisja twierdzi, że pismo to jest pozbawione znaczenia, ponieważ [*poufne*] nie twierdziła, że konkurencyjne reklamy generowały współczynnik klikalności porównywalny ze wskaźnikiem reklam Google'a. Dodaje ona, że w każdym razie wartość dowodowa wspomnianego pisma była ograniczona, ponieważ nie zna ona „kontekstu", w jakim Google je uzyskał.

817 Jednakże, po pierwsze, należy zauważyć, że [*poufne*] nie musiała wskazywać, że konkurencyjne reklamy mogły generować współczynnik klikalności porównywalny ze współczynnikiem reklam Google'a, aby wyjaśnić, że klauzula pozycjonowania nie zniechęciła jej do zaopatrywania się u innego pośrednika. Ponadto żadna z odpowiedzi obu partnerów bezpośrednich, o których mowa w motywie 499 zaskarżonej decyzji, nie wspomina o porównaniu współczynników klikalności między reklamami Google'a a reklamami pochodzącymi od innych pośredników.

818 Po drugie, należy zauważyć, że Komisja nie twierdzi, iż pismo [*poufne*] było pozbawione jakiejkolwiek wartości dowodowej. Ponadto w każdym razie w świetle pkt 512–514 powyżej Komisja nie mogła zakwestionować znaczenia pisma [*poufne*] z tego tylko powodu, że zostało ono przedstawione przez Google'a, podczas gdy mogła ona zwrócić się bezpośrednio do [*poufne*] o dodatkowe informacje na podstawie art. 18 rozporządzenia nr 1/2003.

819 W konsekwencji należy zauważyć, że Komisja nie ma podstaw, by twierdzić, iż odpowiedź [*poufne*] była pozbawiona znaczenia.

820 Należy natomiast stwierdzić, że pozostałe odpowiedzi, na które powołuje się Google, nie pozwalają na ustalenie, czy odnośni partnerzy bezpośredni uznali, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła im ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u pośredników konkurujących z Google'm.

821 Przede wszystkim odpowiedzi [*poufne*] i [*poufne*] wskazują bowiem, że możliwe było wyświetlanie konkurencyjnych reklam, że Google nie domagał się zmiany wyświetlania tych reklam przez kilka lat i że możliwe było przetestowanie różnych miejsc dla reklam Google'a. Nie wyjaśniają one natomiast, czy miejsce zarezerwowane w praktyce dla reklam Google'a uniemożliwiło partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników.

822 Następnie fragmenty odpowiedzi grupy [*poufne*], na które powołuje się Google, są niejednoznaczne. Prawdą jest bowiem, że grupa [*poufne*] odpowiedziała „nie" na pytanie, czy klauzula pozycjonowania uniemożliwiła jej wyświetlanie konkurencyjnych reklam w latach 2011–2014, czy też w praktyce ograniczała jej zdolność do wyświetlania takich reklam w tym samym okresie. Należy jednak zauważyć, że grupa ta również chciała zniuansować tę odpowiedź, dodając następujące zdanie: „Jednakże odsyłamy do naszej wcześniejszej odpowiedzi w odniesieniu do takich klauzul zamieszczonych w umowach zawartych z Google'm przed tym okresem". Google nie przedstawił zaś tej „wcześniejszej odpowiedzi", do której odnosiła się wspomniana grupa.

823 Wreszcie, co się tyczy Vindena, oświadczenie, na które powołuje się Google, ogranicza się do opisania w sposób bardzo zwięzły treści klauzuli pozycjonowania, w związku z czym nie wydaje się możliwe wyciągnięcie z niej wniosku w odniesieniu do ewentualnych skutków tej klauzuli w postaci wykluczenia.

824 Niemniej jednak Vinden twierdzi przed Sądem, że klauzula pozycjonowania reklamowego nie miała wpływu na strategię reklamową tej spółki, ponieważ AFS generował wyższe dochody niż inne konkurencyjne usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Należy jednak uznać, że twierdzenie to nie wystarcza, nawet przy uwzględnieniu odpowiedzi [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], do podważenia zakresu odpowiedzi grupy [*poufne*] i [*poufne*], o których mowa w motywie 499 zaskarżonej decyzji.

825 W tych okolicznościach, jak wynika z pkt 802 powyżej, Komisja mogła słusznie wziąć pod uwagę przytoczone w motywie 499 zaskarżonej decyzji przykłady odpowiedzi partnerów bezpośrednich jako elementy mogące potwierdzić jej ocenę, zgodnie z którą klauzula pozycjonowania mogła uniemożliwić partnerom bezpośrednim dokonanie oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u pośredników konkurujących z Google'm, nawet jeśli inni partnerzy bezpośredni poinformowali ją, że klauzula ta nie miała na nich wpływu.

2) W przedmiocie zdolności klauzuli pozycjonowania do uniemożliwienia partnerom bezpośrednim przyjęcia pewnych konfiguracji w odniesieniu do ich stron wyników, gdy użytkownik odwiedzał te strony z komputera

826 Google podnosi, że większość partnerów bezpośrednich żądała, aby ich strony internetowe wyświetlały więcej reklam pochodzących od Google'a niż wymagała tego klauzula pozycjonowania. W szczególności spółka ta podnosi, że partnerzy bezpośredni, którzy średnio żądali od niej mniej niż cztery reklamy, wygenerowali mniej niż [*poufne*] % dochodów AFS w latach 2011–2015. Ponadto z akt Komisji wynika, że większość partnerów bezpośrednich żądała średnio ponad siedmiu reklam Google'a. Google twierdzi zatem, że obowiązek wyświetlania co najmniej trzech reklam nie miał żadnego wpływu na tych partnerów bezpośrednich.

827 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

828 W tym względzie należy przypomnieć, że jak wynika z pkt 781 i 782 powyżej, Komisja uznała w motywie 500 zaskarżonej decyzji, iż klauzula pozycjonowania zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników w szczególności ze względu na to, że klauzula ta uniemożliwiła rzeczonym partnerom bezpośrednim przyjęcie pewnych konfiguracji w odniesieniu do ich stron wyników, ponieważ byli oni zobowiązani do bezwzględnego wyświetlania co najmniej trzech reklam Google'a w bloku, gdy użytkownik odwiedzał te strony z komputera.

829 Zdaniem Komisji klauzula pozycjonowania zniechęcała w szczególności partnerów bezpośrednich, którzy chcieli wyświetlać jedynie co najwyżej trzy reklamy związane z wyszukiwaniem online do zaopatrywania się u konkurującego z Google'm pośrednika, ponieważ w takim przypadku partnerzy bezpośredni mogliby wyświetlać jedynie reklamy pochodzące od Google'a.

830 Tymczasem w tym względzie, po pierwsze, należy stwierdzić, że Komisja nie wskazała w motywie 500 zaskarżonej decyzji odsetka partnerów bezpośrednich, którzy chcieli wyświetlać co najwyżej trzy reklamy związane z wyszukiwaniem online.

831 Po drugie, należy zauważyć, że niezakwestionowana przez Komisję okoliczność, iż partnerzy bezpośredni żądający wyświetlania mniej niż czterech reklam związanych z wyszukiwaniem online stanowili mniej niż [*poufne*] % dochodów AFS w latach 2011–2015, jest istotna dla oceny skutku w postaci wykluczenia wynikającego z wymogu wyświetlania co najmniej trzech reklam Google'a. Jest tak, tym bardziej że okoliczność, również niekwestionowana przez Komisję, iż większość partnerów bezpośrednich wyświetlała średnio ponad siedem reklam Google'a, sugeruje, że całkowita liczba partnerów bezpośrednich pragnących wyświetlać co najwyżej trzy reklamy związane z wyszukiwaniem online była niewielka.

832 Należy jednak zauważyć, że okoliczność ta dotyczy tylko jednego aspektu klauzuli pozycjonowania, a mianowicie wymogu, aby partner bezpośredni wyświetlał co najmniej trzy reklamy Google'a. Pozostaje ona zatem bez wpływu na inne aspekty tej klauzuli, w szczególności na wymóg zarezerwowania dla reklam Google'a najbardziej widocznych miejsc na stronach wyników partnerów bezpośrednich i wyświetlania ich w bloku. W konsekwencji okoliczność, o której mowa w pkt 831 powyżej, nie pozwala sama w sobie na uznanie, że w braku tej klauzuli

niektórzy partnerzy bezpośredni nie wyświetlaliby konkurencyjnych reklam w miejscach generujących większe dochody, a zatem nie zaopatrywaliby się u pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia większej części swojego zapotrzebowania.

3) W przedmiocie interesu handlowego partnerów bezpośrednich w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników w braku klauzuli pozycjonowania

833 Google podnosi, że większość partnerów bezpośrednich zaopatrywała się u niego, również w przypadku braku klauzuli pozycjonowania. W tym względzie zarzuca on zasadniczo Komisji, że nie uwzględniła faktu, iż wydawcy wybierali AFS ze względu na to, że była usługą o najwyższej jakości i że w konsekwencji wydawcy nie mieli żadnego interesu, z handlowego punktu widzenia, w zaopatrywaniu się u innych pośredników.

834 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

835 Przede wszystkim, jak wskazano w pkt 108 powyżej, z orzecznictwa wynika, że w celu wykazania nieuczciwego charakteru klauzuli pozycjonowania Komisja nie była zobowiązana do wykazania, że klauzula ta rzeczywiście wywołała skutki antykonkurencyjne, lecz jedynie, że w okolicznościach niniejszej sprawy miała zdolność do ograniczenia konkurencji.

836 Należy zauważyć, że stwierdziwszy w motywie 499 zaskarżonej decyzji, iż klauzula pozycjonowania uniemożliwiła partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników, Komisja stwierdziła w motywie 502 tej decyzji, że przynajmniej niektórzy partnerzy bezpośredni mieli w każdym razie interes handlowy w jednoczesnym zaopatrywaniu się u wielu pośredników w braku klauzuli pozycjonowania.

837 W tym względzie z pkt 825 powyżej wynika, że Komisja słusznie uznała w motywie 499 zaskarżonej decyzji, iż okoliczność, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła partnerom bezpośrednim ocenę interesu handlowego w zaopatrywaniu się u innych pośredników, pozwala jej stwierdzić, że klauzula ta mogła zniechęcić tych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u tych pośredników.

838 Z pkt 825 i 832 powyżej wynika, że dowody przedstawione przez Google'a nie wystarczają, aby uznać, iż w braku klauzuli pozycjonowania niektórzy partnerzy bezpośredni nie zaopatrywaliby się u pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia większej części swojego zapotrzebowania. Komisja mogła bowiem słusznie uznać w motywie 500 zaskarżonej decyzji, że wspomniana klauzula miała zdolność do uniemożliwienia partnerom bezpośrednim przyjęcia pewnych konfiguracji w odniesieniu do ich stron wyników, gdy użytkownik odwiedzał te strony z komputera.

839 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja mogła ograniczyć się do wykazania, iż partnerzy bezpośredni zamierzali ocenić interes handlowy w zaopatrywaniu się u innych pośredników, bez konieczności wykazania ponadto, że gdyby mogli dokonać tej oceny, faktycznie postanowiliby zaopatrywać się u takich pośredników w braku klauzuli pozycjonowania.

840 Partnerzy bezpośredni, przed podjęciem decyzji, czy chcieli zaopatrywać się u takiego pośrednika, musieli bowiem siłą rzeczy ocenić, czy mieli w tym interes handlowy. Wynika z tego, że skoro klauzula pozycjonowania uniemożliwiła im dokonanie takiej oceny, Komisja mogła uznać, że klauzula ta miała zdolność do ograniczenia konkurencji poprzez zniechęcenie ich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników.

841 Wreszcie należy zauważyć, że – jak wynika z motywu 504 zaskarżonej decyzji – okoliczność, iż Google zamieścił klauzulę pozycjonowania w GSA, stanowiła wskazówkę, że pomimo jakoby lepszej jakości AFS uważał on, iż w braku tej klauzuli partnerzy bezpośredni mieliby interes handlowy w zaopatrywaniu się u innych pośredników.

842 Ponadto zawarte w motywie 505 zaskarżonej decyzji oświadczenie [*poufne*], zgodnie z którym partnerzy bezpośredni, „jeżeli jest to możliwe, chcieliby uniknąć współpracy z Google'm", potwierdza, że przynajmniej niektórzy z nich mieli interes handlowy w zaopatrywaniu się u pośredników konkurujących z Google'm.

4) Wnioski w przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli pozycjonowania w stosunku do partnerów bezpośrednich

843 Z całości powyższych rozważań wynika, że z zastrzeżeniem zbadania wszystkich innych istotnych okoliczności, a w szczególności okresu obowiązywania klauzuli pozycjonowania (zob. pkt 848 poniżej), Komisja słusznie uznała, że klauzula ta, która uniemożliwiała partnerom bezpośrednim wyświetlanie konkurencyjnych reklam na najbardziej widocznych miejscach na ich stronach wyników, mogła zniechęcić niektórych z nich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

844 Po pierwsze, należy bowiem zauważyć, że – jak wspomniano w pkt 825 powyżej – Komisja mogła słusznie wziąć pod uwagę przytoczone w motywie 499 zaskarżonej decyzji przykłady odpowiedzi partnerów bezpośrednich jako elementy mogące potwierdzić jej ocenę, zgodnie z którą klauzula pozycjonowania mogła zniechęcić ich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania.

845 Po drugie, należy stwierdzić, że – jak wskazano w pkt 832 powyżej – sama okoliczność, iż większość partnerów bezpośrednich, w tym partnerów osiągających najwyższe dochody, postanowiła wyświetlać więcej niż trzy reklamy Google'a, nie pozwala sama w sobie na uznanie, że w braku tej klauzuli partnerzy bezpośredni nie wyświetlaliby reklam pochodzących od konkurujących z Google'm pośredników w miejscach generujących większe dochody.

846 Po trzecie, należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja w motywach 230 i 276 zaskarżonej decyzji, że udział Google'a w rynku w latach 2006–2016 wzrósł na większości rozpatrywanych rynków krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a także na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem. Tak więc w 2016 r. na tych rynkach nie było prawie żadnych konkurentów dla Google'a. Ponadto wspomniane rynki charakteryzowały się istnieniem znacznych barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju oraz brakiem wyrównawczej siły nabywczej ze strony reklamodawców i wydawców. W szczególności efekty skali i sieciowe utrudniły pojawienie się nowych konkurentów.

847 W tych okolicznościach należy uznać, że wbrew temu, co twierdzi Google, sam fakt, iż klauzula pozycjonowania wywarła wpływ jedynie na zachowanie niektórych partnerów bezpośrednich, nie wystarcza do wykazania, że klauzula ta nie miała zdolności do ograniczenia konkurencji.

848 W konsekwencji należy uznać, że klauzula pozycjonowania mogła mieć zdolność do wywołania stwierdzonego w zaskarżonej decyzji skutku w postaci wykluczenia. Jednakże, jak przypomniano w pkt 776 i 777 powyżej, kwestia, czy klauzula ta miała taką zdolność, zależy również od zbadania wszystkich innych istotnych okoliczności, a w szczególności okresu, w którym partnerzy bezpośredni byli zobowiązani, biorąc pod uwagę tę klauzulę, do zarezerwowania dla reklam Google'a najbardziej widocznych miejsc na ich stronach wyników, jak zresztą słusznie wskazała Komisja w motywie 496 zaskarżonej decyzji.

b) W przedmiocie niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online

849 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła partnerom bezpośrednim dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. W tym względzie wskazała ona, po pierwsze, że dochody brutto wygenerowane przez GSA zawierające tę klauzulę stanowiły znaczący udział w tym rynku. Po drugie, Komisja stwierdziła, że wspomniana klauzula miała zastosowanie do niektórych najczęściej odwiedzanych stron internetowych w EOG. Po trzecie, uznała ona, że rozpatrywana klauzula, zobowiązując partnerów bezpośrednich do wyświetlania co najmniej trzech reklam Google'a „dużego formatu" związanych z wyszukiwaniem online na komputerze i co najmniej jednej reklamy Google'a związanej z wyszukiwaniem online na urządzeniach mobilnych, pozbawiła konkurentów Google'a znacznych dochodów z wyświetlania takich reklam. Po czwarte, zauważyła ona, że liczba wyszukiwań przeprowadzonych na wszystkich stronach internetowych partnerów bezpośrednich była znacząca w świetle całości wyszukiwań online przeprowadzonych w EOG. Po piąte, uznała ona, że średni okres obowiązywania GSA zawierających sporną klauzulę był długi. Po szóste, Komisja wskazała, że fakt, iż rzeczona klauzula utrudnia konkurentom Google'a dostęp do znaczącego udziału w tym rynku, znajduje odzwierciedlenie w zmianach udziałów Google'a w rynku.

1) W przedmiocie stosowania klauzuli pozycjonowania w niektórych formatach reklam związanych z wyszukiwaniem online

850 Google podnosi, że klauzula pozycjonowania nie miała zastosowania do niektórych formatów reklam związanych z wyszukiwaniem online, takich jak PLA, ani do reklam niezwiązanych z takim wyszukiwaniem. Wywodzi on z tego, że Komisja niesłusznie uznała, iż klauzula ta zastrzegała dla jego reklam związanych z wyszukiwaniem online najbardziej widoczną przestrzeń stron wyników partnerów bezpośrednich.

851 W tym względzie wystarczy stwierdzić, że – jak wynika z pkt 568–571 powyżej – okoliczność, iż klauzula pozycjonowania nie ma zastosowania do niektórych formatów reklam związanych z wyszukiwaniem online, w tym PLA, ani do reklam niezwiązanych z takim wyszukiwaniem, nie pozwala podważyć faktu, że klauzula ta utrudniała konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Należy bowiem zauważyć, że Google nie wykazał, również w ramach zarzutu pierwszego, że PLA, reklamy związane z wyszukiwaniem online i reklamy niezwiązane z tym wyszukiwaniem należą do tego samego rynku, w związku z czym nie wykazał również, że do tego samego rynku należą usługi pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, usługi niezwiązane z wyszukiwaniem online oraz usługi związane z wynikami wyszukiwania wyspecjalizowanego.

2) W przedmiocie pokrycia rynku klauzulą pozycjonowania

852 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, po pierwsze, że w latach 2009–2015 z jednej strony dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania stanowiły między [*poufne*] a [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, a z drugiej strony, że te dochody brutto i dochody generowane przez GSA zawierające klauzulę wyłączności i zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron stanowiły łącznie między [*poufne*] a [*poufne*] % tego rynku.

853 Po drugie, Komisja podniosła, odwołując się do badania Microsoftu, o którym mowa w pkt 576 powyżej, że klauzula pozycjonowania ma zastosowanie do niektórych z najczęściej odwiedzanych stron internetowych w EOG. Wyjaśniła ona ponadto, że liczba wyszukiwań online przeprowadzonych na stronach internetowych partnerów bezpośrednich stanowi znaczną część wszystkich wyszukiwań online przeprowadzonych w tej przestrzeni.

i) W przedmiocie części rynku pokrytej klauzulą pozycjonowania

854 Po pierwsze, Google zarzuca Komisji, że do celów oceny skutków klauzuli pozycjonowania uwzględniła z jednej strony dochody generowane przez GSA zawierające klauzulę wyłączności zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, a z drugiej strony dochody generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania, w których partnerzy bezpośredni nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych. W tym względzie stwierdza on, że Komisja uwzględniła dochody wygenerowane przez GSA zawarte z [*poufne*] i [*poufne*], podczas gdy nie byli oni objęci klauzulą pozycjonowania. Po drugie, podnosi on, że Komisja powinna była uwzględnić okoliczność, iż znaczna część, wynosząca co najmniej [*poufne*] % dochodów w EOG z tytułu usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online pozostawała „dostępna” dla jego konkurentów. Po trzecie, Google zauważa, że Komisja nie dokonała oceny pokrycia klauzuli pozycjonowania za rok 2016.

855 Komisja twierdzi, po pierwsze, że począwszy od 2009 r. Google stopniowo zaczął zastępować klauzulę wyłączności klauzulą pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia, po drugie, że dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania stanowiły znaczącą część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, a po trzecie, że z zaskarżonej decyzji wynika, iż Google poinformował w dniu 6 września 2016 r. ostatniego partnera bezpośredniego o swojej decyzji o odstąpieniu od stosowania klauzul pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia. Komisja dodaje, że do dnia 3 czerwca 2016 r. niektórzy partnerzy bezpośredni, w tym znaczący partnerzy bezpośredni, byli stronami GSA zawierających klauzulę pozycjonowania (zob. pkt 634 powyżej).

856 W tym względzie należy przypomnieć, jak wskazano w pkt 599 powyżej, że Komisja uznała, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron z jednej strony oraz klauzula pozycjonowania z drugiej strony mogą ograniczać część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, do której konkurenci Google'a mogli mieć dostęp. Ponadto, jak wskazano w pkt 601 powyżej, bezsporne jest, że klauzule te obejmowały jednocześnie różne części wspomnianego rynku.

857 W konsekwencji, jak wynika z pkt 603 powyżej, nie można uznać, że Komisja naruszyła prawo jedynie ze względu na to, iż uwzględniła pokrycie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w celu ustalenia, czy stopień pokrycia klauzuli pozycjonowania był wystarczający, aby utrudnić konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku właściwego.

858 Wynika z tego, że nie można zarzucać Komisji, iż uwzględniła GSA zawarte przez partnerów bezpośrednich, w tym [*poufne*] i [*poufne*], którzy nie byli objęci klauzulą pozycjonowania, ani że uwzględniła GSA zawierające tę klauzulę, ale w których partnerzy bezpośredni zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych.

859 Ponadto w pkt 650 powyżej wskazano, że nawet przy najkorzystniejszej dla Google'a hipotezie łączny stopień pokrycia klauzuli wyłączności zawartej w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, z jednej strony, i klauzuli pozycjonowania, z drugiej strony, mógł być wystarczający, aby klauzule te miały zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia w latach 2006–2015.

860 W tych okolicznościach należy uznać, że podniesiona przez Google'a okoliczność, zgodnie z którą klauzula pozycjonowania nie pokrywała znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, nie pozwala wykluczyć, że klauzula ta mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia.

861 Należy natomiast przypomnieć, jak wspomniano w pkt 641 powyżej, że Komisja nie wykazała, iż klauzule wyłączności i pozycjonowania mogły utrudniać konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w 2016 r.

ii) W przedmiocie ruchu i liczby wyszukiwań online stron internetowych objętych klauzulą pozycjonowania

862 Google uważa zasadniczo, że ze względów przedstawionych w pkt 642 powyżej badanie Microsoftu nie pozwalało na wykazanie istnienia związku przyczynowego między okolicznością, że klauzula pozycjonowania ma zastosowanie do niektórych najczęściej odwiedzanych stron internetowych w EOG, a okolicznością, że klauzula ta uniemożliwiła jego konkurentom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

863 Ponadto Google podnosi, że wbrew temu, co zostało wskazane w zaskarżonej decyzji, Komisja nie wykazała, iż liczba wyszukiwań online przeprowadzonych na stronach internetowych partnerów bezpośrednich stanowiła znaczną część wszystkich wyszukiwań online przeprowadzonych w EOG. Tabela nr 27 tej decyzji miała wyróżnić odsetek wyszukiwań online przeprowadzonych na stronach internetowych dwudziestu najważniejszych partnerów bezpośrednich, uwzględniając strony internetowe, które nie były objęte klauzulą pozycjonowania, i dotyczyła jedynie roku 2015 i pięciu państw członkowskich EOG.

864 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

865 Po pierwsze, w motywie 515 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, odsyłając do badania Microsoftu, o którym mowa w motywie 390 tej decyzji, że „niektóre" najczęściej odwiedzane strony w EOG są objęte klauzulą pozycjonowania.

866 W tym względzie należy podnieść, że jak wynika z pkt 628 powyżej, Komisja określiła w zaskarżonej decyzji dokładny stopień pokrycia klauzuli pozycjonowania na podstawie dochodów brutto generowanych przez GSA zawierające tę klauzulę.

867 Jak zostało podniesione w pkt 646 powyżej, w badaniu Microsoftu, o którym mowa w motywie 390 zaskarżonej decyzji, ustalono, że Google zapewniał od [*poufne*] do [*poufne*] % najczęściej odwiedzanych nazw domen w Niemczech, Hiszpanii, Francji, Włoszech i Zjednoczonym Królestwie w 2010 r. w ramach usług pośrednictwa reklamowego związanych z wyszukiwaniem w Internecie. Prawdą jest, jak podnosi Google, że wspomniane badanie dotyczy tylko jednego roku okresu naruszenia i pięciu państw członkowskich. Podobnie Google słusznie podnosi, że badanie to nie pozwala na identyfikację ruchu generowanego szczególnie przez strony internetowe objęte klauzulą pozycjonowania. Wreszcie zasadnie zauważa on, że liczba wizyt na stronie internetowej niekoniecznie stanowi wiarygodne wskazanie dochodów pochodzących z reklamy związanej z wyszukiwaniem online.

868 Niemniej jednak z jednej strony badanie Microsoftu stanowi dodatkową wskazówkę pozwalającą ocenić znaczenie świadczonych przez Google'a usług pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, a także pokrycie wspomnianą klauzulą rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, ponieważ przede wszystkim dotyczy ono pięciu największych państw członkowskich EOG, następnie bezsporne jest, że przynajmniej niektóre strony internetowe objęte tym badaniem podlegały klauzuli pozycjonowania, a wreszcie istnieje pewna korelacja między liczbą wizyt na stronie internetowej a dochodami pochodzącymi z reklamy związanej z wyszukiwaniem online.

869 Z drugiej strony i w każdym razie Komisja nie oparła swojego obliczenia stopnia pokrycia klauzuli pozycjonowania na badaniu Microsoftu, w związku z tym nawet przy założeniu, iż argumenty Google'a w tym względzie były zasadne, nie miałoby to wpływu na dokonane przez Komisję obliczenie wspomnianego stopnia.

870 Po drugie, należy podnieść, że w tabeli nr 27 zaskarżonej decyzji Komisja wyłączyła z całkowitej liczby wyszukiwań online w EOG wyszukiwania online przeprowadzone w wyszukiwarkach Google'a, Microsoftu, Yahoo!, Yandexu i Baidu oraz wyszukiwania online na stronach internetowych należących do Microsoftu i Yahoo!. Tak więc, wbrew temu, co sugeruje Google, Komisja nie mogła wykluczyć tych samych wyszukiwań online z całkowitej liczby wyszukiwań online przeprowadzonych na stronach internetowych dwudziestu najważniejszych partnerów bezpośrednich, ponieważ bezsporne jest, że żadna GSA nie miała zastosowania do stron internetowych, na których dokonano tych wyszukiwań online.

871 Należy jednak zauważyć, że Google słusznie podnosi, iż tabela nr 27 zaskarżonej decyzji dotyczyła tylko jednego roku z okresu naruszenia od dnia 31 marca 2009 r. do dnia 6 września 2016 r. i że dotyczyła ona jedynie pięciu z 31 państw członkowskich EOG w tym okresie. Ponadto należy zauważyć, że Komisja przyznaje, iż trzech z dwudziestu partnerów bezpośrednich, których zidentyfikowała, nie podlegało klauzuli pozycjonowania. Z jednej strony Komisja zaś nie sprecyzowała odsetka wyszukiwań online generowanych przez strony internetowe tych trzech partnerów bezpośrednich. Z drugiej strony, choć podnosi ona, że dwaj partnerzy z tych trzech partnerów bezpośrednich byli objęci klauzulą wyłączności, należy zaznaczyć, że okoliczności tej nie przedstawiono w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji i że w każdym razie Komisja nie twierdzi, iż ci dwaj partnerzy bezpośredni znajdowali się wśród partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w motywie 348 tej decyzji.

872 W konsekwencji należy uznać, że wspomniana w motywie 518 zaskarżonej decyzji okoliczność, iż liczba wyszukiwań online przeprowadzonych na stronach internetowych partnerów bezpośrednich stanowiła znaczną część wszystkich wyszukiwań online przeprowadzonych w 2015 r. w Niemczech, Hiszpanii, we Francji, we Włoszech i w Zjednoczonym Królestwie, nie wystarczy, aby wykazać, że liczba wyszukiwań online przeprowadzonych w EOG na stronach internetowych objętych indywidualnie klauzulą pozycjonowania stanowiła znaczną część wszystkich wyszukiwań online przeprowadzonych w okresie od dnia 31 marca 2009 r. do dnia 6 września 2016 r. w EOG.

873 Niemniej jednak należy zauważyć, że kwestia, czy strony internetowe objęte indywidualnie klauzulą pozycjonowania doprowadziły do dużej liczby wyszukiwań online, stanowi jedynie wskazówkę pozwalającą ocenić znaczenie pokrycia rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w całości wspomnianą klauzulą.

874 Tymczasem, jak przypomniano w pkt 866 powyżej, Komisja określiła ponadto stopień pokrycia klauzuli pozycjonowania na podstawie dochodów brutto generowanych przez GSA zawierające tę klauzulę. Ponadto w pkt 650 i 859 powyżej wskazano, że ów stopień pokrycia połączony ze stopniem pokrycia rynku klauzulą wyłączności zawartą w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, mógł być wystarczający, aby umożliwić tym klauzulom posiadanie razem zdolności do wywołania skutku w postaci wykluczenia.

875 W konsekwencji, bez konieczności orzekania w przedmiocie dopuszczalności kwestionowanej przez Komisję argumentacji Google'a, należy uznać, że Komisja mogła oprzeć się na badaniu Microsoftu oraz na danych przedstawionych w tabeli nr 27 zaskarżonej decyzji jako wskazówkach potwierdzających ocenę stopnia pokrycia rynku klauzulą pozycjonowania.

3) W przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta

876 W zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że klauzula pozycjonowania ma zdolność wykluczenia ewentualnego konkurencyjnego pośrednika równie skutecznego jak Google. Po pierwsze, w latach 2009–2015 dochody generowane przez GSA zawierające tę klauzulę stanowiły bowiem między [*poufne*] a [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. Po drugie, w latach 2009–2015 dochody generowane przez tę klauzulę i klauzulę wyłączności, znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, stanowiły [*poufne*] % tego rynku. Po trzecie, w latach 2006–2016 Google posiadał „bardzo duży" udział w rynku. Po czwarte, na rynku tym występowały efekty sieciowe.

877 Komisja wskazała ponadto, że jest „mało prawdopodobne", aby w okresie, w którym obowiązywała klauzula pozycjonowania, mógł pojawić się ewentualny pośrednik równie skuteczny jak Google. Komisja uznała wreszcie, że kwestia, czy Google realizował strategię mającą na celu wykluczenie konkurentów równie skutecznych jak on, jest bez znaczenia.

878 Google twierdzi, że Komisja nie wykazała, iż konkurent równie skuteczny jak on nie mógłby wejść na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online ze względu na klauzulę pozycjonowania. Vinden wyjaśnia w tym względzie, że klauzula ta nie uniemożliwiła tej spółce zaopatrywania się u Yahoo!. Wreszcie Google zarzuca Komisji, że uznała, iż brak strategii mającej na celu wykluczenie konkurentów równie skutecznych jak Google nie ma znaczenia w niniejszej sprawie.

879 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a i Vindena.

880 W tym względzie należy zauważyć, że – jak wspomniano w pkt 656 i 657 powyżej – okoliczność, iż Komisja wskazała, że jest „mało prawdopodobne", aby w okresie obowiązywania klauzuli pozycjonowania mógł pojawić się ewentualny pośrednik równie skuteczny jak Google, nie może podważyć zgodności z prawem zaskarżonej decyzji.

881 Ponadto, jak wskazano w pkt 665 powyżej, Komisja mogła poprzestać na wykazaniu zdolności klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, do wywołania skutku w postaci wykluczenia, opierając się na wielu istotnych elementach, bez konieczności oparcia się w tym celu na kryterium testu równie skutecznego konkurenta. Ponadto, jak wskazano w pkt 671 powyżej, bezsporne jest, że Google nie przedstawił ani w toku postępowania administracyjnego, ani przed Sądem żadnej analizy opartej na tym teście.

882 W niniejszej sprawie sama treść klauzuli pozycjonowania, która zasadniczo uniemożliwiała partnerom bezpośrednim wyświetlanie konkurencyjnych reklam w najbardziej widocznych miejscach na ich stronach wyników, oraz okoliczności wymienione w motywie 549 zaskarżonej decyzji, a mianowicie, po pierwsze, okoliczność, że ta klauzula wraz z klauzulą wyłączności zawartą w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, obejmowały znaczną część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, jak wskazano zasadniczo w pkt 650 i 859 powyżej, a po drugie, waga pozycji dominującej Google'a, wynikająca w szczególności z jego bardzo znaczących udziałów w rynku oraz bariery wejścia na rynek i bariery dla rozwoju, w szczególności w postaci efektów sieciowych, mogły wykazać, że klauzula pozycjonowania mogła mieć zdolność wykluczenia ewentualnego konkurenta równie skutecznego jak Google. Wynika z tego, że okoliczności te mogły również wykazać, iż było „mało prawdopodobne", aby w okresie, w którym wspomniana klauzula obowiązywała, mógł pojawić się taki konkurent.

883 Wreszcie, jak wynika z pkt 678–681 powyżej, nie można zarzucać Komisji z jednej strony, że nie wykazała, iż Google przyjął strategię mającą na celu wykluczenie konkurentów co najmniej równie skutecznych jak Google, a z drugiej strony, że nie uwzględniła faktu, iż Google nie miał zamiaru wykluczyć takich konkurentów.

4) W przedmiocie okresu obowiązywania GSA i prawa niektórych partnerów bezpośrednich do jednostronnego rozwiązania umowy

884 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że średni okres obowiązywania GSA zawierających klauzulę pozycjonowania był długi. Komisja wyjaśniła w tym względzie, że Google i partnerzy bezpośredni przedłużali niektóre GSA, czasami wielokrotnie, bez istotnych zmian. Ponadto zauważyła ona, że okres, w którym partnerzy bezpośredni musieli jednocześnie zaopatrywać się w minimalną liczbę reklam Google'a i zarezerwować dla nich najbardziej widoczne miejsca, również był długi. Wreszcie stwierdziła ona, że prawo do jednostronnego rozwiązania umowy przysługiwało tylko jednemu partnerowi bezpośredniemu.

885 Google zarzuca Komisji, że pomyliła czas trwania stosunków handlowych z partnerami bezpośrednimi objętymi klauzulą pozycjonowania z okresem obowiązywania GSA zawierających tę klauzulę. Spółka ta podnosi również, że okres obowiązywania GSA, o których mowa w przypisach 707 i 713 zaskarżonej decyzji, wynosił najwyżej dwa lata pomiędzy każdym odnowieniem lub przedłużeniem. Ponadto Google stwierdza, że Komisja nie uwzględniła faktu, iż niektórzy partnerzy bezpośredni mieli prawo do jednostronnego rozwiązania umowy.

886 Vinden podnosi, że GSA zawierane z Google'm były krótkoterminowe, ponieważ były one średnio odnawiane co dwa lata. Dodatkowo spółka ta wskazuje, że formularz zamówienia na 2011 r., który wypełniła, przewidywał prawo do jednostronnego rozwiązania umowy z zastrzeżeniem okresu wypowiedzenia wynoszącego 60 dni przed datą rocznicy zawarcia umowy. Twierdzi ona zatem, że miała regularnie możliwość podjęcia decyzji o zaopatrywaniu się u konkurującego z Google'm pośrednika.

887 Po pierwsze, Komisja podnosi, że GSA jedenastu z piętnastu partnerów bezpośrednich wymienionych w przypisach 707, 713, 766 i 767 zaskarżonej decyzji, w tym GSA zawarte z Vindenem, były systematycznie przedłużane przed osiągnięciem „etapu odnowienia". W konsekwencji konkurenci Google'a „nigdy nie byli w stanie walczyć o ten rynek". Ponadto Komisja zauważa, że większość GSA zawartych przez jednego z czterech pozostałych partnerów bezpośrednich została przedłużona przed tym etapem, tak że wspomniani konkurenci Google'a „przeważnie nie byli w stanie walczyć o ten rynek".

888 Po drugie, Komisja uważa przede wszystkim, że okoliczność, iż niektórzy partnerzy bezpośredni mieli prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, nie miała znaczenia, ponieważ istnienie tego prawa nie przeszkodziło w stosowaniu klauzuli pozycjonowania do czasu, gdy ci partnerzy bezpośredni skorzystali z tego prawa. Następnie stwierdziła ona, że z omawianych praw do jednostronnego rozwiązania umowy nie można było skorzystać w dowolnym momencie. Wreszcie podnosi ona, że argument dotyczący tego, iż sześciu partnerów bezpośrednich, wskazanych przez Google'a w replice, skorzystało z takiego prawa, jest spóźniony, a w konsekwencji niedopuszczalny.

889 Na wstępie, co się tyczy niedopuszczalności podniesionej przez Komisję, należy zauważyć, że w pkt 131 skargi Google zarzuca zaskarżonej decyzji, iż nie uwzględniła faktu, że niektórzy partnerzy bezpośredni mieli prawo do jednostronnego rozwiązania umowy. Odsyła on w tym względzie do tabel nr 1 i nr 2 załącznika A.55 do skargi, które wskazują partnerów bezpośrednich, których GSA są wymienione w przypisach 707, 713, 766 i 767 zaskarżonej decyzji, którym przysługuje takie prawo. W tych okolicznościach, w świetle orzecznictwa przypomnianego w pkt 691 powyżej, należy zauważyć, że podniesiony w replice argument Google'a, dotyczący tego, że innym partnerom bezpośrednim przysługiwało również to prawo, wykazuje wystarczająco ścisły związek z argumentem rozwiniętym w skardze, aby można go było uważać za wynik zwykłego rozwinięcia debaty w ramach postępowania spornego.

890 Co się tyczy zasadności argumentacji Google'a, należy zauważyć, że, jak wskazano w pkt 778 powyżej, Komisja słusznie uznała, iż klauzula pozycjonowania jest podobna do złagodzonej klauzuli wyłączności w odniesieniu do stron internetowych uwzględnionych w GSA zawierających tę klauzulę, ponieważ zastrzegała dla reklam Google'a najbardziej widoczne miejsca stron wyników partnerów bezpośrednich.

891 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że jak wynika z pkt 695 i 696 powyżej, okres trwania obowiązku, zgodnie z którym partnerzy bezpośredni byli zobowiązani do zastrzegania dla reklam Google'a najbardziej widocznego miejsca stron wyników, należy do okoliczności istotnych dla oceny skutku tej klauzuli w postaci wykluczenia.

892 W tym względzie, po pierwsze, należy zaznaczyć, że aby uznać, iż średni okres obowiązywania GSA zawierających klauzulę pozycjonowania był długi, Komisja oparła się w motywie 519 zaskarżonej decyzji wyłącznie na okoliczności, że wiele GSA zostało przedłużonych, niekiedy wielokrotnie, bez istotnych zmian.

893 Z jednej strony, jak wynika z załącznika A.55 do skargi, którego treści Komisja nie kwestionuje, oraz z motywów 519 i 525 zaskarżonej decyzji, a w szczególności przypisów 707 i 713 tej decyzji, przy czym treść tego ostatniego przypisu została powtórzona w przypisach 766 i 767 wspomnianej decyzji, wynika, że Komisja uwzględniła łączny okres obowiązywania tych GSA, włączając wszystkie ich ewentualne przedłużenia. Natomiast nie uwzględniła ona ani początkowego okresu obowiązywania poszczególnych GSA, rozpatrywanych indywidualnie, ani okresu obowiązywania ich poszczególnych ewentualnych przedłużeń, co potwierdza zasadniczo pkt 241 odpowiedzi na skargę.

894 Z drugiej strony z przypisu 707 zaskarżonej decyzji i z załącznika A.55 do skargi wynika, że wbrew temu, co sugeruje motyw 519 tej decyzji, Komisja uwzględniła nie tylko łączny okres obowiązywania każdej GSA, w tym jej przedłużenia, ale również łączny okres obowiązywania poszczególnych GSA zawartych przez tego samego partnera bezpośredniego.

895 Z zaskarżonej decyzji oraz z załącznika A.55 do skargi wynika zatem, że Komisja nie uwzględniła ani okresu obowiązywania każdej z GSA indywidualnie, ani okresu obowiązywania każdego z ewentualnych przedłużeń tych GSA.

896 Po drugie, w celu uzasadnienia nieuwzględnienia praw do jednostronnego rozwiązania umowy do celów swojej oceny Komisja stwierdziła w motywie 526 zaskarżonej decyzji, że w toku postępowania administracyjnego Google zidentyfikował tylko jednego partnera bezpośredniego korzystającego z takiego prawa. Uznała on zatem, że chodzi o wyjątek, i stwierdziła, że żadnemu innemu bezpośredniemu partnerowi nie przysługiwało takie prawo.

897 Jednakże z załączników A.55 do skargi i C.8 do repliki wynika, że co najmniej dziewięciu innym partnerom bezpośrednim, a mianowicie Vindenowi, [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], przysługiwało prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, czego Komisja nie kwestionuje. Ponadto z przypisów 707, 713, 766 i 767 zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja oparła się na okresie obowiązywania GSA zawartych z najwyżej piętnastoma partnerami bezpośrednimi. W konsekwencji okoliczność, że co najmniej dziesięciu partnerom bezpośrednim przysługiwało prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, nie może być postrzegana jako wyjątek dla uzasadnienia nieuwzględnienia go przy ocenie skutku klauzuli pozycjonowania w postaci wykluczenia.

898 W tych okolicznościach Komisja nie mogła – wyłącznie na podstawie rozważań przypomnianych w pkt 892 i 896 powyżej i bez zbadania rzeczywistych warunków i sposobów, w jakich przedłużano GSA, treści klauzul przewidujących prawo jednostronnego rozwiązania umowy, które przysługiwało niektórym partnerom bezpośrednim, ani też warunków, w jakich mogli z tego prawa skorzystać – wykluczyć, że ci partnerzy bezpośredni mieli możliwość zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm w zakresie najbardziej widocznych miejsc na ich stronach wyników, w tym przed ewentualnym przedłużeniem ich GSA lub przed skorzystaniem z prawa do jednostronnego rozwiązania umowy. Wynika z tego, że Komisja nie mogła również stwierdzić, że owi pośrednicy nie mieli możliwości konkurowania na części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online objętej przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania przez cały okres obowiązywania tych GSA ani, a fortiori, przez łączny okres ich obowiązywania.

899 Wniosku tego nie podważają argumenty Komisji.

900 W pierwszej kolejności Komisja podnosi bowiem, że niektóre GSA zostały przedłużone przed upływem okresu ich obowiązywania. Należy jednak przypomnieć, że – jak wspomniano w pkt 707 powyżej – Komisja opiera się na niczym niepopartym założeniu, zgodnie z którym inni pośrednicy nie mogli konkurować z Google'm przy przedłużaniu tych GSA. W szczególności nie przedstawia ona żadnego dowodu pozwalającego uznać, iż negocjacji dotyczących przedłużenia okresu obowiązywania GSA nie można było przeprowadzić po zakończeniu konkurencyjnego postępowania, w ramach którego dany partner bezpośredni porównywał usługi świadczone przez Google'a i jego konkurentów.

901 W drugiej kolejności należy zauważyć, że Komisja bezzasadnie podnosi w odpowiedzi na skargę, iż bez znaczenia była okoliczność, że partnerom bezpośrednim przysługiwało prawo do jednostronnego rozwiązania umowy ze względu na to, że klauzula pozycjonowania miała nadal zastosowanie aż do skorzystania z tego prawa. Jak bowiem wskazano w pkt 714 powyżej, Komisja powinna była zbadać treść klauzul przewidujących to prawo i warunki, na jakich można skorzystać z tego prawa, a także zidentyfikować partnerów bezpośrednich, którzy mogli z niego korzystać, w celu ustalenia, czy prawo to mogło podważyć, przynajmniej w pewnym stopniu, stwierdzony w zaskarżonej decyzji fakt, że klauzula pozycjonowania uniemożliwiła konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w okresie obowiązywania GSA zawierających tę klauzulę.

5) Wnioski dotyczące braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online

902 Jak wskazano w pkt 859 powyżej, Komisja słusznie uznała, że biorąc pod uwagę pokrycie klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, w świetle okoliczności przypomnianych w pkt 602 powyżej, pokrycie klauzuli pozycjonowania mogło być wystarczające, aby umożliwić tej klauzuli wywołanie skutku w postaci wykluczenia w okresie od 31 marca 2009 r. do 31 grudnia 2015 r. Ponadto w pkt 882 powyżej wskazano, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż Komisja nie wykazała, że konkurent równie skuteczny jak Google nie może wejść na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online lub że taki konkurent może zostać wykluczony z tego rynku.

903 Natomiast, po pierwsze, jak wynika z pkt 861 powyżej, Komisja nie wykazała, że klauzula pozycjonowania mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia ze względu na jej zakres w okresie od 1 stycznia do 6 września 2016 r. Po drugie, jak wynika z pkt 898 powyżej, Komisja nie wzięła pod uwagę wszystkich istotnych okoliczności niniejszej sprawy przy ustalaniu okresu, w którym partnerzy bezpośredni byli, na podstawie owej klauzuli, zobowiązani do zastrzeżenia dla reklam Google'a najbardziej widocznych miejsc na ich stronach wyników.

904 Wynika z tego, że wbrew temu, czego wymaga orzecznictwo przypomniane w pkt 107 powyżej, Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem, w świetle wszystkich okoliczności niniejszej sprawy, że klauzula pozycjonowania miała zdolność do utrudnienia konkurującym z Google'm pośrednikom dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w okresie, w którym obowiązywała ta klauzula.

c) Wnioski w przedmiocie drugiej części zarzutu trzeciego

905 Jak przypomniano w pkt 769 powyżej, Komisja, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności niniejszej sprawy, uznała w motywie 494 zaskarżonej decyzji, że klauzula pozycjonowania miała zdolność do ograniczenia konkurencji. Wskazała ona w tym względzie, że klauzula ta, po pierwsze, zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom.

906 Jak przypomniano w pkt 770 i 771 powyżej, Komisja uznała zasadniczo, że klauzula pozycjonowania może wywołać skutek w postaci wykluczenia, stwierdziła bowiem, że owa klauzula z jednej strony zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm, a z drugiej strony uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Ponadto wywiodła ona z tego skutku w postaci wykluczenia, że wspomniana klauzula mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na właściwych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online i wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

907 Jak przypomniano w pkt 776 powyżej, w motywie 496 zaskarżonej decyzji Komisja, przed zbadaniem skutków każdego z pięciu wskazanych przez nią ograniczeń konkurencji (zob. pkt 905 powyżej), wyjaśniła, że do celów analizy zmierzającej do wykazania, iż klauzula pozycjonowania ma zdolność do ograniczenia konkurencji, wzięła pod uwagę „okres obowiązywania [tej] klauzuli", podkreślając tym samym zasadniczo znaczenie rozważań przedstawionych w motywach 519, 525 i 526 zawartych w sekcji 8.4.4.2 tej decyzji, dotyczących braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. Komisja wskazała również, że wzięła pod uwagę stopień pokrycia rzeczonej klauzuli, który zbadała w tej samej części wspomnianej decyzji. Z systemowego umiejscowienia wspomnianego motywu 496 w systematyce zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja przy badaniu skutków klauzuli pozycjonowania w ramach każdego z pięciu ograniczeń wskazanych w zaskarżonej decyzji, uwzględniła ten okres obowiązywania oraz ów stopień pokrycia.

908 Jak wynika zaś z pkt 903 powyżej, Komisja nie wzięła pod uwagę wszystkich istotnych okoliczności niniejszej sprawy przy ustalaniu okresu, w którym partnerzy bezpośredni byli na podstawie klauzuli uprzedniego zezwolenia zobowiązani do zastrzeżenia dla reklam Google'a najbardziej widocznych miejsc na swoich stronach wyników.

909 Ponadto, jak wskazano również w pkt 903 powyżej, Komisja nie wykazała, że klauzula pozycjonowania mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia ze względu na jej zakres w okresie od 1 stycznia do 6 września 2016 r.

910 Wynika z tego, że błędy popełnione przez Komisję, przypomniane w pkt 908 i 909 powyżej, dotyczą wszystkich ograniczeń wskazanych przez nią w zaskarżonej decyzji, w związku z czym należy stwierdzić, że Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem, iż klauzula pozycjonowania miała zdolność odwiedzenia partnerów bezpośrednich od zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm lub że miała ona możliwość utrudnienia tym

pośrednikom dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG oraz w konsekwencji, że klauzula ta miała zdolność do wywołania stwierdzonego we wspomnianej decyzji skutku w postaci wykluczenia.

911 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja nie wykazała również w sposób wymagany prawem, iż klauzula pozycjonowania mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu jego pozycji dominującej na rozpatrywanych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

912 Wreszcie należy stwierdzić, że w motywach 541 i 542 zaskarżonej decyzji Komisja uznała zasadniczo, iż wiążący charakter makiet wzmacniał skutek klauzuli pozycjonowania w postaci wykluczenia, ograniczając w większym stopniu możliwość zmiany przez partnerów bezpośrednich umiejscowienia zarówno reklam Google'a, jak i konkurencyjnych reklam. Jednakże Komisja ani nie wykazała, że klauzula pozycjonowania mogła wywołać taki skutek, ani nie twierdziła, że makiety mogły same w sobie wywołać taki skutek. W konsekwencji same w sobie makiety nie wystarczają do wykazania, że klauzula pozycjonowania stanowi naruszenie art. 102 TFUE.

913 Z powyższego wynika, że należy uwzględnić drugą część zarzutu trzeciego, bez konieczności badania pozostałych argumentów Google'a w ramach omawianego zarzutu, a w konsekwencji stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim Komisja stwierdziła w niej, że klauzula pozycjonowania stanowi naruszenie art. 102 TFUE.

E. W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego tego, że klauzula uprzedniego zezwolenia nie stanowi nadużycia pozycji dominującej

914 W zarzucie czwartym Google zarzuca Komisji, że uznała, iż klauzula uprzedniego zezwolenia stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. Zarzut ten składa się z dwóch części, z których pierwsza dotyczy braku ograniczenia konkurencji, a druga tego, że wspomniana klauzula była obiektywnie uzasadniona.

915 Na wstępie należy przypomnieć, że we wzorze GSA z marca 2009 r. klauzula uprzedniego zezwolenia miała następujące brzmienie:

„O ile Google nie wyrazi na to zgody na piśmie, Spółka nie może dokonać żadnych zmian dotyczących: […] wyświetlania Równoważnych Reklam, Zestawów Reklam AFS lub Reklam AFS na Stronie Wyników, w tym zmian dotyczących ich liczby, koloru, czcionki, rozmiaru lub umieszczenia i zakresu, w jakim reklamy te są klikalne".

916 Klauzulę uprzedniego zezwolenia uzupełniono klauzulą 6.2 lit. b) wzoru GSA z marca 2009 r., który miał następujące brzmienie:

„Jeżeli Spółka występuje o zgodę na podstawie powyższej klauzuli [uprzedniego zezwolenia], Google może odmówić udzielenia zgody wyłącznie na tej podstawie, że proponowana zmiana byłaby sprzeczna z obowiązującą Umową lub Wytycznymi Google'a dotyczącymi Znaku towarowego, a Google nie może odmówić udzielenia zgody ze względów czysto handlowych. Jeżeli Google nie odpowie na taki wniosek o udzielenie zgody w terminie 15 dni roboczych [od] jego otrzymania, przyjmuje się, że Google udziela takiej zgody".

917 Jak przypomniano w pkt 730 powyżej, w klauzuli 1.1 wzoru GSA z marca 2009 r. wyjaśniono, że wyrażenie „równoważna reklama” należy rozumieć jako odnoszące się do „wszelkich reklam, które są identyczne lub zasadniczo identyczne z reklamami AFS dostarczanymi przez Google’a na podstawie Umowy”.

918 Z biegiem czasu we wzorze GSA zmieniono brzmienie klauzuli dotyczącej uprzedniego zezwolenia. Klauzula ta została również zredagowana w następujący sposób:

„Jeżeli Spółka zamierza dokonać zmian dotyczących wyświetlania: Równoważnych Reklam na Stronie Wyników, w tym zmian dotyczących ich liczby, koloru, czcionki, rozmiaru, umieszczenia lub zakresu, w jakim reklamy te są klikalne, Spółka nie dokona żadnych zmian, chyba że Google wyrazi na to zgodę na piśmie. Google nie może odmówić udzielenia zgody, chyba że proponowane zmiany są sprzeczne z obowiązującą Umową. Jeżeli Google nie odpowie na wniosek o udzielenie zgody przewidziany w tej klauzuli […] w terminie 15 dni roboczych [od] jego otrzymania, przyjmuje się, że Google udzielił takiej zgody”.

919 W motywie 573 zaskarżonej decyzji Komisja, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, uznała, że klauzula uprzedniego zezwolenia miała zdolność do ograniczenia konkurencji. W tym względzie Komisja zauważyła, że klauzula ta, po pierwsze, zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google’m pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google’owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom.

920 W szczególności należy zauważyć, że Komisja, stwierdziwszy, iż klauzula uprzedniego zezwolenia z jednej strony zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google’m pośredników, a z drugiej strony uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, uznała zasadniczo, że klauzula ta miała zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia.

921 Ponadto należy zauważyć, że ze skutku w postaci wykluczenia wynikającego z klauzuli uprzedniego zezwolenia Komisja wywnioskowała, iż klauzula ta mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google’owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na właściwych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, i wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

922 Przede wszystkim z motywów 598–600 zaskarżonej decyzji wynika bowiem, że skutek w postaci wykluczenia wynikający z klauzuli uprzedniego zezwolenia uniemożliwiał konkurującym z Google’m pośrednikom dostarczanie i tworzenie różnych reklam związanych z wyszukiwaniem online, w związku z czym klauzula ta zniechęcała ich do inwestowania w innowacje. Następnie z motywu 602 tej decyzji wynika, że ów skutek pozbawił wspomnianych pośredników przychodów i danych, które mogliby wykorzystać do celów dostarczania reklam związanych z wyszukiwaniem online. Wreszcie z motywu 605 rzeczonej decyzji wynika, że wspomniany skutek umożliwił Google’owi ustalanie cen uiszczanych przez reklamodawców na wysokim poziomie, zwiększając w ten sposób ceny płacone przez konsumentów za towary promowane w reklamach związanych z wyszukiwaniem online. W motywie 606 zaskarżonej decyzji Komisja dodała, że fakt, iż klauzula uprzedniego zezwolenia mogła zaszkodzić innowacjom, pozbawił również konsumentów szerszego wyboru reklam związanych z wyszukiwaniem online.

923 W ramach części pierwszej zarzutu czwartego Google podnosi, że klauzula uprzedniego zezwolenia, po pierwsze, nie wywoływała stwierdzonych w zaskarżonej decyzji skutków w postaci wykluczenia, po drugie, nie pomogła mu w utrzymaniu lub umocnieniu jego pozycji dominującej na właściwych krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a po trzecie, nie zaszkodziła ani innowacjom, ani konsumentom.

924 Surfboard i Vinden podnoszą, że klauzula uprzedniego zezwolenia nie miała wpływu na ich zachowanie i była obiektywnie uzasadniona.

925 Na wstępie należy zbadać stwierdzony w zaskarżonej decyzji skutek w postaci wykluczenia wynikający z klauzuli uprzedniego zezwolenia. Należy zatem przeanalizować, czy klauzula ta mogła, po pierwsze, zniechęcić partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a po drugie, utrudnić tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

926 W tym względzie należy zauważyć, że w motywie 574 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, iż do celów analizy zmierzającej do wykazania, że klauzula uprzedniego zezwolenia miała zdolność do ograniczenia konkurencji, wzięła pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, w tym w szczególności, po pierwsze, wagę pozycji dominującej Google'a, zarówno na właściwych krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online, jak i na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z takim wyszukiwaniem, a po drugie, stopień pokrycia tego rynku rzeczoną klauzulą, a także „okres obowiązywania [tej] klauzuli". Komisja odesłała w tym względzie, odpowiednio, do sekcji 7 tej decyzji, dotyczącej pozycji dominującej Google'a, która zawiera rozważania przypomniane w pkt 401–404 powyżej, a także do całej sekcji 8.5.4.2 wspomnianej decyzji, dotyczącej niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rzeczonego rynku.

927 Jak wskazano w pkt 400 i 405 powyżej, należy zauważyć, po pierwsze, że podejście przyjęte przez Komisję jest zgodne z orzecznictwem, a po drugie, że Google nie kwestionuje treści sekcji 7 zaskarżonej decyzji poza twierdzeniem w ramach zarzutu pierwszego, że Komisja błędnie zdefiniowała rynki właściwe w sekcji 6 tej decyzji.

928 To właśnie w świetle tych okoliczności należy zbadać najpierw, czy klauzula uprzedniego zezwolenia miała zdolność do odwiedzenia partnerów bezpośrednich od zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, a następnie, czy wspomniana klauzula mogła utrudnić tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

1. W przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli uprzedniego zezwolenia w stosunku do partnerów bezpośrednich

929 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że klauzula uprzedniego zezwolenia zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników.

930 W szczególności Komisja stwierdziła, po pierwsze, w motywie 577 zaskarżonej decyzji, że klauzula uprzedniego zezwolenia uniemożliwiła partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników, wymagając negocjacji „trójstronnych" w celu zmiany wyświetlania konkurencyjnych reklam, po drugie, w motywie 578 tej decyzji, że zakres tej klauzuli i odmowa przez Google'a negocjowania lub

wyjaśnienia tej klauzuli zniechęciły partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u tych pośredników; oraz po trzecie, w motywie 579 tej decyzji, że w braku tej klauzuli partnerzy bezpośredni swobodniej zaopatrywaliby się u rzeczonych pośredników.

931 Google kwestionuje treść poszczególnych motywów 577–579 zaskarżonej decyzji.

932 W pierwszej kolejności Google zarzuca Komisji, że w motywie 577 zaskarżonej decyzji uznała, iż klauzula uprzedniego zezwolenia uniemożliwiła partnerom bezpośrednim ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u innych pośredników.

933 W szczególności, po pierwsze, Google podnosi, że klauzula uprzedniego zezwolenia z jednej strony miała zastosowanie wyłącznie do stron internetowych, które partnerzy bezpośredni postanowili uwzględnić w swoich GSA, a z drugiej strony zezwalała na wyświetlanie konkurencyjnych reklam. Ponadto Komisja nie zidentyfikowała żadnego przypadku, w którym Google odmówiłby wyświetlania takich reklam. Po drugie, podnosi on, że klauzula ta nie miała zastosowania ani do pierwotnego wyświetlania konkurencyjnych reklam, ani do zgodności tego wyświetlania z jego różnymi wytycznymi dotyczącymi polityki reklamowej (i mającymi na celu zakazanie wyświetlania reklam obraźliwych, niebezpiecznych, niepożądanych lub wprowadzających w błąd), w związku z czym rzeczona klauzula nie mogła zniechęcić partnerów bezpośrednich do wyświetlania konkurencyjnych reklam. Po trzecie, stwierdza on, że chociaż rozpatrywana klauzula miała na celu uniknięcie sytuacji, w której zmiany zaproponowane przez partnerów bezpośrednich naruszałyby wspomniane wytyczne, Komisja nie uznała, że te wytyczne mogły ograniczać konkurencję. Po czwarte, zarzuca on Komisji, że nie uwzględniła z jednej strony faktu, iż zgodnie z klauzulą 6.2 lit. b) wzoru GSA z marca 2009 r. Google nie mógł oddalić wniosku o zmianę dotyczącego wyświetlania reklam wyłącznie z powodów handlowych, a z drugiej strony dowodów na to, że uwzględniał on wnioski partnerów bezpośrednich o zmianę tego wyświetlania. W tym względzie Google podnosi ponadto, że Komisja nie wskazała żadnego przypadku, w którym odmówiłby on zmiany wyświetlania konkurencyjnych reklam na podstawie tej klauzuli. Po piąte, Google uważa, że Komisja nie uwzględniła również dowodów wykazujących, iż partnerzy bezpośredni mogli ocenić konkurencyjne reklamy wyświetlane na stronach internetowych objętych klauzulą uprzedniego zezwolenia.

934 W drugiej kolejności Google zarzuca Komisji, że nie uwzględniła w motywie 578 zaskarżonej decyzji dowodów świadczących o tym, iż partnerzy bezpośredni mogli negocjować wycofanie klauzuli uprzedniego zezwolenia z ich GSA. Ponadto stwierdza on, że żadne oświadczenie partnerów bezpośrednich, przytoczone przez Komisję w tym motywie, nie pozwala na wykazanie, że odmówił on negocjowania lub wyjaśnienia zakresu tej klauzuli.

935 W trzeciej kolejności Google zarzuca Komisji, że w motywie 579 zaskarżonej decyzji oparła się na oświadczeniach partnerów bezpośrednich, które nie pozwalały na potwierdzenie, że ci partnerzy w braku klauzuli uprzedniego zezwolenia swobodniej zaopatrywaliby się u innych pośredników.

936 Surfboard utrzymuje, że klauzula uprzedniego zezwolenia sprzyjała pozytywnemu doświadczeniu użytkownika, reklamodawcy i partnera bezpośredniego, uniemożliwiając wyświetlanie obraźliwych lub oszukańczych reklam. Ponadto podnosi on, że Google nie mógł odmówić zgody na zmianę wyłącznie ze względów handlowych. Ponadto Surfboard uważa, że klauzula ta nie przeszkodziła mu w dokonaniu pożądanych zmian na swoich stronach internetowych, co wyjaśnił Komisji w toku postępowania administracyjnego. Vinden dodaje, że wspomniana klauzula nie zobowiązywała jej do ubiegania się o zgodę Google'a w celu zmiany wyświetlania konkurencyjnych reklam.

937 Komisja kwestionuje argumenty Google'a, Surfboardu i Vindena.

938 Na wstępie należy zauważyć, że klauzula uprzedniego zezwolenia, zawarta w klauzuli 6.2 lit. b) wzoru GSA z marca 2009 r., przewidywała, iż partnerzy bezpośredni powinni uzyskać uprzednio pisemną zgodę Google'a lub, jeżeli nie odpowiedział on na ich wniosek o udzielenie zezwolenia, czekać na upływ terminu piętnastu dni roboczych, zanim zmienią wyświetlanie konkurencyjnych reklam, w tym ich liczbę, kolor, czcionkę, rozmiar, umieszczenie i zakres, w jakim reklamy te są klikalne.

939 W związku z tym klauzula uprzedniego zezwolenia pozwalała Google'owi z jednej strony na uzyskanie informacji o każdym zamiarze zmiany wyświetlania konkurencyjnych reklam, a z drugiej strony na stałe nadzorowanie stosunków handlowych partnerów bezpośrednich z konkurencyjnymi pośrednikami i ingerowanie w te stosunki, z możliwością, w stosownych przypadkach, nieudzielenia zgody, na warunkach przewidzianych w klauzuli 6.2 lit. b) wzoru GSA z marca 2009 r., na zmiany wyświetlania tych reklam, które Google'owi nie odpowiadały.

940 Komisja słusznie zatem wskazała w motywie 577 zaskarżonej decyzji, że nakładając na partnerów bezpośrednich obowiązek uzyskania uprzedniej zgody Google'a przed jakąkolwiek zmianą wyświetlania konkurencyjnych reklam, klauzula uprzedniego zezwolenia nakładała obowiązek prowadzenia bardziej uciążliwych negocjacji trójstronnych między tymi partnerami bezpośrednimi, Google'em i konkurującymi z nim pośrednikami.

941 Podobnie należy zauważyć, że Komisja słusznie uznała w motywie 579 zaskarżonej decyzji, iż w braku klauzuli uprzedniego zezwolenia partnerzy bezpośredni mogliby swobodniej zaopatrywać się u innych pośredników, i to niezależnie od argumentacji Google'a zmierzającej do podważenia znaczenia oświadczeń partnerów bezpośrednich przytoczonych tytułem przykładu w tym motywie.

942 Ponadto należy zauważyć, że odpowiedź [*poufne*], przytoczona w motywie 578 zaskarżonej decyzji, potwierdza fakt, iż Google odmówił negocjowania zakresu klauzuli uprzedniego zezwolenia. Z motywu tego wynika bowiem, czego Google nie zakwestionował, że [*poufne*] zaproponował zmianę swojej GSA w taki sposób, aby wyjaśnić, po pierwsze, że Google powinien działać „racjonalnie", a po drugie, że mógł on oddalić wniosek złożony na podstawie tej klauzuli jedynie na podstawie „wytycznych Google'a dotyczących znaku towarowego" i „innych polityk Google'a". Wynika z tego, że [*poufne*] próbował zmienić sporną klauzulę w celu ograniczenia okoliczności, w których Google mógł odmówić zgody na zmianę wyświetlania konkurencyjnych reklam. Google nie przychylił się jednak do tego wniosku.

943 Co więcej, jak wynika z przypisu 422 i motywu 630 zaskarżonej decyzji i jak potwierdza Google w swoich pismach, wszystkie GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia również zawierały klauzulę pozycjonowania. Tymczasem w pkt 843 powyżej wskazano, że klauzula pozycjonowania miała zdolność do zniechęcenia niektórych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników w celu pokrycia przynajmniej części ich zapotrzebowania. W tych okolicznościach należy uznać, że klauzula uprzedniego zezwolenia mogła wzmocnić zniechęcający charakter klauzuli pozycjonowania, utrudniając zmianę wyświetlania konkurencyjnych reklam, którą ta klauzula już ograniczała.

944 W związku z tym należy stwierdzić, że w świetle powyższych rozważań oraz wagi pozycji dominującej Google'a na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, a w szczególności istnienia istotnych barier wejścia na ten rynek i barier dla rozwoju na tym rynku,

Komisja wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym, że klauzula uprzedniego zezwolenia w zakresie, w jakim zobowiązywała partnerów bezpośrednich do uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Google'a na zmianę wyświetlania konkurencyjnych reklam, co zmuszało ich do prowadzenia negocjacji trójstronnych z udziałem Google'a i uniemożliwiało im swobodniejsze zaopatrywanie się u konkurujących z Google'm pośredników, mogła zniechęcić niektórych partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm w celu pokrycia przynajmniej części swojego zapotrzebowania.

945 Pozostałe argumenty Google'a nie są w stanie podważyć tej oceny.

946 Po pierwsze, należy zauważyć, podobnie jak uczyniła to Komisja, że – jak wynika w szczególności z pkt 787 powyżej – okoliczność, iż klauzula uprzedniego zezwolenia miała zastosowanie wyłącznie do stron internetowych uwzględnionych w GSA zawierających tę klauzulę, a nie do wszystkich stron internetowych partnerów bezpośrednich, jest pozbawiona znaczenia dla ustalenia, czy klauzula ta uniemożliwiła tym partnerom ocenę ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników, przynajmniej w odniesieniu do stron internetowych uwzględnionych w owych GSA.

947 Po drugie, należy zauważyć, że podniesiona przez Google'a okoliczność, zgodnie z którą klauzula uprzedniego zezwolenia była zasadniczo obiektywnie uzasadniona, ponieważ miała na celu zakazanie wyświetlania reklam obraźliwych, niebezpiecznych, niepożądanych lub wprowadzających w błąd, nie ma związku z występowaniem skutków antykonkurencyjnych jako takich. Jedynie bowiem w przypadku stwierdzenia po dokonaniu oceny wszystkich istotnych okoliczności, że klauzula ta wywołuje takie skutki, należy sprawdzić, czy Google uzasadnił zastosowanie tej klauzuli (zob. podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 40).

948 Po trzecie, należy zauważyć, że Google bezzasadnie twierdzi, iż klauzula 6.2 lit. b) wzoru GSA z marca 2009 r. mogła podważyć zniechęcający charakter klauzuli uprzedniego zezwolenia.

949 Prawdą jest bowiem, że klauzula 6.2 lit. b) wzoru GSA z marca 2009 r. ograniczała możliwość oddalenia przez Google'a wniosku o zmianę dotyczącego wyświetlania konkurencyjnych reklam złożonego przez partnera bezpośredniego. Klauzula ta stanowiła ponadto, że taki wniosek należało uznać za zaakceptowany, jeżeli Google nie odpowiedział na niego w terminie piętnastu dni roboczych. Jednakże sama jej obecność w GSA nie podważa faktu, że klauzula uprzedniego zezwolenia nakładała na partnerów bezpośrednich obowiązek uzyskania uprzedniego zezwolenia Google'a w celu zmiany wyświetlania konkurencyjnych reklam i że w ten sposób w praktyce utrudniała wspomnianym partnerom zaopatrywanie się u innych pośredników. Tak było niezależnie od okoliczności, w jakich Google mógł oddalić wnioski o zmianę wyświetlania konkurencyjnych reklam, a także od możliwości opóźnienia przez niego wprowadzenia takich zmian, biorąc pod uwagę termin piętnastu dni roboczych przewidziany na udzielenie odpowiedzi na rzeczone wnioski. Ponadto prawdą jest, jak twierdzi Google, że klauzula uprzedniego zezwolenia i klauzula 6.2 lit. b) wzoru GSA z marca 2009 r. nie dotyczyły pierwotnego wyświetlania konkurencyjnych reklam. Należy jednak stwierdzić, że wspomniana klauzula utrudniała zmiany wyświetlania konkurencyjnych reklam, gdy zostały one wyświetlone na stronie wyników strony internetowej partnera bezpośredniego.

950 Po czwarte, należy stwierdzić, podobnie jak Google, że Komisja nie zidentyfikowała przypadków, w których Google oddalił wniosek o zmianę złożony przez partnera bezpośredniego na podstawie klauzuli uprzedniego zezwolenia. Podobnie Google słusznie podnosi, że akta Komisji zawierały

dowody, że w rzeczywistości uwzględniał takie wnioski. Komisja nie twierdziła jednak w zaskarżonej decyzji, że stwierdzone przez nią ograniczenie konkurencji wynikało z odmowy Google'a uwzględniania takich wniosków. Natomiast Komisja słusznie uznała, że sam fakt nałożenia na partnerów bezpośrednich obowiązku uprzedniego uzyskania pisemnej zgody Google'a lub, w przeciwnym razie, oczekiwania piętnastu dni roboczych, zanim będą mogli zmienić wspomniane wyświetlanie, skutkował zmuszeniem ich do udziału w bardziej uciążliwych negocjacjach trójstronnych w tym celu i uniemożliwieniem im swobodniejszego zaopatrywania się u konkurentów Google'a.

951 Po piąte, Google powołuje się w szczególności na odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 30 października 2015 r. udzielone przez trzech partnerów bezpośrednich, a mianowicie [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], którzy poinformowali Komisję, że mogli ocenić wyniki konkurencyjnych reklam wyświetlanych na ich stronach internetowych objętych klauzulą uprzedniego zezwolenia. Jednakże z jednej strony należy zauważyć, że w swoich pismach Google nie wyjaśnił, czy [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*] musiały uzyskać zgodę przed dokonaniem takich ocen. Ponadto ze wspomnianych pism wynika, że zakres tych ocen był ograniczony, ponieważ [*poufne*] stwierdziła, że przeprowadziła „jedynie niewielki test" z innym dostawcą, a [*poufne*] wyjaśniła, że po „stopniowych negocjacjach od lat" mogła „użyć odsetka [swoich] użytkowników w tak zwanym »bucket testing« w celu przetestowania pewnej ilości ruchu na testowanej alternatywie".

952 Z drugiej strony bezsporne jest, że zgodnie z tą klauzulą partnerzy bezpośredni powinni uzyskać zgodę Google'a przed zmianą wyświetlania konkurencyjnych reklam. Wynika z tego, że nawet przy założeniu, iż ci trzej partnerzy bezpośredni mogli ocenić wyniki konkurencyjnych reklam, nie pozwala to na stwierdzenie, że wspomniana klauzula nie miała skutku zniechęcającego wobec partnerów bezpośrednich.

953 Po szóste, chociaż Google słusznie podnosi, że niektórzy partnerzy bezpośredni mogli negocjować zakres, a nawet uchylenie klauzuli uprzedniej zgody, o tyle z pkt 942 powyżej wynika, że pozostali partnerzy bezpośredni nie mieli takiej możliwości. Ponadto fakt, że niektórzy partnerzy bezpośredni nie byli objęci tą klauzulą, nie pozwala w każdym razie wykluczyć, że ta sama klauzula mogła zniechęcić objętych nią partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników w celu zaspokojenia większej części ich zapotrzebowania. W tych okolicznościach należy uznać, że wspomniana klauzula mogła mieć zdolność do wywołania, stwierdzonego w zaskarżonej decyzji, skutku w postaci wykluczenia. Jednakże, jak przypomniano w pkt 926 i 927 powyżej, kwestia, czy klauzula ta miała taką zdolność, zależy również od zbadania wszystkich innych istotnych okoliczności, a w szczególności okresu, w którym partnerzy bezpośredni byli zobowiązani, biorąc pod uwagę tę klauzulę, do uzyskania od Google'a zgody na zmianę wyświetlania konkurencyjnych reklam, jak zresztą słusznie wskazała Komisja w motywie 574 zaskarżonej decyzji.

2. W przedmiocie niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online

954 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że klauzula uprzedniego zezwolenia uniemożliwiła partnerom bezpośrednim dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online. W tym względzie w pierwszej kolejności zauważyła ona, że klauzula ta przyznaje Google'owi prawo do kontrolowania zmian dotyczących wyświetlania reklam związanych z wyszukiwaniem online, które mają wpływ na współczynnik klikalności,

a mianowicie zmian dotyczących liczby tych reklam, ich koloru, czcionki, rozmiaru czy umiejscowienia, a także zmian dotyczących „zakresu, w jakim reklamy te są klikalne". W drugiej kolejności Komisja stwierdziła, że Google stopniowo włączał tę klauzulę do zdecydowanej większości GSA. W trzeciej kolejności Komisja uznała, że dochody brutto wygenerowane przez GSA zawierające tę klauzulę stanowiły znaczący udział w tym rynku. W czwartej kolejności wskazała ona, że wspomniana klauzula miała zastosowanie do niektórych najczęściej odwiedzanych stron internetowych w EOG. W piątej kolejności zauważyła ona, że liczba wyszukiwań przeprowadzonych na stronach internetowych partnerów bezpośrednich była znacząca w świetle całości wyszukiwań online przeprowadzonych w EOG. W szóstej kolejności uznała ona, że średni okres obowiązywania GSA zawierających sporną klauzulę był długi. W siódmej kolejności Komisja wskazała, że fakt, iż rzeczona klauzula uniemożliwia konkurentom Google'a dostęp do znaczącego udziału w tym rynku, znajduje odzwierciedlenie w zmianach udziałów Google'a w rynku.

a) W przedmiocie pokrycia rynku klauzulą uprzedniego zezwolenia

955 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, po pierwsze, że w latach 2011–2015 dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia stanowiły z jednej strony między [*poufne*] a [*poufne*] % dochodów brutto uzyskanych przez wszystkie GSA w EOG, a z drugiej strony między [*poufne*] a [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG.

956 Po drugie, Komisja podniosła, odwołując się do badania Microsoftu, o którym mowa w pkt 576 powyżej, że klauzula uprzedniego zezwolenia ma zastosowanie do niektórych najczęściej odwiedzanych stron internetowych w EOG. Ponadto uznała ona na podstawie tabeli nr 27 zaskarżonej decyzji, o której mowa w pkt 870 i 871 powyżej, że liczba wyszukiwań przeprowadzonych na stronach internetowych partnerów bezpośrednich była znacząca w świetle całości wyszukiwań online przeprowadzonych w EOG.

1) W przedmiocie części rynku pokrytej klauzulą uprzedniego zezwolenia

957 Google twierdzi, że Komisja nie wykazała, iż klauzula uprzedniego zezwolenia obejmowała znaczną część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG.

958 Po pierwsze, z własnych obliczeń Komisji wynika, że klauzula uprzedniego zezwolenia miała zastosowanie, odpowiednio, jedynie do [*poufne*] % i do [*poufne*] % tego rynku w latach 2009 i 2010. Ponadto dochody brutto generowane przez GSA zawierające tę klauzulę stanowiły średnio w latach 2009–2015 jedynie [*poufne*] % tego rynku, a maksymalnie mniej niż [*poufne*] % tego rynku. Wreszcie Google podnosi, że Komisja nie dokonała oceny zakresu stosowania tej klauzuli za rok 2016.

959 Po drugie, Google zarzuca Komisji, że do celów oceny skutków klauzuli uprzedniego zezwolenia połączyła stopień pokrycia tej klauzuli ze stopniem pokrycia klauzuli pozycjonowania i klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron. W tym względzie spółka ta podnosi, że Komisja wzięła pod uwagę dochody pochodzące od partnerów bezpośrednich, którzy nigdy nie byli objęci klauzulą uprzedniego zezwolenia i którzy zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych w GSA.

960 Z jednej strony Komisja podnosi, że począwszy od 2009 r., Google stopniowo zaczął zastępować klauzulę wyłączności klauzulami wyświetlania i uprzedniego zezwolenia i że w związku z tym podniesioną przez Google'a okolicznością, iż dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia stanowiły średnio w okresie naruszenia [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, należy uznać za „wprowadzającą w błąd". Komisja przypomina w tym względzie, że dochody brutto generowane przez GSA zawierające klauzulę pozycjonowania stanowiły między [*poufne*] a [*poufne*] % tego rynku oraz że klauzula ta miała zastosowanie do niektórych najczęściej odwiedzanych stron internetowych w EOG. Z drugiej strony Komisja podnosi, że z zaskarżonej decyzji wynika, iż w dniu 6 września 2016 r. Google poinformował ostatniego partnera bezpośredniego o swojej decyzji o odstąpieniu od stosowania klauzul wyświetlania i uprzedniego zezwolenia. Komisja dodaje, że do dnia 3 czerwca 2016 r. liczni partnerzy bezpośredni, w tym ważni partnerzy bezpośredni, byli stronami GSA zawierających klauzulę uprzedniego zezwolenia.

961 W tym względzie, po pierwsze, należy przypomnieć, że Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, iż klauzula uprzedniego zezwolenia stanowiła nadużycie pozycji dominującej od dnia 31 marca 2009 r. do dnia 6 września 2016 r.

962 Po drugie, należy zaznaczyć, że w zaskarżonej decyzji Komisja porównała w motywach 586 i 587 tej decyzji część dochodów wygenerowanych przez GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia w latach 2009–2015 z jednej strony z dochodami uzyskanymi przez wszystkie GSA, a z drugiej strony z dochodami wygenerowanymi na rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. Wywnioskowała ona z tego, że w latach 2011–2015 stopień pokrycia tego rynku wspomnianą klauzulą był „znaczący".

963 Ponadto z motywu 611 zaskarżonej decyzji, dotyczącego testu równie skutecznego konkurenta, wynika, że Komisja wskazała, iż klauzula uprzedniego zezwolenia mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia takiego konkurenta w latach 2009–2015 ze względu na łączny stopień pokrycia rynku tą klauzulą, klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron oraz klauzulą pozycjonowania.

964 Ponadto bezsporne jest, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, klauzula pozycjonowania i klauzula uprzedniego zezwolenia mogły jednocześnie pokrywać różne części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, przy czym wszystkie GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia również zawierały klauzulę pozycjonowania (zob. pkt 594 i 943 powyżej).

965 W konsekwencji, jak wynika z pkt 603 i 857 powyżej, nie można uznać, że Komisja naruszyła prawo jedynie ze względu na to, iż uwzględniła pokrycie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron internetowych, a także pokrycie klauzuli pozycjonowania w celu ustalenia, czy stopień pokrycia rynku klauzulą uprzedniego zezwolenia był wystarczający, aby uniemożliwić konkurentom Google'a dostęp do znacznej części rynku właściwego.

966 Wynika z tego, że nie można zarzucać Komisji, iż uwzględniła GSA zawarte przez partnerów bezpośrednich, którzy nigdy nie byli objęci klauzulą uprzedniego zezwolenia, ani że uwzględniła GSA zawierające tę klauzulę, ale w których to GSA partnerzy bezpośredni zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych.

967 Ponadto w pkt 631 i 859 powyżej wskazano, że łączny stopień pokrycia rynku klauzulą wyłączności zawartą w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, z jednej strony i klauzulą pozycjonowania z drugiej strony mógł być wystarczający, aby miały one zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia w latach 2006–2015. Wynika z tego, że stopień pokrycia rynku klauzulą uprzedniej zgody również mógł być wystarczający, aby miała ona zdolność do wywołania takiego skutku.

968 W tych okolicznościach należy uznać, że podniesiona przez Google'a okoliczność, zgodnie z którą klauzula uprzedniego zezwolenia nie pokrywała znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, nie pozwala wykluczyć, że klauzula ta mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia.

969 Należy natomiast uznać, że Komisja nie określiła stopnia pokrycia rynku klauzulą uprzedniego zezwolenia w roku 2016. Ograniczyła się ona bowiem do stwierdzenia w zaskarżonej decyzji, że Google poinformował ją w dniu 28 maja 2016 r., iż zamierza usunąć tę klauzulę ze wszystkich GSA opartych na wzorze GSA z marca 2009 r. i że w dniu 6 września 2016 r. poinformował ostatniego partnera bezpośredniego o swojej decyzji o odstąpieniu od stosowania tej klauzuli. Komisja nie przedstawiła jednak w tej decyzji informacji, które pozwoliłyby ocenić zakres pokrycia rynku przez GSA zawierających sporną klauzulę w odniesieniu do 2016 r. W tym względzie należy uznać, że twierdzenie Komisji zawarte w odpowiedzi na skargę, zgodnie z którym do dnia 3 czerwca 2016 r. czterej partnerzy bezpośredni nadal podlegali takim GSA, nie może podważyć tego stwierdzenia.

970 W związku z tym należy stwierdzić, że Komisja nie wykazała, iż klauzula uprzedniego zezwolenia mogła uniemożliwić konkurującym z Google'm pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w 2016 r.

2) W przedmiocie ruchu stron internetowych i liczby wyszukiwań online stron internetowych objętych klauzulą uprzedniego zezwolenia

971 Google uważa zasadniczo, że Komisja nie mogła wykazać, iż klauzula uprzedniego zezwolenia utrudniła jego konkurentom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, opierając się na badaniu Microsoftu i na podnoszonej w motywie 589 zaskarżonej decyzji okoliczności, odsyłającej do tabeli nr 27 tej decyzji, że strony internetowe partnerów bezpośrednich stanowiły znaczną część wszystkich wyszukiwań online przeprowadzonych w EOG.

972 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

973 W tym względzie, jak wynika z pkt 872 i 875 powyżej, Komisja mogła ograniczyć się do określenia stopnia pokrycia rynku klauzulą uprzedniego zezwolenia w celu dokonania oceny wagi tego pokrycia. W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja mogła oprzeć się na badaniu Microsoftu i na danych zawartych w tabeli nr 27 zaskarżonej decyzji jako wskazówkach potwierdzających ocenę tego stopnia.

b) W przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta

974 W motywie 611 zaskarżonej decyzji Komisja zauważyła, że klauzula uprzedniego zezwolenia mogła wykluczyć ewentualnego pośrednika równie skutecznego jak Google. Po pierwsze, dochody generowane przez GSA zawierające tę klauzulę w latach 2011–2015 stanowiły bowiem między [*poufne*] a [*poufne*] % rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG. Po drugie, w latach 2009–2015 dochody generowane przez klauzulę pozycjonowania i klauzulę wyłączności, znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, stanowiły [*poufne*] % a [*poufne*] % tego rynku. Po trzecie, w latach 2006–2016 Google posiadał „bardzo duży" udział w rynku. Po czwarte, na rynku tym występowały efekty sieciowe.

975 Komisja wskazała ponadto w motywie 612 zaskarżonej decyzji, że jest „mało prawdopodobne", aby w okresie, w którym obowiązywała klauzula uprzedniego zezwolenia, mógł pojawić się ewentualny pośrednik równie skuteczny jak Google. Komisja uznała wreszcie, że kwestia, czy Google realizował strategię mającą na celu wykluczenie konkurentów równie skutecznych jak on, jest bez znaczenia.

976 Google twierdzi, że Komisja nie wykazała, iż konkurent równie skuteczny jak on nie mógłby wejść na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online ze względu na klauzulę uprzedniego zezwolenia. Ponadto spółka ta zarzuca Komisji, że uznała, iż brak strategii skierowanej do równie skutecznych konkurentów jak Google nie miał znaczenia w niniejszej sprawie.

977 Komisja nie zgadza się z argumentacją Google'a.

978 W tym względzie należy zauważyć, że – jak wspomniano w pkt 656, 657 i 880 powyżej – okoliczność, iż Komisja wskazała, że jest „mało prawdopodobne", aby w okresie, w którym obowiązywała klauzula uprzedniego zezwolenia, mógł pojawić się ewentualny pośrednik równie skuteczny jak Google, nie może podważyć zgodności z prawem zaskarżonej decyzji.

979 Ponadto, jak wskazano w pkt 665 i 881 powyżej, Komisja mogła poprzestać na wykazaniu zdolności klauzuli uprzedniego zezwolenia do wywołania skutku w postaci wykluczenia, opierając się na wielu istotnych elementach, bez konieczności oparcia się w tym celu na kryterium testu równie skutecznego konkurenta. Ponadto, jak wskazano w pkt 671 powyżej, bezsporne jest, że Google nie przedstawił ani w toku postępowania administracyjnego, ani przed Sądem żadnej analizy opartej na tym teście.

980 W niniejszej sprawie sama treść klauzuli uprzedniego zezwolenia, która przewidywała zasadniczo, że partnerzy bezpośredni powinni uzyskać pisemną zgodę Google'a przed zmianą wyświetlania konkurencyjnych reklam, oraz okoliczności wymienione w motywie 611 zaskarżonej decyzji, a mianowicie, po pierwsze, okoliczność, że klauzula uprzedniego zezwolenia wraz z klauzulą wyłączności, zawartą w GSA, w których partnerzy bezpośredni zwykle uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe, oraz klauzulą pozycjonowania obejmowały znaczną część rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, jak wskazano w pkt 650 i 859 powyżej, a po drugie, waga pozycji dominującej Google'a, wynikająca w szczególności z jego bardzo dużych udziałów w rynku oraz barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju, w szczególności w postaci efektów sieciowych, mogły wykazać, że klauzula uprzedniego zezwolenia mogła mieć zdolność wykluczenia ewentualnego konkurenta równie skutecznego jak

Google. Wynika z tego, że okoliczności te mogły również wykazać, iż było „mało prawdopodobne", aby w okresie, w którym obowiązywała wspomniana klauzula, taki konkurent mógł się pojawić.

981 Wreszcie, jak wynika z pkt 678–681 powyżej, nie można zarzucać Komisji, po pierwsze, że nie wykazała, iż Google przyjął strategię mającą na celu wykluczenie konkurentów co najmniej równie skutecznych jak Google, a po drugie, że nie uwzględniła faktu, iż Google nie miał zamiaru wykluczyć takich konkurentów.

c) W przedmiocie okresu obowiązywania GSA i prawa partnerów bezpośrednich do jednostronnego rozwiązania umowy

982 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że średni okres obowiązywania GSA zawierających klauzulę uprzedniego zezwolenia był długi. Komisja wyjaśniła w tym względzie, że Google i partnerzy bezpośredni przedłużali niektóre GSA, czasami wielokrotnie, bez istotnych zmian.

983 Google zarzuca Komisji, że pomyliła czas trwania stosunków handlowych z partnerami bezpośrednimi objętymi klauzulą uprzedniego zezwolenia z okresem obowiązywania GSA zawierających tę klauzulę. Podnosi on również, że okres obowiązywania GSA, o których mowa w przypisach nr 766 i 767 zaskarżonej decyzji, wynosił najwyżej dwa lata pomiędzy każdym odnowieniem lub przedłużeniem. Ponadto Google stwierdza, że Komisja nie uwzględniła faktu, iż niektórzy partnerzy bezpośredni mieli prawo do jednostronnego rozwiązania umowy.

984 Vinden utrzymuje, że okres obowiązywania klauzuli uprzedniego zezwolenia był krótki i że przysługiwało tej spółce prawo do jednostronnego rozwiązania umowy na podstawie jej GSA z 2011 r.

985 Komisja odsyła do swojej argumentacji dotyczącej zasadności argumentacji Google'a dotyczącej klauzul wyłączności i pozycjonowania. Kwestionuje ona twierdzenia Google'a, zgodnie z którymi, po pierwsze, okres obowiązywania każdej GSA między dwoma przedłużeniami umowy był równy lub krótszy niż dwa lata, a po drugie, niektórzy partnerzy bezpośredni mieli prawo do jednostronnego rozwiązania umowy.

986 W tym względzie, jak wskazano w pkt 919 powyżej, Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, że klauzula uprzedniego zezwolenia z jednej strony zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm, a z drugiej strony uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online.

987 W konsekwencji należy zaznaczyć, że Komisja uznała – jak zresztą w istocie wskazała w motywach 629 i 630 zaskarżonej decyzji – że klauzula uprzedniego zezwolenia wywoływała skutek w postaci wykluczenia analogiczny z jednej strony do skutku klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, a z drugiej strony do skutku klauzuli pozycjonowania.

988 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że jak wynika z pkt 695, 696 i 891 powyżej, okres trwania obowiązku, zgodnie z którym partnerzy bezpośredni, przed zmianą wyświetlania konkurencyjnych reklam, powinni zwrócić się do Google'a o zgodę, należy do okoliczności istotnych dla oceny skutku tej klauzuli w postaci wykluczenia.

989 Otóż z jednej strony należy zaznaczyć, że Komisja uznała średni okres obowiązywania GSA zawierających klauzulę uprzedniego zezwolenia za długi, opierając się wyłącznie – w motywie 590 zaskarżonej decyzji, który odsyła do motywu 519 tej decyzji, wspomnianego w pkt 892 powyżej, oraz do motywu 594 wspomnianej decyzji – na okoliczności, że niektóre GSA były przedłużane, czasami wielokrotnie, bez istotnych zmian. W szczególności, jak wynika z pkt 893 powyżej, z załącznika A.55 do skargi oraz z przypisów nr 766 i 767 do zaskarżonej decyzji, których treść powtarza treść przypisu 713 do tej decyzji, wynika, że Komisja uwzględniła łączny okres obowiązywania tych GSA, włączając wszystkie ich ewentualne przedłużenia. Natomiast nie uwzględniła ona ani początkowego okresu obowiązywania poszczególnych GSA, rozpatrywanych indywidualnie, ani okresu obowiązywania poszczególnych ewentualnych przedłużeń tych GSA.

990 Z drugiej strony należy stwierdzić, że w ramach analizy skutków klauzuli uprzedniego zezwolenia Komisja nie wspomniała o prawach do jednostronnego rozwiązania umowy, które przysługiwały niektórym z partnerów bezpośrednich objętych tą klauzulą. Tymczasem z załączników A.55 do skargi i C.8 do repliki wynika, że co najmniej pięciu partnerom bezpośrednim wymienionym w tabeli nr 28 zaskarżonej decyzji, a mianowicie Vindenowi, [*poufne*], [*poufne*], [*poufne*] i [*poufne*], przysługiwało prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, czego Komisja nie kwestionuje. Ponadto z przypisów 766 i 767 wspomnianej decyzji wynika, że Komisja oparła się na okresie obowiązywania GSA zawartych jedynie z jedenastoma partnerami bezpośrednimi. W konsekwencji, jak wskazano w pkt 897 powyżej, okoliczność, że co najmniej pięciu partnerom bezpośrednim przysługiwało prawo do jednostronnego rozwiązania umowy, nie może być postrzegana jako wystarczająco rzadki wyjątek, aby uzasadnić nieuwzględnienie go przy ocenie skutku w postaci wykluczenia klauzuli uprzedniego zezwolenia.

991 W tych okolicznościach, jak wynika z pkt 898 powyżej, Komisja nie mogła – wyłącznie na podstawie motywów 590 i 594 zaskarżonej decyzji i bez zbadania rzeczywistych warunków i sposobów, w jakich przedłużano GSA, treści klauzul przewidujących prawo jednostronnego rozwiązania umowy, które przysługiwało niektórym partnerom bezpośrednim, ani też warunków, w jakich mogli z tego prawa skorzystać – wykluczyć, że ci partnerzy bezpośredni mieli możliwość zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm bez konieczności zwracania się do Google'a o uprzednią zgodę na zmianę wyświetlania konkurencyjnych reklam, w tym przed ewentualnym przedłużeniem ich GSA lub przed skorzystaniem z prawa do jednostronnego rozwiązania umowy. Wynika z tego, że w tych okolicznościach Komisja nie mogła również stwierdzić, że owi pośrednicy nie mieli możliwości konkurowania na części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online objętej przez GSA zawierające klauzulę uprzedniego zezwolenia przez cały okres obowiązywania tych GSA ani, a fortiori, przez łączny okres ich obowiązywania.

d) Wnioski dotyczące braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online

992 Jak wskazano w pkt 967 powyżej, Komisja słusznie uznała, że biorąc pod uwagę pokrycie klauzuli wyłączności, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron oraz pokrycie klauzuli pozycjonowania, w świetle okoliczności przypomnianych w pkt 602 powyżej, pokrycie klauzuli uprzedniego zezwolenia mogło być wystarczające, aby umożliwić tej klauzuli wywołanie skutku w postaci wykluczenia w okresie od 31 marca 2009 r. do 31 grudnia 2015 r. Ponadto w pkt 980 powyżej wskazano, że Google nie ma podstaw, by twierdzić, iż Komisja nie

wykazała, że konkurent równie skuteczny jak Google nie może wejść na rynek pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online lub że taki konkurent może zostać wykluczony z tego rynku.

993 Natomiast, po pierwsze, jak wynika z pkt 969 powyżej, Komisja nie wykazała, że klauzula uprzedniego zezwolenia mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia ze względu na jej zakres w okresie od 1 stycznia do 6 września 2016 r. Po drugie, jak wynika z pkt 991 powyżej, Komisja nie wzięła pod uwagę wszystkich istotnych okoliczności niniejszej sprawy przy ustalaniu okresu, w którym partnerzy bezpośredni byli na podstawie owej klauzuli zobowiązani do zwrócenia się do Google'a, przed zmianą wyświetlania konkurencyjnych reklam na swoich stronach wyników, o jego uprzednią zgodę.

994 Wynika z tego, że wbrew temu, czego wymaga orzecznictwo przypomniane w pkt 107 powyżej, Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem, w świetle wszystkich okoliczności niniejszej sprawy, że klauzula uprzedniego zezwolenia miała zdolność do uniemożliwienia konkurującym z Google'm pośrednikom dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG w okresie, w którym obowiązywała ta klauzula.

3. Wnioski w przedmiocie części pierwszej zarzutu czwartego

995 Jak przypomniano w pkt 919 powyżej, Komisja, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności niniejszej sprawy, uznała w motywie 573 zaskarżonej decyzji, że klauzula uprzedniego zezwolenia miała zdolność do ograniczenia konkurencji. Wskazała ona w tym względzie, że klauzula ta, po pierwsze, zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u konkurujących z Google'm pośredników, po drugie, uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, po trzecie, mogła szkodzić innowacjom, po czwarte, pomagała Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na krajowych rynkach reklamy związanej z wyszukiwaniem online w EOG, z wyjątkiem Portugalii, i po piąte, mogła szkodzić konsumentom.

996 Jak przypomniano w pkt 920 i 921 powyżej, Komisja stwierdziwszy, że klauzula uprzedniego zezwolenia z jednej strony zniechęciła partnerów bezpośrednich do zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm, a z drugiej strony uniemożliwiła tym pośrednikom dostęp do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, uznała zasadniczo, że owa klauzula może wywołać skutek w postaci wykluczenia. Ponadto wywiodła ona z tego skutku w postaci wykluczenia, że wspomniana klauzula mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu swojej pozycji dominującej na właściwych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online i wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

997 Jak przypomniano w pkt 926 powyżej, w motywie 574 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, przed zbadaniem skutków każdego z pięciu wskazanych przez nią ograniczeń konkurencji (zob. pkt 995 powyżej), , że do celów analizy zmierzającej do wykazania, iż klauzula uprzedniego zezwolenia ma zdolność do ograniczenia konkurencji, wzięła pod uwagę „okres obowiązywania [tej] klauzuli", odsyłając w tym względzie do sekcji 8.5.4.2 tej decyzji, dotyczącej braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online, i słusznie podkreśliła w ten sposób znaczenie rozważań przedstawionych w motywach 589 i 594 zawartych w tej sekcji. Komisja wskazała również, że wzięła pod uwagę stopień pokrycia rzeczonej klauzuli, który zbadała w tej samej części wspomnianej decyzji. Z systemowego umiejscowienia wspomnianego

motywu 574 w systematyce zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja przy badaniu skutków klauzuli uprzedniego zezwolenia w ramach każdego z pięciu ograniczeń wskazanych w tej decyzji, uwzględniła ten okres obowiązywania oraz ów stopień pokrycia.

998 Jak wynika zaś z pkt 993 powyżej, Komisja nie wzięła pod uwagę wszystkich istotnych okoliczności niniejszej sprawy przy ustalaniu okresu, w którym partnerzy bezpośredni byli na podstawie klauzuli uprzedniego zezwolenia zobowiązani do zwrócenia się do Google'a, przed zmianą wyświetlania konkurencyjnych reklam na ich stronach wyników, o jego uprzednią zgodę.

999 Ponadto, jak wskazano również w pkt 993 powyżej, Komisja nie wykazała, że klauzula uprzedniego zezwolenia mogła wywołać skutek w postaci wykluczenia ze względu na jej zakres w okresie od 1 stycznia do 6 września 2016 r.

1000 Wynika z tego, że błędy popełnione przez Komisję, przypomniane w pkt 998 i 999 powyżej, dotyczą wszystkich ograniczeń wskazanych przez nią w zaskarżonej decyzji, w związku z czym należy stwierdzić, że Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem, iż klauzula uprzedniego zezwolenia miała zdolność odwiedzenia partnerów bezpośrednich od zaopatrywania się u pośredników konkurujących z Google'm lub że miała ona zdolność uniemożliwienia tym pośrednikom dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG oraz w konsekwencji, że klauzula ta miała zdolność do wywołania stwierdzonego we wspomnianej decyzji skutku w postaci wykluczenia.

1001 W tych okolicznościach należy uznać, że Komisja nie wykazała również w sposób wymagany prawem, iż klauzula uprzedniego zezwolenia mogła przede wszystkim zaszkodzić innowacjom, następnie pomogła Google'owi w utrzymaniu i umocnieniu jego pozycji dominującej na rozpatrywanych rynkach krajowych reklamy związanej z wyszukiwaniem online, a wreszcie mogła szkodzić konsumentom.

1002 Z powyższego wynika, że należy uwzględnić pierwszą część zarzutu czwartego, bez konieczności badania pozostałych argumentów Google'a w ramach omawianego zarzutu, a w konsekwencji stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim Komisja stwierdziła w niej, że klauzula uprzedniego zezwolenia stanowi naruszenie art. 102 TFUE.

F. Wnioski w przedmiocie skargi

1003 Z pkt 727, 913 i 1002 powyżej wynika, że Komisja nie wykazała żadnego z trzech naruszeń art. 102 TFUE stanowiących jednolite i ciągłe naruszenie tego postanowienia, o którym mowa w art. 1–3 zaskarżonej decyzji. Ponadto, jak podnosi zasadniczo Google, z systematyki i sentencji tej decyzji wynika, że Komisja uznała, iż to jednolite i ciągłe naruszenie zostało określone jedynie w zakresie, w jakim składało się ono z odrębnych naruszeń.

1004 W konsekwencji należy stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim stwierdzono w niej, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, klauzula pozycjonowania i klauzula uprzedniego zezwolenia stanowią łącznie jednolite i ciągłe naruszenie art. 102 TFUE, bez konieczności orzekania w przedmiocie zasadności argumentacji Google'a zmierzającej do zakwestionowania konkretnie kwalifikacji takiego jednolitego i ciągłego naruszenia, a w konsekwencji w przedmiocie podniesionego przez Komisję zarzutu niedopuszczalności tej argumentacji.

1005 Z całości powyższych rozważań wynika, że należy stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji w całości, bez konieczności orzekania w przedmiocie zarzutu piątego Google'a.

IV. W przedmiocie kosztów

1006 Po pierwsze, zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja przegrała sprawę, należy – zgodnie z żądaniem Google'a – obciążyć ją kosztami postępowania.

1007 Po drugie, zgodnie z art. 138 § 3 regulaminu postępowania Sąd może zdecydować, że interwenient niewymieniony w §§ 1 i 2 tego artykułu pokrywa własne koszty. W niniejszej sprawie należy postanowić, że Surfboard i Vinden pokrywają własne koszty.

Z powyższych względów

Sąd (dziesiąta izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

1) **Stwierdza się nieważność decyzji Komisji C(2019) 2173 final z dnia 20 marca 2019 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 102 TFUE i art. 54 porozumienia EOG [sprawa AT.40411 – Wyszukiwarka Google (AdSense)].**

2) **Komisja Europejska zostaje obciążona kosztami poniesionymi przez Google LLC i Alphabet Inc.**

3) **Surfboard Holding BV i Vinden.NL BV pokrywają własne koszty.**

Kornezov Buttigieg Kowalik-Bańczyk

Hesse Petrlík

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 18 września 2024 r.

Podpisy

Spis treści

I. Okoliczności powstania sporu . . . 2

A. W przedmiocie usług i umów Google'a dotyczących pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online . . . 3

B. W przedmiocie postępowania administracyjnego . . . 4

C. W przedmiocie zaskarżonej decyzji . . . 5

1. W przedmiocie definicji rynku . . . 5

a) W przedmiocie krajowych rynków reklamy związanej z wyszukiwaniem online . . . 6

1) W przedmiocie rynku produktowego . . . 6

2) W przedmiocie rynku geograficznego . . . 6

b) W przedmiocie rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG . . . 7

1) W przedmiocie rynku produktowego . . . 7

2) W przedmiocie rynku geograficznego . . . 7

2. W przedmiocie pozycji dominującej . . . 7

a) W przedmiocie krajowych rynków reklamy związanej z wyszukiwaniem online . . . 7

1) W przedmiocie udziałów w rynku . . . 7

2) W przedmiocie barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju . . . 8

3) W przedmiocie braku wyrównawczej siły nabywczej . . . 9

b) W przedmiocie rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online w EOG . . . 9

1) W przedmiocie udziałów w rynku . . . 9

2) W przedmiocie barier wejścia na rynek i barier dla rozwoju . . . 9

3) W przedmiocie braku wyrównawczej siły nabywczej . . . 10

3. W przedmiocie klauzuli wyłączności zawartej w GSA, w których partnerzy bezpośredni „zwykle" uwzględniali wszystkie swoje strony internetowe . . . 10

a) W przedmiocie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w zakresie, w jakim stanowiła ona obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, jako taki, sprzeczny z art. 102 TFUE . . . 11

b) W przedmiocie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron, w zakresie, w jakim ustanawiała ona obowiązek wyłącznego zaopatrywania się, który może ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 102 TFUE 11

c) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia 12

4. W przedmiocie klauzuli pozycjonowania 12

a) W przedmiocie zakresu klauzuli pozycjonowania 12

b) W przedmiocie ograniczenia konkurencji wynikającego z klauzuli pozycjonowania 13

c) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia 13

5. W przedmiocie klauzuli uprzedniego zezwolenia 13

a) W przedmiocie ograniczenia konkurencji wynikającego z klauzuli uprzedniego zezwolenia 14

b) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia 14

6. W przedmiocie ciągłego i jednolitego naruszenia 14

7. W przedmiocie wpływu na handel między państwami członkowskimi 15

8. W przedmiocie grzywny 15

II. Żądania stron 15

III. Co do prawa 16

A. Uwagi wstępne 16

B. W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego błędnego zdefiniowania przez Komisję właściwych rynków i pozycji dominującej Google'a 18

1. W przedmiocie części pierwszej zarzutu pierwszego, dotyczącej substytucyjności reklam związanych z wyszukiwaniem online i reklam niezwiązanych z wyszukiwaniem online 19

a) Uwagi wstępne 20

b) W przedmiocie uwzględnienia punktu widzenia wydawców 21

c) W przedmiocie uwzględnienia wszystkich istotnych czynników 22

d) W przedmiocie argumentów Google'a dotyczących testu SSNIP 23

1) W przedmiocie adekwatności przeprowadzonej przez Komisję analizy cen 23

2) W przedmiocie zasadności wniosków wyciągniętych przez Komisję z przeprowadzonej przez nią analizy cen 27

i) W przedmiocie interpretacji odpowiedzi na pytanie dotyczące cen 27

– W przedmiocie interpretacji odpowiedzi wydawców 27

– W przedmiocie interpretacji odpowiedzi reklamodawców 28

– W przedmiocie interpretacji odpowiedzi agencji medialnych 30

– Wnioski dotyczące interpretacji przez Komisję odpowiedzi na pytanie dotyczące cen 32

ii) W przedmiocie rzekomego wprowadzającego w błąd przedstawienia odpowiedzi na pytanie dotyczące cen 32

e) W przedmiocie zasadności analizy Komisji dotyczącej różnic w cechach charakterystycznych między dwoma rozpatrywanymi rodzajami reklam 33

1) W przedmiocie uruchamiania i pozycjonowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam 33

2) W przedmiocie formatów dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam 34

3) W przedmiocie kosztów opracowania dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam 35

4) W przedmiocie możliwości targetowania obu rodzajów rozpatrywanych reklam 36

5) W przedmiocie celów dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam 38

6) W przedmiocie współczynników kliknięć i konwersji dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam 39

7) W przedmiocie możliwości zmierzenia wyników dwóch rozpatrywanych rodzajów reklam 40

8) W przedmiocie znaczenia różnic w cechach i w zastosowaniach dla celów definicji rynku 42

f) W przedmiocie uwzględnienia przykładów rzeczywistego zachowania wydawców, którzy zastąpili lub zastąpiliby reklamy związane z wyszukiwaniem online reklamami niezwiązanymi z wyszukiwaniem online 43

g) W przedmiocie interpretacji oświadczeń niektórych przedstawicieli Google'a 45

h) W przedmiocie wcześniejszych decyzji Komisji 47

i) Wnioski w przedmiocie części pierwszej zarzutu pierwszego 48

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu pierwszego, dotyczącej substytucyjności sprzedaży reklam internetowych poprzez pośrednictwo i sprzedaży takich reklam bezpośrednio przez wydawców 48

a) W przedmiocie substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży z punktu widzenia wydawców 49

1) W przedmiocie kosztów transakcyjnych ponoszonych przez wydawców 49

2) W przedmiocie wskaźnika dotyczącego dostępu do wystarczającej bazy reklamodawców 51

3) W przedmiocie braku „prawdziwej" analizy substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży 52

4) W przedmiocie wydawców korzystających z dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży 53

b) W przedmiocie substytucyjności dwóch rozpatrywanych kanałów sprzedaży z punktu widzenia reklamodawców 54

c) W przedmiocie uwzględnienia decyzji Telefónica UK 55

d) Wnioski w przedmiocie drugiej części zarzutu pierwszego 56

3. Wnioski w przedmiocie zarzutu pierwszego 56

C. W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego tego, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron nie stanowi nadużycia pozycji dominującej 56

1. W przedmiocie części pierwszej i drugiej zarzutu drugiego, dotyczących, odpowiednio, tego, że klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron nie stanowiła obowiązku wyłącznego zaopatrywania się w rozumieniu orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, EU:C:1979:36), oraz tego, że Komisja była zobowiązana do przeanalizowania skutków tej klauzuli 57

2. W przedmiocie części trzeciej zarzutu drugiego, dotyczącej tego, że w zaskarżonej decyzji nie wykazano, iż klauzula wyłączności znajdująca się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron miała zdolność ograniczenia konkurencji 60

a) W przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli wyłączności wobec partnerów bezpośrednich wszystkich stron 63

1) W przedmiocie decyzji partnerów bezpośrednich o uwzględnieniu strony internetowej w GSA 63

2) W przedmiocie odpowiedzi partnerów bezpośrednich na różne żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję i pisma Surfboardu 64

i) W przedmiocie znaczenia odpowiedzi na pytanie 5.2.d żądania udzielenia informacji z dnia 22 grudnia 2010 r. 65

ii) W przedmiocie znaczenia odpowiedzi udzielonych przez partnerów bezpośrednich, którzy nie są partnerami bezpośrednimi wszystkich stron . 66

iii) W przedmiocie partnerów bezpośrednich wszystkich stron zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji 67

– W przedmiocie skutecznego charakteru argumentacji Google'a 68

– W przedmiocie wiarygodności odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 24 lutego 2017 r. 68

iv) W przedmiocie odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron wymienionych w motywach 367 i 368 zaskarżonej decyzji 70

– W przedmiocie odpowiedzi [poufne] 71

– W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne] 72

– W przedmiocie odpowiedzi udzielonych przez [poufne] 73

– W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne] 74

– W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne] 75

– W przedmiocie odpowiedzi grupy [poufne], [poufne] i grupy [poufne] . 76

v) W przedmiocie pozostałych odpowiedzi partnerów bezpośrednich wszystkich stron, na które powołuje się Google 77

– W przedmiocie odpowiedzi [poufne] i [poufne], [poufne], [poufne] oraz grupy [poufne] i grupy [poufne] 77

– W przedmiocie odpowiedzi [poufne] i grupy [poufne] 78

vi) W przedmiocie pisma Surfboardu 79

vii) Wnioski dotyczące odpowiedzi partnerów bezpośrednich na różne żądania udzielenia informacji wystosowane przez Komisję i dotyczące pisma Surfboardu 80

3) W przedmiocie inwestycji dokonanych przez Yahoo! 81

4) W przedmiocie preferencji wydawców polegających na nabywaniu reklam związanych z wyszukiwaniem online u jednego pośrednika w danym czasie . . . 82

i) W przedmiocie badania przedstawionego przez Google'a w toku postępowania administracyjnego 83

ii) W przedmiocie odpowiedzi partnerów bezpośrednich, na które powołuje się Google 84

5) Wniosek w przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli wyłączności wobec partnerów bezpośrednich wszystkich stron 86

b) W przedmiocie niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online 87

1) W przedmiocie stosowania klauzuli wyłączności do niektórych formatów reklam związanych z wyszukiwaniem online 88

2) W przedmiocie objęcia rynku klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron 88

i) W przedmiocie uwzględnienia danych dotyczących okresu po zawarciu GSA do celów obliczenia stopnia pokrycia klauzuli wyłączności 90

ii) W przedmiocie uwzględnienia dochodów generowanych przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi należącymi do tej samej grupy co niektórzy partnerzy bezpośredni wszystkich stron 90

iii) W przedmiocie uwzględnienia GSA zawierających klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia 91

– W przedmiocie uwzględnienia dochodów generowanych przez GSA zawierające klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia w celu oceny skutków klauzuli wyłączności w postaci wykluczenia, znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron 91

– W przedmiocie uwzględnienia dochodów generowanych przez GSA, zawierających klauzule pozycjonowania i uprzedniego zezwolenia i zawartych z partnerami bezpośrednimi, którzy zwykle nie uwzględniali wszystkich swoich stron internetowych w GSA, w celu oceny skutków klauzuli wyłączności w postaci wykluczenia znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron 93

iv) W przedmiocie uwzględnienia partnerów bezpośrednich, którzy nie uwzględnili wszystkich swoich stron internetowych w GSA zawierających klauzulę wyłączności dla celów obliczenia stopnia pokrycia tej klauzuli . . . 95

v) W przedmiocie dochodów generowanych przez GSA zawarte z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron w 2016 r. 98

– W przedmiocie klauzuli wyłączności znajdującej się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron 99

– W przedmiocie klauzuli pozycjonowania 99

vi) W przedmiocie ruchu na stronach internetowych objętych klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawartych z partnerami bezpośrednimi wszystkich stron 99

vii) Wnioski dotyczące pokrycia rynku klauzulą wyłączności znajdującą się w GSA zawieranych przez partnerów bezpośrednich wszystkich stron . . . 101

3) W przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta 101

i) Uwagi wstępne 101

ii) W przedmiocie czynników istotnych dla zastosowania testu równie skutecznego konkurenta 102

iii) W przedmiocie dowodów przedstawionych przez Google'a w toku postępowania administracyjnego . . . 104

iv) W przedmiocie istnienia strategii mającej na celu wykluczenie równie skutecznych konkurentów . . . 105

v) Wnioski w przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta . . . 106

4) W przedmiocie okresu obowiązywania GSA i prawa niektórych partnerów bezpośrednich do jednostronnego rozwiązania umowy . . . 106

i) W przedmiocie dopuszczalności argumentacji Google'a . . . 107

ii) W przedmiocie zasadności argumentacji Google'a . . . 108

5) Wnioski dotyczące braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online . . . 111

c) Wnioski w przedmiocie trzeciej części zarzutu drugiego . . . 112

D. W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego tego, że klauzula pozycjonowania nie stanowiła nadużycia pozycji dominującej . . . 114

1. W przedmiocie części pierwszej zarzutu trzeciego, dotyczącej błędnej interpretacji zakresu klauzuli pozycjonowania . . . 114

a) W przedmiocie możliwości wyświetlania konkurencyjnych reklam pod reklamami Google'a . . . 115

b) W przedmiocie przestrzeni generujących najwyższy współczynnik klikalności . . . 117

1) W przedmiocie ilustracji zamieszczonych w załączniku A.52 do skargi . . . 118

2) W przedmiocie rysunków nr 5 i nr 6 załącznika C.11 do repliki . . . 120

c) Wnioski w przedmiocie części pierwszej zarzutu trzeciego . . . 120

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu trzeciego, dotyczącej braku ograniczenia konkurencji wynikającego z klauzuli pozycjonowania . . . 120

a) W przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli pozycjonowania w stosunku do partnerów bezpośrednich . . . 122

1) W przedmiocie zdolności klauzuli pozycjonowania do uniemożliwienia partnerom bezpośrednim oceny ewentualnego interesu handlowego w zaopatrywaniu się u pośredników konkurujących z Google'm . . . 123

i) W przedmiocie zakresu klauzuli pozycjonowania . . . 123

ii) W przedmiocie oświadczeń partnerów bezpośrednich . . . 124

– W przedmiocie dopuszczalności argumentacji Google'a . . . 124

– W przedmiocie zasadności argumentacji Google'a 125

2) W przedmiocie zdolności klauzuli pozycjonowania do uniemożliwienia partnerom bezpośrednim przyjęcia pewnych konfiguracji w odniesieniu do ich stron wyników, gdy użytkownik odwiedzał te strony z komputera 129

3) W przedmiocie interesu handlowego partnerów bezpośrednich w zaopatrywaniu się u konkurujących z Google'm pośredników w braku klauzuli pozycjonowania 130

4) Wnioski w przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli pozycjonowania w stosunku do partnerów bezpośrednich 131

b) W przedmiocie niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online 132

1) W przedmiocie stosowania klauzuli pozycjonowania w niektórych formatach reklam związanych z wyszukiwaniem online 132

2) W przedmiocie pokrycia rynku klauzulą pozycjonowania 133

i) W przedmiocie części rynku pokrytej klauzulą pozycjonowania 133

ii) W przedmiocie ruchu i liczby wyszukiwań online stron internetowych objętych klauzulą pozycjonowania 134

3) W przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta 136

4) W przedmiocie okresu obowiązywania GSA i prawa niektórych partnerów bezpośrednich do jednostronnego rozwiązania umowy 137

5) Wnioski dotyczące braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online 140

c) Wnioski w przedmiocie drugiej części zarzutu trzeciego 141

E. W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego tego, że klauzula uprzedniego zezwolenia nie stanowi nadużycia pozycji dominującej 142

1. W przedmiocie zniechęcającego charakteru klauzuli uprzedniego zezwolenia w stosunku do partnerów bezpośrednich 144

2. W przedmiocie niemożności uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online 148

a) W przedmiocie pokrycia rynku klauzulą uprzedniego zezwolenia 149

1) W przedmiocie części rynku pokrytej klauzulą uprzedniego zezwolenia 149

2) W przedmiocie ruchu stron internetowych i liczby wyszukiwań online stron internetowych objętych klauzulą uprzedniego zezwolenia 151

b) W przedmiocie testu równie skutecznego konkurenta 152

c) W przedmiocie okresu obowiązywania GSA i prawa partnerów bezpośrednich do jednostronnego rozwiązania umowy 153

d) Wnioski dotyczące braku możliwości uzyskania przez konkurujących z Google'm pośredników dostępu do znacznej części rynku pośrednictwa reklamowego związanego z wyszukiwaniem online 154

3. Wnioski w przedmiocie części pierwszej zarzutu czwartego 155

F. Wnioski w przedmiocie skargi 156

IV. W przedmiocie kosztów 157