



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

OCHRONA KONKURENCJI A WŁASNOŚĆ INTELEKTUALNA NA RYNKACH NOWYCH TECHNOLOGII

Mateusz Czerniak

Warszawa 2018

OCHRONA KONKURENCJI A WŁASNOŚĆ INTELEKTUALNA NA RYNKACH NOWYCH TECHNOLOGII

Mateusz Czerniak



Warszawa 2018

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright 2018 Mateusz Czerniak. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Praca magisterska napisana pod kierownictwem
dr. hab. Jerzego Jacyszyna, prof. nadzw. Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-64681-13-4

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład, druk i oprawa:
Drukarnia Advert
ul. Krakowska 21
41-503 Chorzów

Spis treści

Wstęp	5
Rozdział 1. Konkurencja jako przedmiot ochrony prawnej w kontekście rynków nowych technologii	8
1.1. Pojęcie i istota konkurencji	8
1.2. Systematyka prawa konkurencji	10
1.2.1. Motywy ochrony konkurencji oraz geneza prawa konkurencji.....	11
1.2.2. Ochrona konkurencji w Unii Europejskiej a krajowe prawo konkurencji	13
1.2.3. System instytucjonalny ochrony konkurencji w Unii Europejskiej, w Polsce oraz w Stanach Zjednoczonych.....	15
1.3. Praktyki naruszające konkurencję na rynku właściwym uzasadniające ingerencję organów publicznych	17
1.3.1. Rynek właściwy - pojęcie oraz kryteria wyznaczania	18
1.3.2. Porozumienia ograniczające konkurencję jako praktyki kolektywne.....	20
1.3.3. Nadużycie pozycji dominującej jako indywidualna forma ograniczenia konkurencji na rynku właściwym	21
Rozdział 2. Nowe technologie jako własność intelektualna	25
2.1. Specyfika rynków nowych technologii.....	25
2.2. Własność intelektualna - charakterystyka i prawny system ochrony.....	27
2.2.1. Prawo a prawa własności intelektualnej	28
2.2.2. Zarządzanie własnością intelektualną.....	31
2.3. Uwarunkowania technologiczne prawa własności intelektualnej.....	33
2.3.1. Wpływ prawa własności intelektualnej na innowacje	34
2.3.2. Pojęcie programu komputerowego i zagadnienia związane z jego ochroną na gruncie prawa własności intelektualnej	35
Rozdział 3. Wzajemne relacje prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji	39
3.1. Główne założenia styku regulacji prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji jako problemu badawczego	39
3.2. Wpływ wykonywania, istnienia i nabywania praw wyłącznych na konkurencję - wybrane orzecznictwo w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dotyczących praw własności intelektualnej.....	42
3.2.1. Stosunek unijnego prawa konkurencji do prawa własności intelektualnej	42
3.2.2. Stosunek polskiego prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej.....	45
3.2.3. Stosunek prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych do prawa własności intelektualnej	46
3.3. Nakazanie udzielenia licencji w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przy wykorzystaniu praw własności intelektualnej	48
3.4. Doktryna <i>essential facilities</i> i możliwość jej zastosowania w sprawach z zakresu własności intelektualnej.....	50
Rozdział 4. Sprawa <i>Microsoft</i> i jej wpływ na kwestie ochrony konkurencji i własności intelektualnej na rynkach nowych technologii	54
4.1. Zarys postępowań antytrustowych przeciwko <i>Microsoft</i> w Stanach Zjednoczonych.....	54
4.2. <i>Microsoft</i> w postępowaniu przed Komisją Europejską oraz Sądem Pierwszej Instancji	56
4.3. Kluczowe rozstrzygnięcia w zakresie dostępu do informacji o interoperacyjności - przesłanki nałożenia licencji przymusowej w sprawie <i>Microsoft</i>	60
4.3.1. Kryterium niezbędności informacji	62
4.3.2. Kryterium nowego produktu	63
4.3.3. Kryterium eliminacji konkurencji	64
4.3.4. Kryterium obiektywnego uzasadnienia odmowy	65
4.4. Wiązanie technologiczne i przenoszenie siły rynkowej na przykładzie sprawy <i>Microsoft</i>	66
4.4.1. Status sprzedaży związanej i pakietowej w prawie UE przed sprawą <i>Microsoft</i>	68
4.4.2. Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego z oprogramowaniem użytkowym w świetle sprawy <i>Microsoft</i>	70
4.4.2.1. Test odrębności systemu <i>Windows</i> i aplikacji WMP.....	71
4.4.2.2. Uniemożliwienie konsumentom nabycia systemu <i>Windows</i> bez WMP	72

4.4.2.3. Wykluczenie konkurencji z rynku produktu związanego	73
4.4.2.4. Obiektywne uzasadnienie wiązania.....	74
Zakończenie.....	76
Wykaz wykorzystanej literatury	79
Wykaz aktów prawnych i dokumentów.....	85
Wykaz orzecznictwa i decyzji	87
Źródła internetowe	89
Spis rysunków.....	90

Wstęp

Czas przechowywania własności intelektualnej przypomina termin przydatności do spożycia banana

Bill Gates (prezes Microsoft Corp. w latach 1981-2000)

Gwałtowny rozwój techniki w branży komputerowej, jaki miał miejsce w ostatnich kilkudziesięciu latach, był niewątpliwie wynikiem rewolucji technologicznej i rozkwitu tzw. nowej gospodarki - dla której nie tak ważna jest sama produkcja dóbr fizycznych, lecz właściwe zastosowanie wiedzy oraz określonych informacji. Wraz ze wzrostem ich znaczenia we współczesnym świecie pojawia się problem ich należytej ochrony. Z tego względu w sektorze opartym na nowych technologiach ogromną rolę pełnią prawa własności intelektualnej. Z jednej strony gwarantują one znaczny udział w zyskach z zainwestowanego kapitału, co pobudza szeroko rozumianą innowacyjność. Prawo własności intelektualnej to najlepszy ze znanych sposobów ochrony dóbr niematerialnych przed ich nieuprawnionym użyciem przez osoby trzecie, które nie poniosły nakładów finansowych i ryzyka niezbędnych do pozyskania danej informacji. Z drugiej strony niestety mogą skutkować uzyskaniem uprzywilejowanej pozycji na rynku przez podmiot, który jako pierwszy uzyskał ich ochronę. Innymi słowy prawa własności intelektualnej nierzadko umożliwiają uzyskanie odpowiedniej siły rynkowej, w wyniku której następuje wykluczenie konkurencji z rynku. Problem zbalansowania negatywnych i pozytywnych skutków prawa własności intelektualnej jest znany. Jednym z motywów powstania niniejszej pracy była właśnie próba odpowiedzi na pytanie - w jakim stopniu rzeczywiście wpływa ono na dobrobyt konsumentów?

W bardzo specyficzny sposób funkcjonuje rynek oprogramowania komputerowego. Samo wytworzenie danego programu pochłania najczęściej spore inwestycje, lecz jego rozpowszechnianie, zwłaszcza za pośrednictwem Internetu, już nie wymaga znaczących środków. Ponadto siła rynkowa w warunkach konkurowania innowacyjnością - co ma miejsce na rynku oprogramowania komputerowego - jest pojęciem stosunkowo krótkoterminowym. Produkt lidera w drodze postępu technicznego może zostać szybko wyparty z rynku przez produkt drastycznie bardziej innowacyjny. Przeciwstawia się temu zjawisko tzw. standaryzacji technologicznej. W jej wyniku popularny produkt (skupiający szerokie grono użytkowników), który stał się standardem na danym rynku będzie często cieszyć się stale rosnącą popularnością, nawet kosztem bardziej innowacyjnych, bądź tańszych produktów. Omawiane zjawisko udało się wykorzystać spółce *Microsoft*.

Microsoft z Redmond w stanie Waszyngton jest bez wątpliwości jedną z największych spółek informatycznych nie tylko w Stanach Zjednoczonych, ale i na całym świecie. Jest liderem innowacji na rynku oprogramowania komputerowego (*software*). Jego

sztandarowy produkt - system operacyjny *Windows* - już od pierwszej połowy lat 90. XX w. stanowi rynkowy standard akceptowany i użytkowany przez dominującą większość konsumentów. Właśnie jego ochrona, zagwarantowana przez prawo własności intelektualnej, umożliwiła *Microsoftowi* eskalację swojej pozycji na rynkach z nim powiązanych. W tym samym czasie z owego względu po obu stronach Atlantyku organy antymonopolowe oraz sądy zainteresowały się sprawą *Microsoftu*, twierdząc, że jego praktyki zaczęły wykluczać konkurentów z rynków, na których działała spółka z Redmond. Niezwykle interesująca jest zwłaszcza rozbieżność w podejściu do tego zagadnienia pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i Unią Europejską.

Eksploatacja przewagi konkurencyjnej opartej na prawach własności intelektualnej niesie ze sobą zatem ryzyko naruszenia norm chroniących konkurencję. Regulacje prawne z zakresu ochrony konkurencji będą tym samym ingerować w zakres swobody wynikający z danego prawa wyłącznego do dobra niematerialnego. Sprawa *Microsoft* niewątpliwie rzuca nieco światła na zagadnienia związane ze wzajemną relacją prawa konkurencji do prawa własności intelektualnej, nawet jeśli przynosi ona równie wiele nowych wątpliwości. Stanowi ona centrum zainteresowania niniejszej pracy. Jej głównym celem jest teoretyczna analiza problematyki motywów ochrony konkurencji w kontekście ochrony wynikającej z praw własności intelektualnej. Oba te zagadnienia zostaną opisane przez pryzmat specyfiki rynków nowych technologii. W tworzeniu pracy wykorzystane zostały typowe metody badawcze dla nauk prawnych - analiza orzeczeń sądowych, publikacji i monografii, do których udało się autorowi dotrzeć. Wykorzystano zarówno opracowania polskie, jak i anglojęzyczne.

Praca posiada układ problemowy. W pierwszym rozdziale dogłębnie opisane zostaną zagadnienia związane z potrzebą ochrony konkurencji wraz z wyszczególnieniem najważniejszych aktów prawnych i orzeczeń sądowych, zarówno na gruncie Unii Europejskiej, Polski, jak i Stanów Zjednoczonych. Zostanie przybliżona geneza prawa konkurencji oraz jego najważniejsze cele. Wskazane zostaną również prowadzące do naruszeń konkurencji praktyki przedsiębiorców, ze szczególnym naciskiem na nadużywanie pozycji dominującej. W miarę możliwości na każdym etapie będzie pokrótce przedstawiona, związana z danym zagadnieniem, problematyka rynków nowych technologii.

Punktem wyjścia dla rozdziału drugiego była analiza prawa własności intelektualnej i jego wpływu na innowacyjność na rynkach nowych technologii. Tym samym wpierv zostanie przybliżona specyfika takich rynków wraz z charakterystyką ich konkurencyjności. Ważne w tym miejscu jest rozróżnienie konkurencji „na rynku” od konkurencji „o rynek”. Następnie zostaną przedstawione najważniejsze kwestie dotyczące dóbr niematerialnych i prawnego systemu ich ochrony. Zostaną także wskazane różnice pomiędzy prawem własności intelektualnej jako dziedziną prawa, a prawami własności intelektualnej, czyli prawami podmiotowymi. Rozdział kończą rozważania dotyczące technologicznych aspektów własności intelektualnej, które skupiają się przede wszystkim na przybliżeniu pojęcia programu komputerowego.

Wyjaśnienie najważniejszych kwestii opisanych powyżej jest konieczne do przedstawienia wzajemnych relacji prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej, którym poświęcony jest rozdział trzeci. W tym miejscu zostanie

przedstawiona skomplikowana problematyka styku obu tych dziedzin prawa. Rozdział służy weryfikacji tezy, że prawo własności intelektualnej oddziałuje na konkurencję zarówno w negatywny, jak i w pozytywny sposób. W tym celu zostanie poddane analizie orzecznictwo dotyczące przypadków, gdy wykonywanie, nabywanie, bądź też wręcz samo istnienie praw własności intelektualnej wpłynęło na konkurencyjność danego rynku. Największa ilość miejsca zostanie poświęcona przypadkom odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej.

Podstawowym celem ostatniego rozdziału jest prezentacja przebiegu postępowań w sprawie *Microsoft*, zarówno prowadzonych w Stanach Zjednoczonych, jak i na gruncie Unii Europejskiej, wraz z gruntownym przedstawieniem ich rezultatów i rozstrzygnięć. Autor odwoła się do rozważań z poprzednich rozdziałów w kontekście oskarżeń wystosowanych przez Departament Sprawiedliwości oraz Komisję Europejską wobec *Microsoftu*. W dalszej części zostanie szerzej scharakteryzowane już samo postępowanie unijne wraz z materialnoprawnymi problemami obu praktyk nadużycia pozycji dominującej, których stosowanie zostało zarzucone *Microsoftowi*. Należą do nich odmowa udzielenia informacji zapewniających interoperacyjność produktów konkurencyjnych z systemem operacyjnym *Windows* oraz sprzedaż wiązana systemu *Windows* wraz z oprogramowaniem użytkowym *Windows Media Player*.

Praca obejmuje stan prawny na dzień 11 maja 2017 r.

Rozdział 1. Konkurencja jako przedmiot ochrony prawnej w kontekście rynków nowych technologii

1.1. Pojęcie i istota konkurencji

Problem w ujmowaniu pojęcia konkurencji ma zasadnicze znaczenie dla prawa. Z tego też względu zanim zostanie przedstawiony zarys problematyki norm prawnych chroniących konkurencję na rynku nowych technologii wraz z ustaleniem zakresu takiej ochrony, należałoby przede wszystkim wskazać na najważniejsze sposoby określania samej istoty konkurencji oraz metod jej definiowania. Pierwszym problemem jest brak - na gruncie prawa europejskiego i krajowego - definicji legalnej pojęcia konkurencji. Trudności sprawia również niewątpliwie mnogość teorii i pozycji literatury (zarówno z dziedziny prawa, jak i ekonomii) opisujących te zagadnienia, zatem przedstawione zostaną jedynie te najważniejsze, niezbędne w celu dalszej analizy wybranego problemu zawartego w niniejszej pracy.

Konkurencyjny rynek, czyli taki, w ramach którego żaden z przedsiębiorców nie może samodzielnie kształtować i ustalać panujących na nim cen, bez wątpienia należy uznać za zjawisko pozytywne. Przyjmuje się, że właśnie dzięki niemu konsumenci osiągną najwyższy dobrobyt, a ich potrzeby będą zaspokajane w największym stopniu po najniższych z możliwych cenach¹. Popularnym twierdzeniem jest, iż istnienie alternatywnego sprzedawcy już samo w sobie stanowi ochronę przed wyzyskiem konsumenta przez innego sprzedawcę². Warunki, które umożliwiają taki stan rzeczy opisuje model konkurencji doskonałej. Rynki doskonale konkurencyjne - zatem takie, na których wszyscy konkurenci, jak i konsumenci są cenobiorcami (i którzy nie mają, jak to zostało zaznaczone wcześniej, żadnego wpływu na cenę), panuje doskonały przepływ informacji (każdy może się bez problemu zapoznać z ofertami na rynku), dobra są jednorodne i wreszcie, gdzie brak jest wszelkich barier wejścia na taki rynek (brak też barier, aby go opuścić) - w zasadzie jednak nie występują³. O większości rynków powiemy, że są w mniejszym lub większym stopniu konkurencyjne, a panującą na nich konkurencję należy uznać

1 Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 13 i n.; M. Armstrong, *Competition Policy International. Interactions between Competition and Consumer Policy*, Competition Policy International 2008, vol. 4, no. 1, s. 100 i n.

2 M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose. A Personal Statement*, New York 1980, s. 226.

3 M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo konkurencji. Tom 15*, Warszawa 2014, s. 3-4; A. Zielińska-Głębocka, *Podstawowe założenia teorii konkurencji* [w:] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 28.

za konkurencję niedoskonałą. Oznacza to, że przedsiębiorcy mają pewien wpływ na ceny panujące na rynku i mogą na nie oddziaływać np. zmieniając poziom swojej produkcji. Skrajną postacią takiej sytuacji i zarazem przeciwieństwem konkurencji doskonałej jest monopol, czyli rynek z zasadniczo tylko jednym producentem pewnego dobra. Ukształtować się taki stan rzeczy może ze względów naturalnych, bądź prawnych. Monopol naturalny ma miejsce wówczas, gdy uznaje się, że opłacalna jest działalność tylko jednego podmiotu na konkretnym rynku, a konkurencyjne warunki są ciężkie w kreacji, bądź też w ogóle nieopłacalne. Jako dobre przykłady obszarów gospodarki, gdzie występuje dylemat o korzystności konkurencji należy wskazać na wszelkie sektory infrastrukturalne, jak łączność elektroenergetyczna i transport kolejowy⁴. Monopol prawny z kolei jest ustanawiany na mocy regulacji prawnych. W przeszłości najczęściej miał miejsce w sytuacji przejęcia danego obszaru gospodarki przez jeden podmiot (jak państwo) i następnie prawnym zabezpieczeniem takiego monopolu. Takie rozwiązanie jest z reguły krytykowane z racji, iż umożliwiają monopolistom stosowanie zawyżonych cen (przy braku bliskich substytutów klienci są i tak zmuszeni do skorzystania z jego oferty) oraz nie wywołują na nim presji do dalszych inwestycji i ulepszenia jakości produktów⁵. W efekcie monopolista najczęściej nie zaspokaja potrzeb wszystkich konsumentów, bowiem nie jest to dla niego opłacalne⁶. Drugim rodzajem - obecnie odgrywającym coraz większą wagę - są monopole prawne uzyskiwane na dobra własności intelektualnej. W takim przypadku przedsiębiorca uzyskuje wyłączność na prawnie określone użytkowanie utworów, pewnych technologicznych rozwiązań oraz oznaczeń⁷.

Konkurencję utożsamia się bardzo często z pojęciem „współzawodnictwa”, bądź „rywalizacji” przedsiębiorców na danym rynku⁸. W tym założeniu przedsiębiorcy rywalizują o klienta ceną swoich towarów i usług, ich innowacyjnością czy jakością. Konkurencja ta może mieć także jedynie charakter potencjalny, co występuje w sytuacji, gdy bariery wejścia na rynek są tak niewielkie, że rynek na którym nie uświadczymy większej rywalizacji, będzie zachowywał się jednak w sposób mocno konkurencyjny⁹. Zjawisko rywalizacji jest pożądane i naturalne, przy czym zakłada się, iż każda w zasadzie jego redukcja w tym ujęciu jest zarazem

4 Także każdy inny sektor, gdzie występują korzyści skali, zob. szerzej M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 109 i n.

5 B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010, s. 24.

6 Monopolista zawyża cenę ustalając ją na poziomie przychodu krańcowego (ponad stan równowagi), bowiem tak osiąga on największy zysk. W takiej sytuacji część konsumentów po prostu nie stać na zakup danego dobra, zob. D. Begg, S. Fisher, R. Dornbush, *Mikroekonomia*, Warszawa 2007, s. 531 i n.

7 K. Czub, *Prawo własności intelektualnej. Zarys wykładu*, Warszawa 2016, s. 22-34; P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2014, s. 1-2.

8 Tak m.in. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 46-47; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 81 i n.

9 Występować będzie tu tzw. presja konkurencyjna ze względu na obawy przedsiębiorcy przed pojawieniem się nowych konkurentów. Przedsiębiorca może zachowywać się efektywniej także ze względu na groźbę utraty pewnych praw wyłącznych, W. Springer, *Regulacja konkurencji a konkurencja regulacyjna. Ujęcie instytucjonalne*, Warszawa 2010, s. 56-58.

ograniczeniem konkurencji¹⁰. Prowadzi to jednak do nieracjonalnych wniosków, wszak przedsiębiorca, który „pokonał” rywali i uzyskał dominującą pozycję na rynku (tym samym ograniczając konkurencję) nie może być karany za taki stan rzeczy, jeśli osiągnął to w drodze dopuszczalnej i uczciwej gry rynkowej¹¹. Problem może pojawić się, gdy w celu osiągnięcia lepszej pozycji na rynku przedsiębiorcy korzystają ze środków niezwiązanych z ich ofertą, lecz bezpośrednio nakierowanych na eliminację konkurenta z rynku (środki związane z ofertą tylko pośrednio mogą się do tego przyczynić). Ten rodzaj rywalizacji jest uznawany za niedopuszczalny i uzasadnia korektę takich zachowań przez system prawa ochrony konkurencji¹². Zagadnienie to będzie przedmiotem rozważań w dalszej części pracy, a nas w tym miejscu interesuje przede wszystkim sytuacja, gdy pozycja dominująca przedsiębiorcy (czyli przedsiębiorca swoimi działaniami ograniczył konkurencję na rynku) została zdobyta w wyniku nabycia, bądź wykonywania praw własności intelektualnej. Jak to zostało zaznaczone nieco wcześniej, prawa te w swojej istocie przyznają posiadaczowi sferę monopolu prawnego, który obejmuje konkretne sposoby korzystania z chronionego dobra niematerialnego. Nie ulega wątpliwości, iż skutkiem praw własności intelektualnej będzie w zasadzie ograniczenie konkurencji na rynku¹³. Należy jednak uznać to za element rywalizacji merytorycznej, związanej z ofertą przedsiębiorcy, który przecież wprowadzając innowacje czy nowe metody zarządzania stara się ulepszyć swoje produkty, bądź usługi, a to z kolei przyczyni się do wzrostu dobrobytu konsumenta¹⁴. Większe trudności sprawia ocena tego zjawiska, gdy interesy konsumentów wydają się być jednak naruszone.

1.2. Systematyka prawa konkurencji

Pojęcie działu prawa konkurencji jest interpretowane na różne sposoby i niejednokrotnie przybiera zróżnicowane nazwy: prawa antymonopolowego, prawa antytrustowego, jak i też prawa ochrony konkurencji¹⁵. W literaturze najczęściej można się spotkać z określeniem prawa konkurencji jako zespołu norm, którego elementarnym zadaniem jest zapewnienie występowania i rozwoju konkurencji na rynku¹⁶. Efektywność ekonomiczna i należyte zaspokojenie popytu jest w zasadzie gwarantowane istnieniem konkurencji. Prawo konkurencji określa granice w swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców oraz w zawieranych przez nich umowach, aby wyeliminować wszelkie niepożądane zakłócenia mogące być efektem ich nieskrępowanej przez normy prawa aktywności¹⁷.

10 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 46.

11 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 83-84.

12 R. Gwiazdowski, *O zaletach konkurencji i potrzebie jej efektywnej ochrony* [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005, s. 80.

13 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 85.

14 Tamże.

15 R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2014, s. 1; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 32.

16 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 32; M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka...* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego...*, s. 9 i n.

17 W. Szpringer, *Regulacja konkurencji...*, s. 105; M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, *Ekonomia i Prawo* 2013, tom XII, nr 2, s. 195 i cytowana tam literatura.

Prawo konkurencji jest także niekiedy ujmowane jako „podstawowy mechanizm koordynacji postępowania uczestników gospodarki rynkowej”¹⁸. W takiej definicji ochronie podlega zatem po prostu gospodarka rynkowa.

1.2.1. Motywy ochrony konkurencji oraz geneza prawa konkurencji

Usystematyzowanie i rozwój prawa konkurencji jako działu prawa zawdzięczamy przede wszystkim tzw. ustawie Shermana, uchwalonej 2 lipca 1890 r. w Stanach Zjednoczonych¹⁹. Była ona odpowiedzią na przesadnie zmonopolizowaną amerykańską gospodarkę, w której prym wiodły wielkie korporacje ograniczające szanse na zaistnienie w niej małym przedsiębiorstwom²⁰. Celem było wówczas „rozbić” tworzących się trustów przejmujących rynek (wtedy chodziło przede wszystkim o rolnictwo). Stąd też amerykańskie prawo konkurencji określane jest jako prawo antytrustowe. Należy jednak pamiętać, iż w Stanach Zjednoczonych ciężar prawotwórczy spoczywa przede wszystkim na sądach i to one doprecyzowały ogólne uregulowania ustawy, przyczyniając się w głównej mierze do rozwoju prawa konkurencji na kontynencie Ameryki Północnej²¹. Orzecznictwo sądowe wprowadziło wówczas kluczowe reguły (zasady), które odgrywają znaczącą rolę w tworzeniu i stosowaniu prawa konkurencji również w Europie. Warto wymienić przede wszystkim zasadę *de minimis* (o pozwalaniu na ograniczanie konkurencji, gdy chodzi o sprawy bagatelne)²² oraz *rule of reason* (zasadę rozsądku, według której nie powinny być zakazane praktyki przedsiębiorców, jeśli nie prowadzą do ograniczeń w handlu)²³. Pomimo tego ustawa Shermana niekiedy jest krytykowana ze względu, iż miała odwrócić uwagę społeczeństwa od głównego zagrożenia, jakim była monopolizacja rynków przez rząd²⁴.

Ustawa Shermana była w zasadzie pierwszym głównym odstępstwem od postulatu nieingerowania państwa w gospodarkę. Nie znajdziemy jednak w jej uregulowaniach dokładnych argumentacji uzasadniających taką ingerencję. W efekcie wyróżnia się dwa główne nurty określające motywy regulacji prawnych chroniących konkurencję. Pierwszym z nich jest tzw. szkoła harwardzka, która skupia się przede wszystkim na strukturze rynku, bowiem to ona decyduje o intensywności konkurencji²⁵. Szkoła ta formułuje tezę, że prawo ochrony konkurencji posiada szereg równych sobie celów

18 K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 382.

19 *The Sherman Antitrust Act*, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (15 U.S.C. § 1-7); dalej jako ustawa Shermana.

20 Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej...* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce...*, s. 14.

21 M. Błachucki, *Rozwój historyczny...*, s. 194 i cytowana tam literatura.

22 Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

23 Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

24 T. J. DiLorenzo, *The Truth About Sherman*, dostępny pod adresem <https://mises.org/library/truth-about-sherman> (11.05.2017).

25 Opierając się na paradygmacie struktura-zachowania-efektywność, zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 28; M. Śliwińska, *Ochrona konkurencji we współczesnej gospodarce wyzwaniem dla teorii konkurencji*, *Ekonomia i Prawo* 2013, tom XII, nr 2, s. 212.

- od ochrony małych przedsiębiorstw (nawiązując do ustawy Shermana), przez redystrybucję dochodu (między kupującymi i sprzedającymi, zwłaszcza chodziło o monopolistę zawyżającego ceny), aż po postęp technologiczny²⁶. Konkurencja w szkole harwardzkiej utożsamiana jest z presją konkurencyjną występującą już na samym rynku. Bariery dostępu do rynku odgrywają tu zatem podstawowe znaczenie w przypadku oceny zasadności stosowania norm prawa chroniących konkurencję. Pamiętając jednak, że mogą te bariery wynikać z efektywnej działalności podmiotów, jak i mogą mieć charakter sztuczny, gdy przedsiębiorcy specjalnie ograniczają dostęp do rynku potencjalnym konkurentom²⁷. Szkoła harwardzka formułuje zalecenie, że w przypadku wystąpienia niedoskonałości rynku, organy ochrony konkurencji powinny dążyć do zmiany w jego strukturze. W sytuacji, gdy przedsiębiorca zdobywa dominującą, monopolistyczną pozycję na rynku (występuje nadmierna koncentracja), organ powinien przeciwdziałać takiej praktyce. Przykładami zastosowania tych zaleceń w praktyce są sprawy antymonopolowe przeciwko IBM czy Xerox w latach 60. i 70. XX w.²⁸ Historia obu tych spraw jest na tyle ciekawa i z racji, że dotyczą one także zagadnień dotyczących własności intelektualnej, będą omówione w rozdziałach kolejnych.

Drugi z nurtów - zwany szkołą chicagowską - z kolei skupia się na zachowaniach przedsiębiorców²⁹. Jako jedyny cel prawa konkurencji przyjmuje się zapewnienie dobrobytu konsumentów, który mierzony jest efektywnością działalności przedsiębiorców (tzw. podejście efektywnościowe). Każde zachowanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat jego ostatecznego skutku na sytuację konsumentów, dozwolone są tu zatem działania przedsiębiorców, które mimo iż ograniczały konkurencję, to nie wpływały negatywnie na dobrobyt konsumentów. Szkoła ta odegrała znaczącą rolę w orzecznictwie sądów amerykańskich w latach 80. XX w., a następnie także w praktykach decyzyjnych Komisji Europejskiej, która zaczęła przyzywać na szeroki zakres porozumień ograniczających konkurencję, argumentując to ich pozytywnym oddziaływaniem na efektywność produkcji (zwłaszcza, gdy związane to było z postępem technologicznym)³⁰. Mimo wszystko ocena przez pryzmat struktury rynku - a nie efektywności - wciąż jednak wydaje się być dominująca. Rozróżnienie pomiędzy kryterium efektywności, a strukturą rynku wydaje się być niezbędne w celu scharakteryzowania i oceny w dalszej części pracy orzeczeń sądowych i decyzji organów antymonopolowych w tym zakresie. W nich bowiem bardzo często powoływano się na zasadność ograniczania swobody w prowadzeniu działalności gospodarczej, nawiązując w mniejszym lub większym stopniu do osiągnięć obu tych szkół.

26 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 30.

27 Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej...* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce...*, s. 20-21; B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 32-33.

28 D. E. Waldman, *The Rise and Fall of IBM* [w:] D. I. Rosenbaum (red.), *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose It and the Impact on Economic Performance*, California 1999, s. 131 i n.; F. S. McChesney, *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, Chicago 1995, s. 53 i n.

29 Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej...* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce...*, s. 20; B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 32.

30 M. K. Kąkol, *Koncepcja konkurencji według szkół austriackiej i chicagowskiej - analogie i różnice*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 2008, vol. XLII, no. 15, s. 212.

Patrząc na współczesny dorobek literatury oraz zwłaszcza orzecznictwo w zakresie ustalenia motywów ochrony konkurencji przez prawo, można dostrzec ekonomizację prawa konkurencji. Nacisk jest kładziony na ochronę efektywności rynku, pozostawiając cele polityczne na uboczu (jednak nie wyzbywając się ich całkowicie)³¹. Obecnie można spotkać się z charakterystyką celów prawa konkurencji wraz z ich podziałem na trzy grupy: zwiększenia dobrobytu konsumentów, ochrony swobody gospodarczej dla konkurentów oraz ochrony każdego innego interesu publicznego³². Dobrobyt konsumentów oraz wolność gospodarcza to oczywiście także pojęcia, które określimy mianem interesu publicznego, a więc ich zapewnienie leży w interesie pewnej ogólnej, nieokreślonej liczby osób³³. Uzasadniona jest dzięki niemu ingerencja organów publicznych w swobody pojedynczych przedsiębiorców, których działania mogą godzić w interesy pozostałych uczestników rynku. Naruszenie interesu publicznego stanowi przesłankę podjęcia działań przez organ antymonopolowy z urzędu, jednak nie jest konieczny, aby regulacje krajowe, bądź unijne dotyczące ochrony konkurencji zostały w ogóle zastosowane. Przyjmuje się, że każda jednostka, której interes został naruszony wskutek działań sprzecznych z regułami konkurencji, może dochodzić swoich praw na drodze cywilnoprawnej. Przejawia się to przede wszystkim w możliwości żądania roszczeń odszkodowawczych przez pojedynczego przedsiębiorcę lub konsumenta³⁴.

1.2.2. Ochrona konkurencji w Unii Europejskiej a krajowe prawo konkurencji

Integracja gospodarcza w ramach Unii Europejskiej³⁵ przyjmowała już od lat 50. XX w. jako swój naczelny cel utworzenie rynku wewnętrznego i zapewnienie jego dalszego funkcjonowania. Zachowaniami każdego uczestników w tak powstającym rynku musiały zatem rządzić reguły wolnego handlu. Potwierdzają to założenie art. 3 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej³⁶ oraz art. 26 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³⁷. Pierwotnie reguły konkurencji UE stanowiły jedynie dodatkowy element procesu budowy rynku wewnętrznego³⁸. Od lat 90. XX w. jednak rola wspólnych reguł konkurencji i polityki konkurencji UE nabiera na znaczeniu i przestaje być to jedynie środek służący integracji państw. Obecnie wręcz uznaje się, że UE powinna przyczyniać się do zwiększania efektywności gospodarki europejskiej, a zatem dążyć do maksymalizacji dobrobytu konsumentów wraz z optymalną alokacją czynników produkcji³⁹. Współcześnie wyróżnia się często trzy

31 Znoszenie barier między państwami członkowskimi UE to dobry przykład celu politycznego ochrony konkurencji, zob. szerzej M. Błachucki, *Rozwój historyczny...*, s. 198 i n.

32 Tamże, s. 199 i cytowana tam literatura.

33 W orzecznictwie polskim najczęściej twierdzi się o „szerszym kręgu uczestników rynku”, por. wyrok SA z dnia 24 stycznia 1991 r., XV Amr 8/90 (Wokanda 1992, nr 2, poz. 39).

34 Zob. szerzej: R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki...*, s. 39 i n.; por. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 63-69.

35 Dalej jako UE.

36 Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 z późn. zm.); dalej w skrócie TUE.

37 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569); dalej w skrócie TFUE.

38 Zob. art. 3 ust. 1 lit. b TFUE, który wskazuje wśród kompetencji wyłącznych UE „ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego”.

39 A. Jurcewicz-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej* [w:]

filary regulacji prawnych wspólnego rynku UE: przepisy dotyczące swobód rynku wewnętrznego (art. 26-37 oraz art. 45-66 TFUE), przepisy regulujące wspólne reguły konkurencji (art. 101-109 TFUE) oraz wszelkie przepisy odnoszące się do szczególnych polityk UE (np. polityka energetyczna, audiowizualna, rolna, często ten zbiór przepisów nazywany jest regulacjami sektorowymi)⁴⁰. Nas interesuje przede wszystkim drugi z tak wyróżnionych filarów i na nim będzie skupiona uwaga w dalszej części pracy.

Źródłami prawa konkurencji UE są, jak to zostało zauważone, przede wszystkim przepisy traktatowe. Zasady dotyczące niezakłóconej konkurencji zawiera TFUE w rozdziale „Reguły Konkurencji”, gdzie należy wyszczególnić unormowania skierowane do przedsiębiorców, czyli art. 101-106, a także art. 107-109, gdzie znajdziemy regulacje dotyczące antykonkurencyjnej pomocy publicznej⁴¹. Na mocy art. 101 oraz art. 102, które stanowią najważniejszą część materialnego prawa konkurencji UE, zakazane są dwa działania przedsiębiorców: porozumienia ograniczające konkurencję oraz nadużywanie pozycji dominującej. Zostaną one omówione nieco później, a w tym miejscu warto wskazać na przesłanki zastosowania obu tych przepisów. Niewątpliwie obie te praktyki są zakazane wtedy, gdy mają negatywny wpływ na konkurencję (na rynku wewnętrznym) i są podejmowane przez przedsiębiorców (tutaj: przedsiębiorstwa)⁴². Ostatnim warunkiem koniecznym do zastosowania art. 101 i art. 102 jest wpływ tych praktyk na handel między państwami członkowskimi. Ta ostatnia przesłanka odróżnia unijne przepisy od analogicznych unormowań mających zastosowanie na gruncie prawa polskiego - zakaz praktyk ograniczających konkurencję jest unormowany przede wszystkim w art. 6 i art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴³, która stanowi główny akt prawa ochrony konkurencji w Polsce⁴⁴. Obie pary przepisów ze względu na harmonizację polityki konkurencji w ramach UE są w treści stosunkowo zbliżone, choć nie identyczne. Priorytetową kwestią pozostaje rozstrzygnięcie o negatywnym wpływie praktyki na handel między państwami członkowskimi (czyli czy praktyka ma wymiar europejski). Jeśli znacząco naruszony został jedynie handel wewnątrzpaństwowy, wówczas będą mieć zastosowanie przepisy krajowego prawa konkurencji. Brak tu równoległego stosowania obu porządków prawnych (mogłoby to prowadzić

J. Barcz (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. VI-2 i n.

40 Tamże, s. VI-4 i cytowana tam literatura.

41 Ten obszar regulacji dotyczy stosunków wertykalnych, pomiędzy państwami a przedsiębiorcami, zob. A. Szafrński, *Pomoc publiczna* [w:] Z. Szażyk, A. Szafrński, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2012, s. 232 i n.

42 Na gruncie prawa unijnego brak jednak definicji przedsiębiorstwa czy przedsiębiorcy. Zgodnie z wypracowaną definicją przez orzecznictwo unijne należy uznać za nie każdą autonomiczną jednostkę działającą na rynku, niezależnie od jej formy prawnej. Będzie to tak naprawdę osoba fizyczna, prawna, bądź jednostka organizacyjna bez osobowości prawnej prowadząca działalność gospodarczą. Jest to definicja oczywiście zbieżna z przyjętą definicją przedsiębiorcy w prawie polskim, zob. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 28-30; G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 44 i n.

43 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 229); dalej w skrócie u.o.k.k.

44 W odniesieniu do ochrony konkurencji o publicznoprawnym charakterze. Cywilnoprawna ochrona konkurencji z kolei jest uregulowana przede wszystkim w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

do sytuacji konfliktowych)⁴⁵. Przez wzgląd na charakter i skalę rynków nowych technologii, wszelkie zakłócenia konkurencji będą niezwykle często oddziaływać na handel międzypaństwowy, a więc sprawy Komisji Europejskiej niejednokrotnie poruszały problematykę zawartą w niniejszej pracy.

Obok prawa traktatowego należy wskazać na zasady ogólne prawa UE, które określają prawidłowe stosowanie regulacji prawnych przez instytucje unijne. Odgrywają one zasadniczą rolę zwłaszcza w przypadku prowadzenia przez Komisję Europejską postępowań w sprawach dotyczących naruszeń konkurencji⁴⁶. Natomiast przepisy prawa pierwotnego w zakresie ochrony konkurencji, są zgodnie z art. 103 TFUE, wdrażane za pomocą rozporządzeń oraz dyrektyw. Do najważniejszych aktów prawa wtórnego UE należy rozporządzenie Rady z 2002 r. wdrażające traktatowe reguły konkurencji⁴⁷, które zreformowało stosowanie unijnego prawa konkurencji, ustalając tzw. regułę konwergencji (art. 3 ust. 2). Nakazało ono m.in. stosowanie art. 101 i 102 TFUE w pierwszeństwie przed przepisami krajowymi, są one również bezpośrednio skuteczne (art. 1 ust. 3). Utworzono na jego mocy ponadto Europejską Sieć Konkurencji (na którą składa się Komisja Europejska i organy antymonopolowe państw członkowskich). Ważną rolę pełni także rozporządzenie dotyczące prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców⁴⁸. Indywidualne sprawy są z kolei rozstrzygane przez Komisję Europejską w formie decyzji oraz przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴⁹ w przypadku zaskarżenia tych decyzji w trybie regulowanym w art. 263 TFUE.

1.2.3. System instytucjonalny ochrony konkurencji w Unii Europejskiej, w Polsce oraz w Stanach Zjednoczonych

Najważniejszym organem ochrony konkurencji w UE jest Komisja Europejska. Podejmuje ona funkcje wykonawcze, koordynujące oraz kontrolne. Przede wszystkim posiada wyłączne kompetencje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (na mocy art. 105 TFUE), a w przypadku wykrycia naruszeń reguł konkurencji z art. 101 i art. 102 TFUE, ma kompetencje do nakładania kar pieniężnych i proponuje środki, które będą właściwe do zaprzestania tych naruszeń. Swoje postępowanie wszczyna z urzędu, bądź na wniosek państwa członkowskiego. Współpracę między Komisją, a organami krajowymi w przypadku postępowań transgranicznych zapewnia wspomniana wyżej Europejska Sieć Konkurencji. Działania Komisji Europejskiej uzupełniają dwa komitety: Komitet Doradczy ds. Praktyk Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominującej oraz Komitet Doradczy ds. Koncentracji, z którymi Komisja Europejska ma obowiązek przeprowadzić konsultacje przed wydaniem decyzji na mocy rozporządzeń 1/2003 oraz 139/2004.

45 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 76 i n.

46 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 43.

47 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L Nr 1, s. 1); obecnie art. 101 i art. 102 TFUE; dalej jako rozporządzenie 1/2003.

48 Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L Nr 24, s. 1); dalej jako rozporządzenie 139/2004.

49 Dalej w skrócie TSUE. Wcześniej występował pod nazwą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS).

Organami prawodawczymi w UE w świetle art. 16 TUE są Rada oraz Parlament Europejski. Główną kompetencją Rady w zakresie ochrony konkurencji jest wydawanie rozporządzeń i dyrektyw (na mocy art. 103 ust. 1 TFUE) mających na celu implementację reguł konkurencji zawartych w art. 101 i art. 102 TFUE. W nich Rada określa m.in. grzywny i kary pieniężne przewidziane za naruszenie zasad konkurencji. Parlament Europejski z kolei przede wszystkim opiniuje propozycje rozporządzeń i dyrektyw wydawanych przez Radę. Legalność wszystkich aktów wydawanych przez instytucje UE kontroluje TSUE⁵⁰, który oczywiście także bada skargi na decyzje Komisji Europejskiej w sprawach z zakresu naruszeń konkurencji. Natomiast art. 267 TFUE uprawnia TSUE do dokonywania wykładni prawa unijnego.

W Polsce głównym organem ochrony konkurencji jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁵¹, będący centralnym organem administracji rządowej. W świetle art. 29 ust. 1 u.o.k.k. nadzór nad jego działalnością sprawuje Prezes Rady Ministrów. Prezes UOKiK sprawuje kontrolę nad przestrzeganiem przez przedsiębiorców przepisów ustawy, a gdy uzna ich praktyki za ograniczające konkurencję, orzeka w ich sprawie w formie decyzji administracyjnych (art. 31 u.o.k.k.). Spoczywa dodatkowo na nim wykonywanie zadań przewidzianych w art. 104 i 105 TFUE, jak również jest właściwym organem ochrony konkurencji, o którym mówi art. 35 rozporządzenia 1/2003. Od decyzji Prezesa UOKiK na bazie art. 81 u.o.k.k. przysługuje odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁵² w terminie jednego miesiąca od jej doręczenia.

W systemie instytucjonalnym Stanów Zjednoczonych najważniejszą rolę pełnią sądy federalne. Orzekają one we wszystkich sprawach antymonopolowych na wniosek wniesiony przez Departament Sprawiedliwości lub Federalną Komisję Handlu⁵³ (egzekwowanie publiczne), bądź przez osoby fizyczne (egzekwowanie prywatne)⁵⁴. Kompetencje z zakresu egzekwowania przepisów antymonopolowych zostały zatem podzielone pomiędzy dwie agencje rządowe, co stanowi rozwiązanie odmienne od przyjętego na gruncie UE i większości krajów członkowskich. Ustawa Claytona⁵⁵, stanowiąca rozszerzenie regulacji ustawy Shermana, na mocy przepisów z sekcji 4 umożliwia także każdemu przedsiębiorcy, który ucierpiał w wyniku naruszeń amerykańskiego prawa antymonopolowego, dochodzenia roszczeń pieniężnych. Departamentowi Sprawiedliwości na mocy ustawy Shermana zostały przyznane kompetencje z zakresu przestępstw naruszających prawo antytrustowe, choć w sprawach indywidualnych może również wystąpić na drogę cywilną. Decyzja w tym zakresie należy do Departamentu Sprawiedliwości⁵⁶. FTC z kolei funkcjonuje na podstawie ustawy z 1914 r. o jej utworzeniu⁵⁷, co uzasadniono potrzebą powołania do życia instytucji, która byłaby uniezależniona od wszelkich politycznych wpływów

50 W jego ramach funkcjonuje Sąd Pierwszej Instancji; dalej jako SPI.

51 Dalej jako Prezes UOKiK.

52 Stanowiącego odrębną jednostkę organizacyjną Sądu Okręgowego w Warszawie; dalej w skrócie SOKiK. Wcześniej występował pod nazwą Sądu Antymonopolowego (SA).

53 *Federal Trade Commission*; dalej jako FTC.

54 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 38.

55 *Clayton Act*, 1914, 38 Stat. 730 (15 U.S.C. § 12-27); dalej jako ustawa Claytona.

56 H. J. Krent, *Administracyjne egzekwowanie prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych* [w:] C. Banasiński (red.), *Amerykański i europejski system ochrony konkurencji*, Warszawa 2007, s. 11.

57 *Federal Trade Commission Act*, 1914, 38 Stat. 717 (15 U.S.C. 41-58).

(w przeciwieństwie do Departamentu Sprawiedliwości, a także tworzącego prawo Kongresu)⁵⁸. Sekcja 5 niniejszej ustawy nadaje FTC szerokie kompetencje w dziedzinie zwalczania ograniczeń wymiany handlowej oraz nieuczciwych praktyk handlowych, które naruszają interesy konkurentów i konsumentów⁵⁹. Obie agencje w związku z nakładaniem się ich kompetencji zmuszone są do wzajemnej współpracy, zwłaszcza jeśli chodzi o wykorzystanie wiedzy specjalistycznej. I tak Departament Sprawiedliwości przykładowo przejął ciężar odpowiedzialności w ramach kwestii ustalania cen, a z kolei FTC nadzoruje sprawy związane z dyskryminacją cenową⁶⁰.

1.3. Praktyki naruszające konkurencję na rynku właściwym uzasadniające ingerencję organów publicznych

Zostało nadmienione na początku niniejszego rozdziału, że doskonała konkurencja zasadniczo nie występuje w rzeczywistości. Założenia tego modelu nie są bowiem spełniane - wejście na rynek jest z reguły bardzo kosztowne, brak natychmiastowego przepływu informacji, dobra nie są jednorodne i w końcu konkurenci mają możliwość oddziaływania na ceny rynkowe. Najczęściej mówimy o konkurencji, którą da się zrealizować w panujących na takim rynku warunkach, czyli konkurencji zdolnej do działania, tzw. *workable competition*⁶¹ (niekiedy zwaną też konkurencją efektywną⁶²). Koncepcja polega na zbadaniu stanu danego rynku i porównaniu jego warunków do konkurencji doskonałej. *Workable competition* może przybliżać się do warunków konkurencji doskonałej, może też przybliżać do warunków oligopolistycznych, a wręcz monopolistycznych. Brak tu obiektywnej metody, która miałaby taki stan bezdyskusyjnie ustalić i ocenić⁶³. Powszechnie zakłada się, że organy ochrony konkurencji powinny starać się utrzymać strukturę rynku w stopniu najbardziej konkurencyjnym, na jaki tylko pozwalają dane warunki⁶⁴.

Konkurencyjność rynku zwłaszcza może być ograniczona przez przedsiębiorców w efekcie występowania tzw. ułomności rynku. W ich wyniku konkurenci przestają ze sobą rywalizować i decydują się na uzgadnianie między sobą konkretnych aspektów swojej oferty (przede wszystkim ceny), bądź dzielą segmenty rynku między siebie. Ich celem (niekoniecznie efektem) będzie ograniczenie, bądź eliminacja konkurencji. Na rynku może również funkcjonować jeden większy podmiot, który ma możliwość podejmowania decyzji niezależnie od panującej

58 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 39-40.

59 Tamże, s. 40 i cytowana tam literatura; H. J. Krent, *Administracyjne egzekwowanie...* [w:] C. Banasiński (red.), *Amerykański i europejski...*, s. 11.

60 O podziale kompetencji w ramach obu agencji zob. D. L. Roll, *Dual Enforcement of the Antitrust Laws by the Department of Justice and the FTC: The Liaison Procedure*, *The Business Lawyer* 1976, vol. 31, no. 4, s. 2075-2085; H. J. Krent, *Administracyjne egzekwowanie...* [w:] C. Banasiński (red.), *Amerykański i europejski...*, s. 12-15.

61 R. van den Bergh, P. D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, New York 2001, s. 27-29; W. Szpringer, *Regulacja konkurencji...*, s. 108.

62 M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka...* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego...*, s. 9.

63 Tamże, s. 6.

64 W. Szpringer, *Regulacja konkurencji...*, s. 108.

tam konkurencji. W interesie publicznym jak to zostało zauważone, leży przeciwdziałanie takim praktykom. Ustawa Shermana wprowadziła po raz pierwszy ich dychotomiczny podział, który ma zastosowanie obecnie, na praktyki wielostronne - gdy dotyczą koordynacji przynajmniej dwóch konkurentów oraz jednostronne - gdy jeden przedsiębiorca wykorzystuje swoją dominującą pozycję na rynku⁶⁵. Podział ten obowiązuje również w prawie polskim i europejskim. Obok tak wyszczególnionych praktyk mających negatywny wpływ na konkurencję, których ocena przez organ antymonopolowy lub sąd następuje *ex post* - zatem po podjęciu danych czynności przez przedsiębiorców - należy wskazać również na aspekt prewencyjnej kontroli zachowań uczestników rynku. W takim przypadku należy mówić o konkretyzacji prawa *ex ante* (następująca zanim przedsiębiorcy podejmą czynności). Kontrola prewencyjna ma miejsce w przypadku zamiaru dokonania koncentracji przez przedsiębiorców, która niewątpliwie często może przyczynić się do ograniczenia konkurencji⁶⁶. Przy zgodzie na koncentrację może być nałożony przez organ ochrony konkurencji obowiązek udzielenia licencji osobie trzeciej (na pewne prawa wyłączne)⁶⁷.

1.3.1. Rynek właściwy - pojęcie oraz kryteria wyznaczania

W przypadku dokonywania ocen zachowań przedsiębiorców pod względem ich skutku na konkurencję, mamy zawsze na myśli konkurencję występującą jedynie w granicach pewnego rynku (określonych produktów, bądź usług), określanego mianem rynku właściwego. W celu prawidłowego zastosowania przepisów prawa konkurencji wyznaczenie rynku właściwego ma zatem fundamentalne znaczenie. Rynek właściwy, zwany też rynkiem relewantnym, jest pojęciem zdecydowanie węższym niż klasycznie rozumiany rynek - czyli jako miejsca, gdzie spotyka się popyt z podażą⁶⁸.

Rynek właściwy został zdefiniowany w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Przepis ogranicza rozumienie tego pojęcia, wprowadzając dwa wymiary jakimi należy kierować się określając zasięg rynku właściwego - wymiar produktowy oraz wymiar terytorialny. Analogiczne stanowisko prezentowane jest na szczeblu unijnym⁶⁹. W obwieszczeniu Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego⁷⁰ wskazano właśnie na jego dychotomiczne ujęcie, które stanowi połączenie pewnych rynków produktowych (tutaj jako asortymentowych) oraz terytorialnych (tutaj: geograficznych). Oprócz tych dwóch wymiarów w orzecznictwie wymienia

65 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 25-26.

66 R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego...*, s. 1048 i n.; M. Modrzejewska, *Ochrona prawna konkurencji* [w:] M. Modrzejewska, J. Okolski (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2015, s. 629-633 i 651-659.

67 M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 54.

68 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 62; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 186-187.

69 Zob. wyrok ETS w sprawie C-27/76 *United Brands Company* p. Komisji (Zb. Orz. 1978, s. 207); dalej jako orzeczenie *United Brands*.

70 Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. WE 1997 C 372), s. 3 i n.; dalej jako obwieszczenie Komisji.

się także w określonych przypadkach trzeci wymiar - czasowy (w odniesieniu do sytuacji gospodarczych zmiennych w czasie, dotyczy zwłaszcza produktów lub usług oferowanych tylko w określonych przedziałach czasowych)⁷¹.

Rynek właściwy w wymiarze przedmiotowym zgodnie z pkt. 7 obwieszczenia Komisji obejmuje „wszystkie wyroby i/lub usługi, które przez konsumentów, z uwagi na ich właściwości, ceny i ich przewidziany cel zastosowania traktowane są jako zamienne lub zastępowalne”. Od razu z treści można wysnuć dwa wnioski. Mianowicie, że rynek właściwy produktowo oceniamy z punktu widzenia konsumenta (nie producenta), a podstawowym kryterium stanowi wzajemna wymienialność towarów (czyli bierzemy pod uwagę dany produkt i jego substytuty)⁷². Zarówno art. 4 pkt 9 u.o.k.k., jak i pkt 7 obwieszczenia Komisji, wymienia także trzy miary dokonania oceny tego, czy produkt uznany zostanie za substytut - miara ceny, właściwości i przeznaczenia. Przy czym największe znaczenie przypisuje się kryterium przeznaczenia, czyli celu dla którego konsument nabywa produkt (usługę), a minimalną uwagę poświęca się cenie⁷³. Wyznaczanie rynków właściwych pod względem przedmiotowym pełni decydującą rolę w przypadku nowych technologii, gdyż określenie substytutów jest tutaj często problematyczne i dodatkowo utrudnione. Zazwyczaj właśnie kwestionowanie prawidłowości określenia rynku właściwego w wymiarze przedmiotowym stanowi główny sposób obrony przedsiębiorców przed decyzjami organów antymonopolowych i sądów⁷⁴.

W wymiarze geograficznym natomiast rynek właściwy, zgodnie z pkt. 8 obwieszczenia Komisji, obejmuje obszar, gdzie „warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią”. Dla określenia takiego obszaru ważny jest szczebel dystrybucji (obszar zbytu), przy czym nieważne jest miejsce produkcji⁷⁵. Oczywiście obszar ten może obejmować terytorium więcej niż jednego państwa⁷⁶. Homogeniczność warunków konkurencji mogą zaburzyć przykładowo zmienne geograficznie bariery wejścia na rynek (zwłaszcza dotyczy barier prawnych), różne stawki podatkowe albo same preferencje konsumentów⁷⁷. W przypadku nowych technologii (zwłaszcza oprogramowania komputerowego), których dystrybucja jest z zasady globalna, wyznaczany będzie najczęściej rynek światowy.

71 A. Powatowski, *Prawo i ochrona konkurencji* [w:] A. Powatowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2012, s. 235-236.

72 Por. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 190-191.

73 D. Jalowietzki, K. Jaros, S. Klaue, P. Vennemann, *Wspólnotowe reguły prawa konkurencji i ich znaczenie dla polskich sędziów*, Warszawa 2007, s. 16.

74 Tak też bronił się m.in. *Microsoft* w postępowaniu przed Komisją Europejską czemu poświęcony jest rozdział czwarty niniejszej pracy.

75 D. Jalowietzki, K. Jaros, S. Klaue, P. Vennemann, *Wspólnotowe reguły...*, s. 17.

76 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 203.

77 Zob. na temat określania rynku właściwego w obu wymiarach uzasadnienie orzeczenia *United Brands*.

1.3.2. Porozumienia ograniczające konkurencję jako praktyki kolektywne

Porozumienia ograniczające konkurencję to praktyki o charakterze kolektywnym, zatem dotyczą grupy przedsiębiorców. Współpraca przedsiębiorców jest oczywiście standardowym zachowaniem na rynku i zarazem elementem swobody działalności gospodarczej. Ich kooperacja nie może jednak zmierzać wyłącznie do redukcji konkurencji. Całkowity brak kontroli nad taką współpracą może prowadzić do szeregu zakłóceń konkurencji na danym rynku właściwym. Zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję został uregulowany kolejno w art. 101 TFUE oraz w przyjętym na jego wzór art. 6 u.o.k.k. Oba te przepisy zawierają również otwarte katalogi zakazanych porozumień.

Same porozumienia mogą przybierać zróżnicowane formy prawne, które zostały wymienione w art. 4 pkt 5 u.o.k.k. Ich najczęstszą postacią będą niewątpliwie umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami, bądź też zawarte w nich pojedyncze klauzule. Umowy w części w jakiej stanowią porozumienie są nieważne z mocy prawa o skutku *ex tunc*. Za porozumienia należy uznać także akty związków przedsiębiorców⁷⁸, jak i wszelkie uzgodnienia dokonane w każdej innej formie. Pojęcie porozumienia jest niewątpliwie znaczeniowo szersze od pojęcia umowy⁷⁹. Zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i unijnego wyróżnia się trzy możliwości negatywnego oddziaływania na konkurencję, jakie nieś ze sobą może zawarcie porozumienia: całkowita eliminacja konkurencji (najdalej idący w skutku, ale też najrzadziej spotykany sposób), ograniczenie konkurencji (objęta porozumieniem jest jedynie część przedsiębiorców na rynku właściwym) oraz naruszenie (zakłócenie) konkurencji w inny sposób (najszerwsze ujęcie obejmujące pozostałe formy). Należy jednak zaznaczyć, iż każdy z tych sposobów wpływu na konkurencję może być rozpatrywany zarówno jako skutek, ale też jedynie sam antykonkurencyjny cel określonego porozumienia. Faktyczne wystąpienie ograniczenia konkurencji nie jest zatem wymaganą przesłanką dla zastosowania zakazów z art. 101 TFUE i art. 6 u.o.k.k.⁸⁰ Obiektywne ustalenie i udowodnienie celu porozumienia w przypadku wszelkich nieformalnych, ustnych ustaleń (tzw. *gentleman's agreement*) może być dla organu antymonopolowego (sądu) kłopotliwe⁸¹.

W literaturze wskazuje się najczęściej na rozróżnienie między porozumieniami wertykalnymi (pionowymi, czyli między przedsiębiorcami z różnych faz obrotu gospodarczego - np. dystrybucja i sprzedaż) oraz horyzontalnymi (poziomymi, zatem przedsiębiorcy uczestniczą na tym samym poziomie obrotu - są konkurentami; tzw. kartelee)⁸². Przyjmuje się, że ten drugi rodzaj porozumień

78 Przyjmuje się, że mogą być to także jednostronne akty wydane przez organ pojedynczego przedsiębiorcy. Na gruncie prawa unijnego obie sytuacje nie zostały wymienione wprost, zob. wyrok ETS z dnia 29 października 1980 r. w sprawach połączonych od 209/78 do 215/78 i 218/78 *Heintz van Landewyck SARL and others* p. Komisji (Zb. Orz. 1980, s. 03125).

79 G. Materna [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2012, s. 216 i cytowane tam pozycje.

80 D. Jalowietzki, K. Jaros, S. Klaue, P. Vennemann, *Wspólnotowe reguły...*, s. 22.

81 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 255; D. Jalowietzki, K. Jaros, S. Klaue, P. Vennemann, *Wspólnotowe reguły...*, s. 21.

82 A. Powatowski, *Prawo i ochrona...* [w:] A. Powatowski (red.), *Prawo gospodarcze...*, s. 249; G. Materna [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu... Tom II*, s. 229.

stanowi zdecydowanie większe zagrożenie dla konkurencji, bowiem angażowani są bezpośredni konkurenci⁸³. Porozumienia wertykalne określało się nawet w przeszłości jako prokonkurencyjne i obecnie wciąż są oceniane łagodniej przez organy antymonopolowe (sądy) niż horyzontalne⁸⁴. Od zakazu zawierania porozumień istnieją wyłączenia (zawarte w art. 101 ust. 3 TFUE oraz art. 7 i 8 u.o.k.k.), związane przede wszystkim ze wspomnianymi zasadami *de minimis* i *rule of reason*. Dotyczą one głównie porozumień bagatelnych niezagrażających konkurencji oraz porozumień, które pomimo negatywnego wpływu na konkurencję wytwarzają także obiektywne korzyści (postęp technologiczny, innowacje na rynku, ulepszenia procesu produkcji) i tym samym uznaje się je w pewnym zakresie jako dopuszczalne⁸⁵.

1.3.3. Nadużycie pozycji dominującej jako indywidualna forma ograniczenia konkurencji na rynku właściwym

Problematyka nadużycia pozycji dominującej stanowi w zasadzie punkt centralny niniejszej pracy, gdy chodzi o ochronę konkurencji. Nierzadko takie działania przedsiębiorców mają miejsce przy użyciu praw własności intelektualnej. Zakaz nadużywania pozycji dominującej - uregulowany kolejno w art. 102 TFUE i art. 9 u.o.k.k. - w przeciwieństwie do stosunkowo uniwersalnego zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję jest skierowany w zasadzie wyłącznie do podmiotów posiadających pozycję dominującą na rynku właściwym. Kluczowe znaczenie pełni zatem skonkretyzowanie pojęcia pozycji dominującej. Na gruncie prawa polskiego została ona zdefiniowana w art. 4 pkt 10 u.o.k.k., który wskazuje na dwa jej elementy: możliwość ograniczania konkurencji na rynku właściwym oraz możliwość działania w szerokim zakresie niezależnie od konkurentów (kontrahentów, konsumentów). Rozpatrywać należy je łącznie⁸⁶. Definicja wskazuje również na domniemanie prawne⁸⁷, opierające się na kryterium ilościowym. Przyjmuje ono, że w sytuacji, gdy udziały przedsiębiorcy w rynku właściwym przekraczają 40 proc., należy przypisać mu pozycję dominującą. Domniemanie ma charakter wzruszalny, bowiem przedsiębiorca o takiej sile rynkowej może udowodnić, że pozycji dominującej jednak nie posiada⁸⁸. Najczęściej wskazuje się, że jest to przesłanka pomocnicza⁸⁹. Natomiast na szczeblu unijnym ani art. 102, ani prawo wtórne nie definiuje pojęcia pozycji dominującej. Kompleksowych definicji należy szukać zatem w orzecznictwie unijnym, gdzie kluczowe znaczenie pełni przywołane już orzeczenie *United Brands*, a także wyrok w sprawie

83 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 28.

84 G. Materna [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu... Tom II*, s. 218; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 162 i n.

85 Zob. szerzej R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki...*, s. 9 i n.; A. Jurkowska-Gomułka [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu... Tom II*, s. 286 i n.; D. Jałowietzki, K. Jaros, S. Klaue, P. Vennemann, *Wspólnotowe reguły...*, s. 23, 27 i n.

86 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 205.

87 Domniemanie o charakterze domniemania prawnego w oparciu o art. 234 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 z późn. zm.).

88 M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego...*, s. 975.

89 Tamże, s. 972; por. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji...*, s. 90-93.

*Hoffmann-La Roche*⁹⁰. W pierwszym z nich ETS wskazuje na dwa elementy pozycji dominującej: utrudnianie utrzymania konkurencji w wyniku działań określonego przedsiębiorcy wraz z jego niezależnością od partnerów handlowych⁹¹. Definicja ta przeniknęła do porządków prawnych krajów członkowskich, na co wskazuje też zaprezentowana bardzo zbliżona definicja legalna z u.o.k.k. ETS w orzeczeniu *Hoffmann-La Roche* z kolei wyznaczył różnice między monopolem a pozycją dominującą, wskazując również na brak konkurencji potencjalnej jako przesłankę uzyskania pozycji dominującej. Wyrok ten opiera się jednak na wypracowanym przez szkołę harwardzką paradygmacie struktura-zachowania-efektywność, przez co jest krytykowany, uznając te założenia za błędne⁹². Dodatkowych informacji udziela także sama Komisja Europejska w komunikacie z wytycznymi stosowania zakazu nadużycia pozycji dominującej⁹³. W pkt. 14 zwrócono uwagę na niewielkie prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca o udziałach mniejszych niż 40 proc. rynku właściwego posiadałby pozycję dominującą. Zdaniem Komisji Europejskiej pozycja dominująca tworzy się w wyniku niewystarczającej presji konkurencyjnej wywieranej na określonego przedsiębiorcę, łącząc tym samym prawne ujęcie pozycji dominującej z ekonomicznym konceptem siły rynkowej. Przedsiębiorca w takim rozumowaniu posiada zdolności do podejmowania decyzji niezależnie od działań innych uczestników rynku⁹⁴.

90 Wyrok ETS w sprawie C-85/76 *Hoffmann-La Roche* p. Komisji (Zb. Orz. 1979, s. 461); dalej jako orzeczenie w sprawie *Hoffmann-La Roche*.

91 Zob. pkt 85 orzeczenia *United Brands*.

92 K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdopodobieństwo i stosowność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 151 i n.

93 Komunikat Komisji z dnia 9 lutego 2009 r. - wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE 2009 C 45/2); dalej jako komunikat Komisji o wytycznych.

94 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 205.

Rys. 1.1. Modelowe czynniki warunkujące presję konkurencyjną w danym segmencie rynku



Źródło: M. E. Porter, *Strategia konkurencji, metody analizy sektorów i konkurentów*, Warszawa 1992, s. 21.

Jak widać w przypadku oceny posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę należy wziąć pod uwagę wiele czynników (co jest widoczne na przykładzie rys. 1.1). Od rzeczywistych udziałów w rynku, przez strukturę konkurencji na rynku, jak i sam rynek (konkurencja potencjalna), kończąc na wszelkich barierach wejścia na dany rynek. Należy zaznaczyć, że sytuacja, w której przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, mimo iż w swojej istocie niekorzystna, nie jest prawnie zakazana, co też potwierdzają rozważania z początku niniejszego rozdziału. Przedsiębiorcy mają co prawda ograniczoną swobodę w osiągnięciu takiej pozycji - głównie za pośrednictwem prewencyjnej kontroli koncentracji sprawowanej przez organy ochrony konkurencji (sądy). Samo nadużycie pozycji dominującej przejawiać się może na różne sposoby. Ich katalog znajdziemy w art. 9 ust. 2 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE. W obu przypadkach, podobnie do regulacji zakazu zawierania porozumień, mamy do czynienia z katalogami otwartymi. Wyróżnić można przede wszystkim: praktyki cenowe, polegające na narzucaniu cen wygórowanych, bądź rażąco niskich (tzw. drapieżnych), mających na celu eliminację konkurentów; praktyki kontygentowe, czyli wszelkie formy ograniczania produkcji, sprzedaży, postępu technologicznego (co skutkuje szkodą dla konsumentów) - tutaj pojawia się problem wykonywania praw własności intelektualnej, a także odmowy dostępu na bazie doktryny urządzeń kluczowych⁹⁵; praktyki dyskryminacyjne (stosowanie nierównych warunków dla kontrahentów); praktyki umów wiązanych, czyli

95 Tzw. doktryna *essential facilities*, zob. szerzej o jej genezie K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 163; M. Zalewska, *Amerykańska koncepcja w unijnym prawie - essential facilities doctrine*, Adam Mickiewicz University Law Review 2013, nr 2, s. 170 i n.; J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005, s. 15 i n.

sytuacji oferowania grupy produktów łącznie. Zwłaszcza praktyki dotyczące sprzedaży związanej i praktyki kontygentowe posiadają bogate orzecznictwo w kontekście nowych technologii oraz własności intelektualnej. Będą one stanowić centrum zainteresowania następnych rozdziałów. Najczęściej w doktrynie prawa ochrony konkurencji wskazuje się na podział praktyk ze względu na zakres ich wpływu na konkurencję, wyróżniając w ten sposób praktyki wykluczające (polegające na osłabianiu, bądź eliminowaniu konkurentów z rynku), eksploatacyjne (wymierzone w kontrahentów i konsumentów, polegające na np. narzucaniu uciążliwych warunków umowy) i strukturalne (wywierające wpływ na samą strukturę rynku, co ma miejsce np. w wyniku koncentracji)⁹⁶. Za najbardziej dotkliwe uznaje się praktyki wykluczające i to ich zwalczanie przyjęła jako swój priorytet Komisja Europejska⁹⁷. Są one podejmowane przeciw konkurentom działającym na rynku, jak i konkurentom potencjalnym, czyli jedynie starającym się wejść na dany rynek⁹⁸. W wyniku czego stanowią one najczęstszy przejaw nadużycia pozycji dominującej.

Mimo że wskazuje się na nadużycie pozycji dominującej jako praktykę indywidualną, przyjmuje się, że są możliwe tzw. kolektywne nadużycia⁹⁹, które stosowane są zwłaszcza w ramach większych grup kapitałowych. Nadużycie pozycji dominującej jest zarówno na gruncie unijnym, jak i polskim zakazane *ex lege*. Nie ma również od zakazu żadnych wyjątków i wyłączeń - obowiązuje w sposób bezwzględny. Przyjmuje się jednak, że przedsiębiorcom przysługują pewne możliwości obronne wynikające z prawa do obrony w prawie UE¹⁰⁰. Przedsiębiorcy mogą składać wyjaśnienia swoich działań, tłumacząc je względami obiektywnymi (np. wynikającymi z konieczności spełnienia pewnych norm jakościowych, bezpieczeństwa, bądź reputacją znaku towarowego¹⁰¹), wymogiem sprostania konkurencji (tłumacząc, że ich zachowania były jedynie odpowiedzią na zachowania konkurentów) albo broniąc się wskazując na przewagę korzyści ze wzrostu efektywności nad skutkami ograniczającymi konkurencję (tzw. obrona efektywnościowa)¹⁰². Za Komisją Europejską należy uznać, że ciężar dowodu spoczywa tutaj na przedsiębiorcy o pozycji dominującej¹⁰³. Nie zdarza się jednak często, aby wytłumaczenia przedsiębiorcy zostały podtrzymane przez organy unijne. Warto wskazać, że egzekwowanie art. 102 stanowiło ok. 20 proc. całego dorobku Komisji Europejskiej w zakresie stosowania prawa, z czego aż 84 proc. stanowiły sprawy związane z praktykami wykluczającymi¹⁰⁴.

96 A. Jurcewicz-Gomułka [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu... Tom II*, s. 339 i n.; por. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 96 i n.

97 Pkt 6 komunikatu Komisji o wytycznych.

98 K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...*, s. 389 i n.

99 A. Jurcewicz-Gomułka [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu... Tom II*, s. 327.

100 Zob. szerzej na temat prawa do obrony sprawach antymonopolowych K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 80 i n.

101 W taki sposób uzasadniał praktykę sprzedaży związanej przedsiębiorca Hilti, zob. wyrok SPI z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 Hilti AG p. Komisji (Zb. Orz. 1990, s. II-163); dalej jako orzeczenie SPI w sprawie Hilti.

102 K. Kohutek, *Nadużycie pozycji dominującej - glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways*, Glosa 2009, nr 2, s. 91-92; M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Zakaz nadużywania...* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego...*, s. 993.

103 Zob. pkt 31 komunikatu Komisji o wytycznych.

104 Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady - *Dziesięć lat egzekwowania prawa ochrony konkurencji: na podstawie rozporządzenia 1/2003 - osiągnięcia i perspektywy*,

Rozdział 2. Nowe technologie jako własność intelektualna

2.1. Specyfika rynków nowych technologii

Jednym z zasadniczych zagadnień poruszanych w niniejszej pracy jest niewątpliwie określenie charakterystyki rynków nowych technologii¹⁰⁵, jak i przybliżenie samego pojęcia nowych technologii. Na gruncie literatury używane są różne terminy na oznaczenie obszaru gospodarki, która opiera się na nowych technologiach. Wskazać można tu pojęcia *new economy* (nowa gospodarka)¹⁰⁶, gospodarka cyfrowa¹⁰⁷ czy rynek technologii komunikacyjnych i informacyjnych (rynek ICT)¹⁰⁸. Niezależnie od zastosowanego terminu najczęściej używa się go w odniesieniu do zasadniczo trzech rynków: oprogramowania komputerowego (*software*), infrastruktury technicznej (sprzętu komputerowego - *hardware*, sieci telekomunikacyjnych), a także wszelkich technologii i usług internetowych (*e-commerce*, objęte zagadnienia dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej w Internecie, zarówno jeśli chodzi o stosunki B2C, jak i B2B, C2B oraz C2C)¹⁰⁹. Problematyka własności intelektualnej i jej wpływu na konkurencję jest widoczna zwłaszcza w pierwszym tak wyróżnionym obszarze - oprogramowania komputerowego, gdzie najbogatsze jest również orzecznictwo.

Rynki nowych technologii w takim ujęciu będą charakteryzować się specyficznymi uwarunkowaniami. Przede wszystkim formą samej konkurencji, która często będzie mieć postać jedynie konkurencji o rynek (czyli potencjalnej), a nie konkurencji na rynku (inaczej rzeczywistej)¹¹⁰. Jest to skutkiem znaczenia innowacji, bowiem wprowadzenie nowego, innowacyjnego produktu daje większą przewagę przedsiębiorcy niż konkutowanie np. ceną produktów „starszej generacji”. Przedsiębiorca, który posiada pozycję dominującą w danym momencie może też ją szybko stracić wskutek wprowadzenia nowych innowacji na rynek przez podmiot

COM (2014) 453.

105 Określenie użyte za D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.

106 R. A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, John M. Olin Law & Economics Working Paper 2000, no. 106, s. 2-11; T. Teluk, *E-biznes. Nowa gospodarka*, Gliwice 2002, s. 129 i n.

107 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 83.

108 M. Matusiak [w:] K. B. Matusiak (red.), *Innowacje i transfer technologii. Słownik pojęć*, Warszawa 2011, s. 290-293.

109 B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 83.

110 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 51 i n.

wcale niedziałający na nim intensywnie¹¹¹. Kwestia ta pozostaje w związku z innymi cechami rynków nowych technologii: wysoką standaryzacją produktów i efektami sieciowymi. Na rynkach tych bowiem panują skłonności do wprowadzania jednego standardu technologicznego i następnie oferowania produktów komplementarnych (kompatybilnych) z produktem wyznaczającym dany standard¹¹². Z jednej strony niewątpliwie oddziałuje to pozytywnie na dobrobyt konsumentów, lecz może w skrajnych przypadkach umożliwić przedsiębiorcy wytwarzającemu produkt będący standardem - za pomocą chroniących go praw własności intelektualnej - osiągnąć pozycję monopolisty. Dodatkowo należy wskazać na efekty sieciowe, który dzieli się na dwa podtypy. Bezpośredni efekt sieciowy polega na tym, że atrakcyjność produktu rośnie wraz ze wzrostem liczby jego użytkowników (np. jeden standard przeglądarek internetowych umożliwia bezproblemowe korzystanie z Internetu). Pośredni efekt sieciowy natomiast dotyczy zjawiska wzrostu liczby produktów komplementarnych w stosunku do podstawowego dobra, które zaczyna być uważane za standard na rynku (np. znacząca liczba programów komputerowych kompatybilnych z danym systemem operacyjnym)¹¹³. Jak widać wybranie przez konsumentów jednego rozwiązania w zasadzie często powoduje zamknięcie rynku dla innych produktów, nawet w sytuacji, gdy są one lepszej jakości (czyli np. bardziej innowacyjne). Koszty zmiany standardu technologicznego (tzw. *switching costs*) są bowiem zbyt wysokie. W literaturze najczęściej podawanym na to przykładem jest klawiatura formatu QWERTY¹¹⁴.

Co zostało także zauważone wcześniej, konkurencja na rynkach nowych technologii ma w zasadzie charakter globalny. Większe odległości geograficzne mają tu minimalne znaczenie, pozyskiwanie informacji o konkretnych rynkach jest łatwiejsze, a koszty transakcyjne minimalne¹¹⁵. Sam obrót oprogramowaniem komputerowym zaczął odbywać się w znaczącej części przy wykorzystaniu Internetu, co też skutkuje ograniczeniem pośrednich szczebli rynku (hurtowni, sklepów) ze względu na bezpośrednią komunikację przedsiębiorcy z klientem. Na rynkach tych pojawia się także często zagrożenie łatwego przejęcia rynków sąsiednich, co pozostaje w związku z przywołanymi wcześniej cechami rynków nowych technologii. Przykładowo monopolista na rynku systemów operacyjnych ma możliwość ograniczania konkurencji na rynkach oprogramowania komputerowego. Zarzut o stosowanie tej praktyki był skierowany właśnie w stronę *Microsoftu*. Widać wyraźnie, iż kluczowe znaczenie dla uzyskiwania przewagi nad konkurencją ma niewątpliwie działalność innowacyjna. Z tego też powodu ważna jest właściwa jej ochrona w prawidłowo ustalonym zakresie.

111 Tamże, s. 52.

112 A. van Rooijen, *The software interface between copyright and competition law. A legal analysis of interoperability in computer programs*, Netherlands 2010, s. 29; M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 52.

113 M. L. Katz, C. Shapiro, *Systems Competition and Network Effects*, *Journal of Economic Perspectives* 1994, vol. 8, no. 2, s. 93-115; K. Klincewicz, *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 163-164.

114 A. van Rooijen, *The software interface...*, s. 27 i n.; B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 87.

115 A. Scheibe, U. Szulczyńska, *Działalność innowacyjna i budowanie przewag konkurencyjnych przedsiębiorstwa - przykład firmy Microsoft* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce...*, s. 100; B. Targański, *Ochrona konkurencji...*, s. 91.

2.2. Własność intelektualna - charakterystyka i prawny system ochrony

Własność intelektualna stanowi drugi - po zagadnieniach ochrony konkurencji - obszar zainteresowania niniejszej pracy. W najszerszym ujęciu własność intelektualna dotyczy wszelkiego rodzaju dóbr niematerialnych, czyli niezwiązanych z przedmiotem materialnym wytworów ludzkiego umysłu, które w swojej istocie charakteryzują się pewnym elementem twórczym¹¹⁶. W zależności od dziedziny twórczości dobro niematerialne może także cechować się pewnymi opcjonalnymi właściwościami (np. użytecznością). Istnieje ono, jak zostało zaznaczone, bez związku z materialnym nośnikiem (tzw. *corpus mechanicum*), a jego twórcą może być w zasadzie jedynie człowiek - tylko on bowiem jest zdolny przy wykorzystaniu własnego umysłu do wykreowania dóbr intelektualnych¹¹⁷. Dobra niematerialne można podzielić na trzy kluczowe typy, które zostały już wskazane w niniejszej pracy: utwory (dzieła), dotyczące szeroko rozumianej działalności artystycznej człowieka; wszelkie rozwiązania technologiczne służące realizacji założonego celu w dziedzinach technicznych, funkcjonalnych, a także estetycznych (np. wynalazki, wzory przemysłowe, wzory użytkowe); oznaczenia przekazujące informacje (przede wszystkim znaki towarowe, nazwy handlowe, oznaczenia geograficzne)¹¹⁸. Przy klasyfikacji dobra do jednej z tych kategorii warto pamiętać o możliwym wymogu posiadania także innych cech, aby zostało poddane ochronie. W przypadku utworów najłatwiej ją uzyskać, gdyż są chronione bez względu na ich wartość artystyczną czy przeznaczenie. Utwór powinien jednak odznaczać się indywidualnym charakterem i oryginalnością. Rozwiązania technologiczne z kolei muszą wykazywać pewną użyteczność, bądź też niekonwencjonalny sposób rozwiązania problemu, a ochrona oznaczeń dotyczy ich informacyjnej funkcji¹¹⁹. Wskazać należy także na ważną rolę w prowadzeniu działalności gospodarczej tzw. *know-how*, czyli wiedzy z danej dziedziny, bądź też pewnej umiejętności, doświadczenia lub kompetencji, które następnie zostały poufnie udostępnione innemu podmiotowi działającemu na rynku¹²⁰. Katalog dóbr niematerialnych ma charakter otwarty, więc zakres przedmiotowy ochrony jest w zasadzie dynamiczny, obejmowane są bowiem z biegiem czasu i wraz z postępem technicznym coraz to nowsze dobra¹²¹.

116 K. Czub, *Prawo własności intelektualnej...*, s.15; T. Sieniow, W. Włodarczyk, *Własność intelektualna w społeczeństwie informacyjnym*, Warszawa 2009, s. 7.

117 P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności...*, s. 7; K. Czub, *Prawo własności intelektualnej...*, s.19-21.

118 P. Kostański [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 7; K. Czub, *Prawo własności intelektualnej...*, s. 21-22; por. G. Michniewicz, *Ochrona własności intelektualnej*, Warszawa 2016, s. 10; Ł. Łukaszuk, *Dobra intelektualne. Problemy międzynarodowej ochrony*, Warszawa 2009, s. 22 i n.

119 P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności...*, s. 7 i n.; P. Kostański [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności...*, s. 7.

120 Zob. szerzej M. Salamonowicz, *Licencje patentowe i know-how na tle zakazu porozumień antykonkurencyjnych*, Warszawa 2011, s. 28 i n.

121 K. Grzybczyk, *Prawo właściwe dla powstania i ochrony praw własności intelektualnej* [w:] M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20C*, Warszawa 2015, s. 6; T. Sieniow, W. Włodarczyk, *Własność intelektualna...*, s. 6; P. Kostański [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności...*, s. 7.

Rys. 2.1. Składowe własności intelektualnej



Źródło: opracowanie własne.

2.2.1. Prawo a prawa własności intelektualnej

Własność intelektualna wobec tego najczęściej traktowana jest jako określenie zbiorcze, obejmujące wszelkie wytwory ludzkiego umysłu o charakterze intelektualnym¹²². Wiąże się to z przyjętą w 1967 r. bardzo szeroką definicją własności intelektualnej w art. 2 pkt VIII Konwencji o Ustanowieniu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej¹²³. W jej ujęciu własność intelektualna obejmować ma zarówno własność literacką i artystyczną (utwory), własność przemysłową, jak i inne dobra niedające się jednoznacznie zaklasyfikować. Poparcie normatywne dla takiego stanu rzeczy znajdziemy w prawie polskim¹²⁴ oraz europejskim¹²⁵, acz w doktrynie można spotkać się z różnym rozumieniem tego pojęcia¹²⁶. W świetle powyższych rozważań za prawo własności intelektualnej

122 Tak m.in. M. Załucki, *Pojęcie prawa własności intelektualnej i jego miejsce w systemie prawnym* [w:] M. Załucki (red.), *Prawo własności intelektualnej. Repetytorium*, Warszawa 2010, s. 24-25; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 35.

123 Konwencja o ustanowieniu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej, sporządzona w Sztokholmie dnia 14 lipca 1967 r. (Dz. U. z 1975 r. Nr 9, poz. 49).

124 Zob. rozdział 10 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 1792).

125 Zob. m.in. art. 118 TFUE.

126 Niektórzy autorzy utożsamiają pojęcie własności intelektualnej jedynie z utworami, chronionymi przez prawo autorskie. Można spotkać się również z twierdzeniem, że własność intelektualna to synonim własności przemysłowej, zob. szerzej D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 35 i cytowana tam literatura; P. Kostański [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności...*, s. 2-3; K. Grzybczyk, *Prawo właściwe...* [w:] M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne... Tom 20C*, s. 5-6 i cytowana tam literatura.

uznaje się najczęściej wszelkie normy prawne - zarówno z zakresu prawa autorskiego, jak i prawa własności przemysłowej - które regulują stosunki prawne powstające w związku z dobrami niematerialnymi¹²⁷. Tak wyszczególniony dział zaliczany jest do gałęzi prawa prywatnego, zatem korzysta z charakterystycznych dla niego zasad i instytucji prawnych. Widoczne jest zwłaszcza na płaszczyźnie wykonywania praw własności intelektualnej i ich przenoszeniu (co ma miejsce z reguły na podstawie umów cywilnoprawnych)¹²⁸. Pomimo że znajdziemy tutaj normy o charakterze publicznoprawnym (np. procedury patentowe), przynależność do różnych gałęzi prawa stanowi jedną z zasadniczych różnic pomiędzy prawem własności intelektualnej a prawem ochrony konkurencji.

W prawie własności intelektualnej prym wiodą unormowania międzynarodowe. To właśnie umowy międzynarodowe w największym stopniu przyczyniły się do jego rozwoju, głównie za sprawą eliminacji rozbieżności pomiędzy regulacjami poszczególnych krajów. Pierwszą umową dotyczącą respektowania praw autorskich pomiędzy państwami była tzw. konwencja berneńska¹²⁹, która wprowadziła pojęcie własności literackiej i artystycznej. Natomiast dla własności przemysłowej kluczową rolę pełni tzw. konwencja paryska¹³⁰, która regulowała zagadnienia dotyczące m.in. wynalazków, znaków towarowych i wzorów użytkowych. Potrzeba ich ochrony wynikała z rozwoju technologicznego i wzrostu znaczenia handlu międzynarodowego. Najważniejszą formę instytucjonalną ochrony własności intelektualnej stanowi wspomniana już Światowa Organizacja Własności Intelektualnej¹³¹. W ramach problematyki związanej z dobrami intelektualnymi współpracuje ona ze Światową Organizacją Handlu¹³². Istotnym aspektem tejże współpracy jest tzw. porozumienie TRIPS¹³³, dotyczące międzynarodowej ochrony własności intelektualnej w świetle handlu międzynarodowego. Za jedno z jego kluczowych zadań należy uznać promowanie transferu innowacji i technologii pomiędzy przedsiębiorcami¹³⁴.

W świetle prawa UE zagadnienia ochrony własności intelektualnej łączą się (podobnie tak jak i ochrona konkurencji) z ustanawianiem rynku wewnętrznego. Mimo że ochrona ta wciąż opiera się na zasadzie terytorialności, widać tendencje do ujednolicania i harmonizacji prawa własności intelektualnej między krajami członkowskimi. Niewątpliwie ma to na celu przyczynienie się do prawidłowego funkcjonowania wspólnego rynku¹³⁵. Standaryzacja prawa UE jest także konieczna z powodu stałego rozwoju technologicznego, który zwłaszcza uwidacznia się w zakresie własności intelektualnej¹³⁶. Za najważniejsze przepisy

127 K. Czub, *Prawo własności intelektualnej...*, s. 22-23.

128 Tamże, s. 23.

129 Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych, zawarta 9 września 1886 r. (Dz. U. z 1935 r. Nr 84, poz. 515 z późn. zm.); dalej jako konwencja berneńska.

130 Konwencja związkowa paryska o ochronie własności przemysłowej, zawarta 20 marca 1883 r. (Dz. U. z 1932 r. Nr 2, poz. 8 z późn. zm.).

131 *World Intellectual Property Organization* (WIPO).

132 *World Trade Organization* (WTO).

133 Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (Dz. U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143).

134 K. Sztobryn, *Ochrona programów komputerowych w prawie własności intelektualnej w Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 59-60.

135 G. Tritton, *Intellectual Property in Europe*, London 2002, s. 28 i n.

136 Wskazuje się jednak, iż regulacje prawne nie nadążają za rozwojem technologii

z prawa własności intelektualnej na poziomie UE należy wskazać art. 118 TFUE, który stanowi o potrzebie utworzenia „jednolitej ochrony praw własności intelektualnej w Unii” oraz art. 207 TFUE regulujący kwestie wspólnej polityki handlowej (odnoszącej się także do aspektów dóbr niematerialnych). Kwestia relacji konwencji międzynarodowych do regulacji unijnych jest dosyć złożonym zagadnieniem. Z zasady przyjmuje się, iż należy interpretować prawo UE, aby uzyskać jego największą zgodność z wymienionymi konwencjami¹³⁷. Do własności intelektualnej nawiązują także art. 101 i 102 TFUE. Co zostało zauważone w niniejszej pracy, na płaszczyźnie wykonywania praw własności intelektualnej może dojść do ograniczania konkurencji. Występują także problemy dotyczące swobody w przepływie towarów. Zagadnienia te zostaną rozwinięte w następnym rozdziale.

Ochrona własności intelektualnej opiera się na koncepcie praw podmiotowych, które są skuteczne wobec wszystkich innych podmiotów (*erga omnes*). W swojej konstrukcji są one zatem zbliżone do praw własności rzeczy, choć nie należy ich ze sobą utożsamiać¹³⁸. Prawa własności intelektualnej nadają właścicielowi monopol na zarządzanie (posługiwanie się) danym dobrem niematerialnym i z tego powodu też są nazywane prawami wyłącznymi. Zakazana jest ingerencja osób trzecich w tak zaznaczoną sferę wyłączności¹³⁹. Zasadniczą różnicą pomiędzy prawami autorskimi, a prawami własności przemysłowej jest sposób (model) nabycia ochrony prawnej. W prawie autorskim mamy do czynienia z samoczynnie powstającą ochroną na skutek samej kreacji utworu (dokładniej ustalenia go w jakiegokolwiek postaci - zaprezentowaniu go innym osobom niż autor) bez potrzeby rejestracji (tzw. system *droit d'auteur*)¹⁴⁰. Warto aczkolwiek także wskazać na system anglosaski - obowiązujący chociażby w Stanach Zjednoczonych i Australii - gdzie dla ochrony wymagana była przez dłuższy czas rejestracja i opatrzenie utworu tzw. notą *copyright*. Jednakże ze względu na akceptację przez te kraje unormowań konwencji berneńskiej, oba te systemy są obecnie pozbawione większych rozbieżności¹⁴¹. Inaczej jest w kwestii samych praw podmiotowych zapewniających ochronę. W części krajów europejskich przyjęto ich dualistyczną naturę i podział na: osobiste prawa do utworu (dotyczące autorstwa, niezbywalne i nieograniczone w czasie) oraz zbywalne prawa majątkowe (dotyczące oczywiście możliwości osiągnięcia zysku przez rozpowszechnianie utworu, z zasady są

i upowszechnianiem się coraz to bardziej skomplikowanej twórczości człowieka, czego dowodem mogą być chociażby programy komputerowe, zob. K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 62.

137 Nie należy zapominać też, że UE jest stroną części umów międzynarodowych, J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 30.

138 P. Kostański [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności...*, s. 5-6; K. Czub, *Prawo własności intelektualnej...*, s. 26-27; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 34.

139 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 37; M. Załucki, *Pojęcie prawa...* [w:] M. Załucki (red.), *Prawo własności...*, s. 26.

140 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 24.

141 Warto wskazać, że umieszczenie noty *copyright* przy rozpowszechnianiu utworu ma wciąż na terenie Stanów Zjednoczonych pewne znaczenie w kwestii ułatwień w dochodzeniu odszkodowań. Dla obywateli UE taka nota pełni także rolę informacyjną i ostrzegającą, J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 97.

ograniczone w czasie)¹⁴². Ten model obowiązuje m.in. w Polsce¹⁴³. Z kolei tzw. system niemiecki opiera się na zasadzie nierozdzielania praw na osobiste i majątkowe, a zatem interesy twórcy są chronione w jednolitej strukturze¹⁴⁴.

W prawie własności przemysłowej natomiast dominuje model tzw. ochrony patentowej. Ochrona bowiem nie powstaje tutaj samoczynnie, lecz jej wymogiem jest otrzymanie decyzji organu publicznego, która dopiero obejmuje dane dobro niematerialne ochroną. W Polsce takim organem jest Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴⁵. Zasięg ochrony własności przemysłowej - w przeciwieństwie do zasadniczo globalnej ochrony autorskoprawnej - posiada najczęściej charakter terytorialny¹⁴⁶. Wyłączność na korzystanie z danego dobra powstaje z reguły w granicach określonego regionu (np. obszaru kraju). Jest to niewątpliwie niekorzystna sytuacja dla przedsiębiorców. Na poziomie UE ułatwieniem jest funkcjonujący Europejski Urząd Patentowy, który wydaje patenty europejskie nadające ochronę na terenie całej UE¹⁴⁷. Natomiast rejestracja znaków towarowych i wzorów przemysłowych następuje w Urzędzie Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej¹⁴⁸. Na terenie Stanów Zjednoczonych działa z kolei jeden organ - Urząd Patentów i Znaków Towarowych Stanów Zjednoczonych, podlegający Departamentowi Handlu. Urząd ten współpracuje z Europejską Organizacją Patentową. Kompetencje w zakresie własności intelektualnej ma jednak także Komisja Handlu Zagranicznego, jeśli chodzi o zagadnienia dotyczące wymiany handlowej¹⁴⁹.

2.2.2. Zarządzanie własnością intelektualną

Ochrona własności intelektualnej (nadająca wyłączność na korzystanie z danego dobra) spełnia zasadniczą funkcję jaką jest umożliwienie podmiotowi wykorzystanie przedmiotu ochrony do celów zarobkowych. Uznaje się, że jest to zachęta do dalszych badań technologicznych i prac nad innowacjami, bowiem prawo własności intelektualnej mobilizuje twórcę do tworzenia nowych dzieł czy ulepszania już istniejących¹⁵⁰. Jednocześnie można spotkać się z opiniami twierdzącymi, że prawa własności intelektualnej tak naprawdę ograniczają rozwój gospodarczy, gdyż hamowane są innowacje w dziedzinach, w których dany podmiot nie może liczyć na prawa wyłączne i tym samym na ochronę¹⁵¹. Przyjęto z tego względu zasadę, że

142 K. Czub, *Prawo własności intelektualnej...*, s. 27.

143 Zob. art. 16 i 17 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 666 z późn. zm.); dalej w skrócie u.p.a.

144 Inaczej wygląda tu z tego powodu obrót takimi prawami, szerzej J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 24-25.

145 Zob. art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 776).

146 Są jednak wyjątki, zob. M. Załucki, *Pojęcie prawa...* [w:] M. Załucki (red.), *Prawo własności...*, s. 26-27.

147 Patent europejski to w zasadzie wiązka niezależnych patentów krajowych, zob. K. Czub, *Prawo własności intelektualnej...*, s. 381 i n.

148 Do 2016 r. występował pod nazwą Urzędu Harmonizacji Rynku Wewnętrznego.

149 L. Łukaszuk, *Dobra intelektualne...*, s. 206 i n.

150 M. Załucki, *Pojęcie prawa...* [w:] M. Załucki (red.), *Prawo własności...*, s. 27.

151 T. G. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?*, Harvard Journal of Law and Public Policy 1990, no. 3, s. 817-865; W. Fisher, *Theories of Intellectual Property* [w:] S. R. Munzer

prawa własności intelektualnej powinny ważyć interesy twórcy z interesami reszty społeczeństwa. Powinny z jednej strony zapewnić pewną korzyść majątkową twórcy, a z drugiej nie mogą zamknąć dostępu do nowych technologii¹⁵². Do rozwiązań temu służących można zaliczyć czasowość (okresowy charakter) praw majątkowych, instytucję dozwolonego użytku oraz licencje przymusowe.

Zasadniczo korzyść (nie tylko majątkową) dla uprawnionego podmiotu, a zwłaszcza przedsiębiorcy, przyniesie właściwe zarządzanie prawami własności intelektualnej. Prowadzi ono często do uzyskania przewagi konkurencyjnej, bowiem inni uczestnicy rynku nie będą w stanie skopiować danych rozwiązań technologicznych. Tak ujęte zarządzanie obejmuje działania związane z nabywaniem tych praw (w tym wszelkie czynności rejestracyjne) i wykonywaniem, a więc także rozporządzaniem¹⁵³. Oczywiście również samo istnienie praw wyłącznych niesie ze sobą pewne skutki, a tym samym także może wpływać na stan konkurencji¹⁵⁴. Pojęcie nabywania praw własności intelektualnej wiąże się z uzyskaniem w każdy dowolny sposób uprawnienia do posługiwania się dobrem niematerialnym w działalności gospodarczej. Może to nastąpić w wyniku własnej aktywności twórczej albo uzyskania tego prawa od innego, dotychczas uprawnionego podmiotu¹⁵⁵. W obszarze tym znajdzie się szeroko rozumiany transfer technologii, czyli wszelkie sposoby pozyskiwania innowacji przez przedsiębiorstwo¹⁵⁶. Jedną z popularniejszych form uprawnienia innego podmiotu do korzystania z danego rozwiązania technologicznego jest umowa licencyjna¹⁵⁷. Natomiast przez wykonywanie praw własności intelektualnej należy rozumieć wszelkie zachowania podmiotu uprawnionego związane z korzystaniem z dobra niematerialnego zgodnie z treścią prawa podmiotowego (czyli urzeczywistnianiem treści prawa podmiotowego)¹⁵⁸. Obejmuje ono również aspekt negatywny, czyli sprzeciwianie się naruszeniom posiadanych praw wyłącznych przez inne podmioty¹⁵⁹. Każde z takich zachowań może wywołać pewne skutki na rynku właściwym. Wśród nich wymienić można chociażby wprowadzenie do obrotu produktu inkorporującego chronioną własność intelektualną lub odmowę udzielenia licencji na daną technologię¹⁶⁰. Na koniec warto wskazać na samo istnienie praw własności intelektualnej, czyli sytuację w której podmiot legitymujący się pewnym prawem wyłącznym może za jego sprawą osiągnąć siłę rynkową lub też taką już posiada. Wynika to z możliwości posługiwania się w obrocie przez ten podmiot danym dobrem niematerialnym¹⁶¹.

(red.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, California 2001, s. 180 i n.

152 M. Załucki, *Pojęcie prawa...* [w:] M. Załucki (red.), *Prawo własności...*, s. 28-29.

153 T. Sieniow, W. Włodarczyk, *Własność intelektualna...*, s. 10 i n.

154 E. Stępień, *Nakazanie udzielania licencji przymusowej w wyniku nadużywania pozycji dominującej w świetle orzecznictwa wspólnotowego* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008, s. 38; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 43.

155 Wskazać zatem można na czynności faktyczne i prawne skutkujące nabyciem prawa własności intelektualnej, T. Sieniow, W. Włodarczyk, *Własność intelektualna...*, s. 10; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 43.

156 A. Szewc, *Rola umów w zakresie transferu technologii* [w:] A. Szewc, K. Ziolo, M. Grzesiczak, *Umowy jako prawne narzędzie transferu innowacji*, Warszawa 2011, s. 48.

157 Tamże, s. 71.

158 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 44 i cytowana tam literatura.

159 T. Sieniow, W. Włodarczyk, *Własność intelektualna...*, s. 10.

160 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 44.

161 Tamże.

Niemniej jednak w swoim orzecznictwie TSUE pierwotnie wskazywał, że samo istnienie praw własności intelektualnej nie będzie naruszać regulacji unijnych i ograniczał się jedynie do kontroli sfery wykonywania tego prawa¹⁶².

Wyjątkiem od przywołanej wcześniej zasady dotyczącej charakteru praw podmiotowych ochrony własności intelektualnej są prawa podmiotowe skuteczne jedynie wobec wyznaczonych podmiotów - uczestników stosunku prawnego (*inter partes*). Te względne prawa powstają na podstawie wszelkich umów przenoszących prawa własności intelektualnej, w tym umów licencyjnych. Licencja to nic innego jak zgoda na korzystanie przez osoby trzecie z określonego dobra niematerialnego, na które uprawniony posiada prawa wyłączne¹⁶³. Należy zaznaczyć, że zgoda ta jest w zasadzie wymagana tylko w przypadku działalności komercyjnej. Licencje różnią się między sobą ze względu na zakres uprawnień licencjobiorcy (ustalany najczęściej w umowie), w ramach których wyróżnić można licencję pełną (nieograniczoną *ergo* licencjobiorca korzysta z przedmiotu licencji w takim zakresie jak licencjodawca) i niepełną (ograniczoną). Natomiast, gdy chodzi o charakter licencji wyróżnić można licencję wyłączną (jedynie jeden podmiot staje się licencjobiorcą) oraz niewyłączną (licencjodawca może udzielić licencji także i innym podmiotom)¹⁶⁴. W niniejszej pracy nacisk będzie położony jednak nie na licencje, które zostały udzielone w ramach swobody umów, lecz na takie, do których podmiot został przymuszony przez organ antymonopolowy (sąd), który uznał, że w przypadku nieudzielenia licencji, naruszona zostanie konkurencja.

2.3. Uwarunkowania technologiczne prawa własności intelektualnej

Zasadniczym zagadnieniem, które towarzyszy prawu własności intelektualnej od samego początku jest postęp techniczny. To właśnie on już pod koniec XIX w. zaważył o potrzebie ochrony dóbr niematerialnych na równi z dobrami materialnymi. Z kolei współcześnie największe piętno na ochronie własności intelektualnej odcisnęła rewolucja cyfrowa i obecnie prawo własności intelektualnej uznaje się za jedno z najszybciej rozwijających się dziedzin prawa. Wpływ na to miały przede wszystkim cztery czynniki: ekspansja Internetu, nowe technologie i postęp nauki, wzrost znaczenia innowacji czy wiedzy jako dóbr niematerialnych w działalności gospodarczej oraz wreszcie umiędzynarodowienie handlu¹⁶⁵. Bez wątpienia regulacje prawa własności intelektualnej muszą nadążać za tak nakreśloną rewolucją cyfrową. Efektywna ochrona własności intelektualnej umożliwia bezproblemowe prowadzenie działalności gospodarczej, zwłaszcza w branży komputerowej, jak i w każdej innej, gdzie następuje użycie, sprzedaż, bądź też produkcja programów komputerowych¹⁶⁶. Problemem pozostaje określenie

162 L. Giliciński, *Wykonywanie praw własności intelektualnej w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 1997, s. 24-26; E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 38; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 66-67.

163 A. Szewc, *Rola umów...* [w:] A. Szewc, K. Ziolo, M. Grzesiczak, *Umowy jako prawne...*, s. 71.

164 Tamże, s. 71-72; M. Salamonowicz, *Licencje patentowe...*, s. 67 i n.

165 K. Idris, *International Intellectual Property: Introduction*, Fordham International Law Journal 2002, vol. 26, no. 2, s. 209.

166 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 39.

zakresu takiej ochrony, jak i osiągnięcia równowagi w regulacjach na poziomie międzynarodowym, bowiem postęp techniczny nie jest oczywiście ograniczony do terytorium pojedynczych państw¹⁶⁷.

2.3.1. Wpływ prawa własności intelektualnej na innowacje

Zostało podkreślone, że zasadniczą funkcją praw własności intelektualnej jest zachęta do innowacji. Samo pojęcie innowacji często określa się jako nowe podejście czy nowy pomysł, jak i pewne nowe rozwiązanie technologiczne, które następnie zostało pomyślnie wdrożone na rynku¹⁶⁸. W swojej istocie tak rozumiana innowacja ma dać podmiotowi ją wdrażającemu pewną strategiczną przewagę konkurencyjną. Innowacja może być jedynie ulepszeniem (modyfikacją) już istniejącego pomysłu, jak też czymś całkowicie nowym. Podmiot może również ją wdrożyć we własnym zakresie, bądź też uzyskać od całkiem innego podmiotu (np. w drodze transferu technologii za pomocą licencji)¹⁶⁹. W przypadku braku praw własności intelektualnej przyjmuje się, że nie zaistniałaby zasadniczo wystarczająca motywacja do tworzenia nowych rozwiązań, ani tym bardziej do udostępniania ich innym podmiotom (powodem byłby tu tzw. efekt gapowicza)¹⁷⁰. Przeciwnicy tej teorii wskazują jednak, iż nie zostaje ona najczęściej potwierdzona badaniami empirycznymi, podkreślając, że nawet przy braku ochrony imitacja produktów konkurencji wciąż nie byłaby prostym zjawiskiem¹⁷¹. Wprowadzenie produktu na rynek wymaga bowiem dodatkowo wiedzy z danej dziedziny, zwłaszcza objętych tajemnicą (*know-how*), funkcjonujących kanałów dystrybucji, jak też wreszcie przełamania reputacji podmiotu, który jako pierwszy wprowadził daną innowację¹⁷².

Prawo własności intelektualnej w tych obszarach gospodarki, gdzie imitacja jest bardzo łatwa (np. powielanie plików komputerowych) ma niewątpliwie pozytywny wpływ na działalność badawczo-innowacyjną. Natomiast tam, gdzie imitacje nie pozwolą tak naprawdę uzyskać w sposób łatwy pozycji na rynku, ochrona własności intelektualnej już aż tak znacznego wpływu nie posiada. W takiej sytuacji konkurencji i tak będą zmuszeni do badań we własnym zakresie i wprowadzenia na rynek nowych innowacji. Trzeba również przy ocenie zakresu ochrony własności intelektualnej pamiętać o bardzo negatywnym zjawisku patentowania tylko w celu zablokowania możliwości korzystania z danych technologii przez konkurentów, przy równoczesnym braku zamiaru rzeczywistej eksploatacji tego prawa na rynku przez podmiot zgłaszający patent¹⁷³.

167 Tamże.

168 M. E. Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, Harvard Business Review 1990, Nr 2, s. 75.

169 Tamże, s. 75-76; A. Szewc, *Własność przemysłowa i intelektualna w działalności gospodarczej* [w:] A. Szewc, K. Ziolo, M. Grzesiczak, *Umowy jako...*, s. 14 i n.

170 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 131-132.

171 Tamże, s. 135-136 i cytowana tam literatura; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 40.

172 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 135-136.

173 Tamże, s. 138-139.

2.3.2. Pojęcie programu komputerowego i zagadnienia związane z jego ochroną na gruncie prawa własności intelektualnej

Program komputerowy to dobro niematerialne wykazujące specyficzny i wielopoziomowy charakter. Utrudnia to zasadniczo wskazanie jednego modelu ochrony programów komputerowych. Najczęściej charakteryzuje się go jako utwór, czyli przedmiot prawa autorskiego, jak to miało miejsce wówczas w pierwszych regulacjach dotyczących jego ochrony w 1980 r. w prawie federalnym Stanów Zjednoczonych¹⁷⁴. Natomiast na obszarze UE największe znaczenie w tym zakresie posiada dyrektywa 2009/24/WE¹⁷⁵, harmonizująca zagadnienia ochrony programów komputerowych, w której to jednak nie znajdziemy definicji programu komputerowego. Jedynie pkt 7 preambuły wskazuje, że na potrzeby niniejszej dyrektywy za program komputerowy należy uważać wszelkie „programy w jakiegokolwiek formie, w tym programy zintegrowane ze sprzętem komputerowym; pojęcie to obejmuje również przygotowawcze prace projektowe prowadzące do rozwoju programu komputerowego z zastrzeżeniem, że charakter prac przygotowawczych jest taki, że program komputerowy może korzystać z nich na późniejszym etapie”. Parlament Europejski przedstawił, co ciekawe, w trakcie prac nad dyrektywą definicję programu komputerowego¹⁷⁶, której to jednak Komisja Europejska nie uwzględniła w samym akcie, argumentując, że ze względu na nieustanny postęp techniczny może to ograniczyć zakres stosowania dyrektywy 2009/24/WE w przyszłości¹⁷⁷. Definicji programu komputerowego brak również na gruncie polskiego prawa autorskiego, jak też prawa międzynarodowego¹⁷⁸, choć znajdziemy ją chociażby w hiszpańskim czy japońskim prawie autorskim¹⁷⁹. Warto jednak zwrócić uwagę na definicje programu komputerowego jakie wypracowała doktryna. Jedna z koncepcji określa go jako „zestaw instrukcji przeznaczonych do użycia bezpośrednio lub pośrednio w komputerze w celu osiągnięcia określonego rezultatu”, przy czym instrukcje te „mogą być wyrażone słowem, symbolami matematycznymi lub znakami graficznymi”¹⁸⁰. Inna definiuje go jako „zbiór instrukcji przedstawiony w języku zrozumiałym dla komputera, których realizacja (...) ma umożliwić osiągnięcie określonych przez twórcę programu

174 W prawie amerykańskim znajdziemy także definicję programu komputerowego, A. Nowicka, *Prawnoautorska ochrona programów komputerowych - regulacja Polska i jej unijny wzorzec w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2015, z. 2, s. 105.

175 Dyrektywa 2009/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. UE L Nr 111, s. 16); dalej jako dyrektywa 2009/24/WE. Wcześniej ochrona programów komputerowych była zharmonizowana analogiczną dyrektywą 91/250/EWG Rady z 14 maja 1991 r. w sprawie prawnej ochrony programów komputerowych (Dz. Urz. WE L 122, s. 42).

176 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 70 i cytowane tam pozycje.

177 A. Nowicka, *Prawnoautorska ochrona...*, s. 108 i cytowane tam pozycje.

178 Konwencja o udzieleniu patentów europejskich, sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737 z późn. zm.); dalej jako konwencja monachijska.

179 K. Gienas [w:] E. Ferenc-Szydelko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 611; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 70.

180 T. Sieniow, W. Włodarczyk, *Własność intelektualna...*, s. 26.

celów”¹⁸¹. Jak widać definiowanie programu komputerowego to zasadniczo domena informatyki i z tych też względów najczęściej nie znajdziemy definicji w aktach prawnych¹⁸².

Dodatkowe problemy w ustaleniu zakresu ochrony programów komputerowych stwarza ich wspomniany wielopoziomowy (wielowarstwowy) charakter. Na program składa się grupa elementów, podlegających różnej ochronie. Wśród nich należy wymienić elementy tekstowe (program zapisany w kodzie źródłowym, algorytm) oraz inne nietekstowe elementy, jak struktura i funkcja programu, jego interfejs (tzw. *look and feel* programu) czy wszelkie idee jakie ma realizować program¹⁸³. Przyjmuje się, że elementy tekstowe są wynikiem indywidualnej twórczości twórcy (programisty), więc podlegają ochronie jak utwór, bądź też w specyficznych okolicznościach jako tajemnica przedsiębiorcy¹⁸⁴. Natomiast idee czy koncepcje programu ochronie nie podlegają, a w przypadku interfejsów wciąż panują wątpliwości co do zakresu ich ochrony, choć dyrektywa 2009/24/WE wyraźnie odbiera im prawa do ochrony¹⁸⁵. Najważniejszym zagadnieniem, którego wyjaśnienia wymaga niniejsza praca, jest charakterystyka kodu źródłowego, a także związanego z nim kodu maszynowego. Kod źródłowy to zapis programu komputerowego za pomocą określonego języka programowania (wyższego rzędu) w postaci możliwej do odczytania przez człowieka¹⁸⁶. Jest on jednak nieczytelny dla komputera, więc musi zostać poddany procesowi kompilacji (asemblowania) w celu przekształcenia na język maszynowy (język niższego rzędu) - odczytywanego przez komputer. Przybiera on wtedy formę zero-jedynkową i wyrażany jest w sygnałach elektrycznych przetwarzanych w komputerze¹⁸⁷. Przyjmuje się, że jest to tak naprawdę jedynie mechaniczne tłumaczenie kodu źródłowego na inny język, zatem jest tak samo oryginalny (stanowi jedynie inną formę wyrażeniową). Z drugiej strony niektórzy autorzy w literaturze podkreślają, że proces ten pozbawia kod źródłowy ekspresji zawartych w strukturze danego programu i zarazem ochrony w ramach prawa autorskiego¹⁸⁸. Każdy posiadacz kopii programu ma dostęp do kodu maszynowego, gdyż nie udostępnia on wymaganych informacji do stworzenia programu konkurencyjnego lub kompatybilnego. Takie

181 M. Poźniak-Niedzielska, J. Szczotka, M. Mozgawa, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz-Warszawa-Lublin 2007, s. 149.

182 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 72; K. Gienas [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie...*, s. 611.

183 J. Barta, R. Markiewicz, *Główne problemy prawa komputerowego*, Warszawa 1993, s. 31 i n.

184 Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują jednak, że prawidłowym modelem ochrony kodu źródłowego powinna być ochrona gwarantowana przez prawo patentowe, zob. K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 76.

185 J. Barta, R. Markiewicz, *Główne problemy...*, s. 37 i n.; U. Nowacka, A. Gil, *Uwarunkowania prawnoautorskiej ochrony programów komputerowych*, *Postępy nauki i techniki* 2010, Nr 4, s. 5 i n.

186 K. Siewicz, *Exercising user freedoms in the world of free software communities* [w:] M. Barczewski, M. Miłosz, R. Warner (red.), *When Worlds Collide: Intellectual Property, High Technology and the Law*, Warszawa 2008, s. 424; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 300.

187 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 75-76.

188 Tamże, s. 75 i cytowana tam literatura; J. Barta, R. Markiewicz, *Główne problemy...*, s. 22.

informacje można pozyskać jednak z kodu źródłowego, który z tych powodów nie jest publikowany. Jest to o tyle ważne, że właśnie odmowa publikacji kodu źródłowego była niejednokrotnie uznawana za przejaw ograniczania konkurencji.

Przepisy polskiego prawa autorskiego odnoszące się do programów komputerowych (czyli art. 74-77² u.p.a.) oczywiście wzorowano na postanowieniach zawartych w unijnej dyrektywie 2009/24/WE. W obu przypadkach programy komputerowe są chronione jak utwory, acz model ochrony należy scharakteryzować jako *sui generis*, czyli jest on odrębny od ogólnych zasad ochrony przyjętych w prawie autorskim. Oznacza to, iż ogólne przepisy prawa autorskiego stosuje się wtedy, gdy szczegółowe regulacje dotyczące programów komputerowych nie wprowadzą odmiennych rozwiązań¹⁸⁹. Program komputerowy dla celów ochrony musi oczywiście jak każdy inny utwór charakteryzować się oryginalnością i indywidualnością, wymogiem jest także ustalenie go (zaprezentowanie go innej osobie niż autor) w jakiegokolwiek postaci.

Zasadniczo na gruncie prawa UE i prawa polskiego odrzucono patentową ochronę programów komputerowych, gdyż w świetle konwencji monachijskiej nie uznaje się ich za wynalazki. Przyjęto jednak, że program komputerowy może stanowić „nośnik” wynalazku (czyli wynalazek jest realizowany za pomocą programu komputerowego), a zatem są odstępstwa od tej reguły. Wydaje się ten stan rzeczy uzasadniony, bowiem jak uznaje się powszechnie, prawo patentowe i prawo autorskie są wobec siebie często komplementarne. To pierwsze chroni funkcję pełnioną przez pewne rozwiązanie technologiczne, drugie chroni sposób wyrażenia¹⁹⁰. Program komputerowy wykluczony zostanie jednak spod patentowania, jeśli jest zgłoszony *explicite* jako program komputerowy, a nie jedynie jako implementujący pewne rozwiązanie czy metodę¹⁹¹. W tych złożonych kwestiach decydował niejednokrotnie Europejski Urząd Patentowy¹⁹².

Jakiegokolwiek korzystanie (także na użytek własny) z programów komputerowych realizowane jest na podstawie licencji i ściśle określonych w niej zasadach. Korzystanie z programu komputerowego w sposób niezgodny z licencją, jak i też bez licencji, stanowi naruszenie praw twórcy. Typowym jej przykładem jest tzw. pełna wersja, czyli licencja na program komercyjny, która uprawnia do użytkowania programu komputerowego bez większych ograniczeń (z wyjątkami przewidzianymi w regulacjach prawnych, przede wszystkim art. 4 ust. 1 dyrektywy 2009/24/WE oraz art. 74 ust. 4 u.p.a.). Obecnie zyskują popularność licencje umożliwiające darmowe korzystanie z oprogramowania, niekiedy ograniczone czasowo (tzw. *shareware*), funkcjonalnie (tzw. *demo*), bądź też bez tych ograniczeń (tzw. *freeware*)¹⁹³. Coraz częściej można także spotkać się z tzw. *open source*, czyli sytuacją, gdy razem z programem użytkownik otrzymuje bezpłatnie dostęp do kodu źródłowego oraz swobodę w dalszym rozpowszechnianiu programu, jak i jego modyfikacji¹⁹⁴. Jest to jeden z nielicznych przypadków, gdy możliwe jest zapoznanie

189 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 295; M. Poźniak-Niedzielska, J. Szczotka, M. Mozgawa, *Prawo autorskie...*, s. 147-149.

190 U. Nowacka, A. Gil, *Uwarunkowania prawnoautorskiej...*, s. 8.

191 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 218.

192 Zob. m.in. decyzja EUP z dnia 15 lipca 1986 r. w sprawie T 208/84 *Vicom* (Dz. Urz. EUP 1987, s. 14); decyzja EUP z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie T 258/03 *Hitachi* (Dz. Urz. EUP 2004, s. 575).

193 T. Sieniow, W. Włodarczyk, *Własność intelektualna...*, s. 26.

194 Najczęstszym modelem open source jest GNU *General Public Licence* (GPL), zob.

się zasadniczo bez problemów z treścią programu. Nawet w sytuacji dysponowania licencją obowiązuje bowiem tzw. zakaz dekompilacji, czyli odtworzenia kodu źródłowego (nie zawsze jednak w pierwotnej wersji) z udostępnionego kodu maszynowego (czasami proces ten nazywany jest także odwróconą asemblacją)¹⁹⁵. Jest to oczywiście wyjątek uprawniający do utrzymania w tajemnicy utworu nawet po jego publikacji. Warto także wskazać, że zakazem dekompilacji objęte są również składniki programu, które z reguły nie są objęte ochroną autorskoprawną, czyli chociażby idee programu¹⁹⁶. W art. 6 dyrektywy 2009/24/WE oraz art. 75 ust. 2 pkt 3 u.p.a. są jednak przewidziane wyjątki od tego zakazu. W doktrynie najczęściej przyjmuje się, że dekompilacja jest możliwa w celach badawczych, uzyskania interoperacyjności (kompatybilności) programu, jego konkurencyjności, bądź też aby wykazać naruszenie prawa¹⁹⁷.

Pozostaje do rozpatrzenia kwestia systemów operacyjnych. W wyniku wydanych w latach 80. XX w. orzeczeń przez sądy USA i Japonii¹⁹⁸ przyjęto, że systemy operacyjne stanowią szczególny rodzaj programu komputerowego, *ergo* korzystają z ochrony gwarantowanej przez prawo autorskie¹⁹⁹. Wątpliwości budziły przede wszystkim definicje programu komputerowego zawarte w prawie autorskim obu tych krajów. System operacyjny posiada jednak swoją specyfikę odróżniającą go od typowego oprogramowania komputerowego. Po pierwsze składa się w istocie z wielu połączonych funkcjonalnie programów systemowych, a zarazem stanowi fundament dla działania wszystkich instalowanych na danym urządzeniu programów komputerowych²⁰⁰. Często też jest połączony z daną jednostką centralną (komputerem) w drodze tzw. licencji OEM²⁰¹. Głównym celem systemu operacyjnego jest zasadniczo utworzenie funkcjonalnego środowiska do realizowania zadań użytkownika i zapewnienie współpracy pomiędzy oprogramowaniem komputerowym i sprzętem. Powiązania te następują w dużej mierze z wykorzystaniem elementów pozatekstowych - co też może budzić wątpliwości co do zakresu ochrony²⁰².

J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 308-309.

195 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 165; A. Ohly, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?* [w:] M. J. Adelman, R. Brauneis, J. Drexler, R. Nack (red.), *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Berlin 2009, s. 357 i n.

196 J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie...*, s. 299.

197 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 166-167.

198 J. Barta, R. Markiewicz, *Główne problemy...*, s. 42.

199 K. Gienas [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie...*, s. 612.

200 Tamże; J. Barta, R. Markiewicz, *Główne problemy...*, s. 42.

201 Skrót OEM (*Original Equipment Manufacturer*) oznacza producentów gotowych komputerów.

202 K. Gienas [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie...*, s. 612.

Rozdział 3. Wzajemne relacje prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji

3.1. Główne założenia styku regulacji prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji jako problemu badawczego

Dziedziny prawa własności intelektualnej oraz prawa konkurencji ze względu na podobnie ukierunkowane cele - zasadniczo pobudzenie aktywności gospodarczej i tym samym zwiększenie dobrobytu konsumenta - mogą sprawiać wrażenie nie pozostawiania ze sobą w ścisłym konflikcie²⁰³. Prawo własności intelektualnej promuje postęp techniczny i innowacyjność, które stanowią ostatecznie korzyść dla konsumenta. Z kolei prawo konkurencji chroni uczciwą konkurencję, która stanowi siłę napędową gospodarki rynkowej, a w efekcie czego konsumenci otrzymają produkty wyższej jakości o niższej cenie²⁰⁴. Trzeba jednak pamiętać o tym co zostało wskazane w rozdziale drugim, mianowicie na rynkach nowych technologii cena nie odgrywa aż tak znaczącej roli, jak w większości sektorach gospodarki. Tutaj najważniejsze jest dostarczenie konsumentom jak najbardziej technologicznie zaawansowanego produktu i łatwiej o sytuację, w której prawa własności intelektualnej są niezbędne, aby mogła zaistnieć konkurencja.

Obie te dziedziny chronią niemniej inną kategorię podmiotów, których to interesy nie stoją jednak w sprzeczności. Prawo własności intelektualnej chroni interesy podmiotów indywidualnych poprzez zabezpieczenie czerpania zysków ze swojej działalności twórczej. Prawo konkurencji natomiast chroni interes ogółu, do którego należy sprawnie i efektywnie działający rynek z uczciwą konkurencją. Nie dopuszcza do działań zakłócających taki stan rzeczy w drodze np. zakazu praktyk ograniczających konkurencję²⁰⁵. Sytuacja nie jest jednak tak oczywista. Jak zostało wcześniej zasygnalizowane, prawo własności intelektualnej zapewnia podmiotowi wyłączone uprawnienie do korzystania z danego dobra niematerialnego. Na rynkach nowych technologii doprowadza do umacniania się pozycji największych przedsiębiorstw mających dostęp do największej ilości rozwiązań technologicznych. Uznaje się jednak, iż to wyłączone prawo nie zabezpiecza jednak przed interwencją

203 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 82 i cytowana tam literatura.

204 Por. E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 31-32.

205 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 48.

ze strony prawa konkurencji²⁰⁶. Wydaje się uzasadnione, że w przypadku naruszenia zasad konkurencji przez przedsiębiorcę dysponującym danym prawem własności intelektualnej, organy ochrony konkurencji mogą zainterweniować, nakładając chociażby wymóg udzielenia licencji przymusowej. Przeciwnie, inne podmioty byłyby pozbawione wykorzystania przedmiotu ochrony we własnej działalności gospodarczej²⁰⁷. Uprawniony z prawa własności intelektualnej podmiot może podjąć zasadniczo wszystkie działania, których nie zakazuje jednak prawo konkurencji. Prawo konkurencji interesuje się właśnie efektami działań uprawnionego podmiotu z punktu widzenia funkcjonowania rynku oraz konkurencji²⁰⁸.

W tak narysowanej sytuacji nie można jednak przyznać prymatu którejkolwiek z tych dwóch dziedzin prawa. Dotyczą, jak wskazano, różnych stosunków społecznych. Obecnie przyjmuje się zatem, że prawa własności intelektualnej nie należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do prawa konkurencji²⁰⁹.

W doktrynie wyodrębniono jednak wiele koncepcji opisujących relacje prawa własności intelektualnej z prawem konkurencji. Opisują one w jakim zakresie normy prawa konkurencji znajdują zastosowanie w sprawie dotyczącej praw własności intelektualnej, a zatem w jakim stopniu podmiot uprawniony może bez ryzyka podejmować działania zasadniczo sprzeczne z regułami konkurencji²¹⁰. Szczegółowa analiza wszystkich teorii relacji pomiędzy prawem własności intelektualnej a prawem konkurencji przekracza jednak rozmiary pracy. Na pewno wartym odnotowania jest często spotykany podział takich koncepcji na formalne oraz materialne. Teorie formalne opisują zachowania do jakich prawo własności intelektualnej może w ogóle znaleźć zastosowanie, bez względu na ich skutek dla konkurencji. Natomiast teorie materialne wskazują na celowość zastosowania reguł konkurencji. Badają zatem czy dane działanie uprawnionego podmiotu miało negatywny, neutralny czy pozytywny wpływ na warunki konkurencji²¹¹. Wśród formalnych należy wyróżnić dwie dość skrajne teorie przyjmujące nadrzędność jednej z dziedzin prawa nad drugą. Teoria nadrzędności prawa konkurencji²¹² przyjmuje, że prawa wyłączone w samej istocie uniemożliwiają realizację idei konkurencyjnego rynku. Akcentowany jest tutaj antykonkurencyjny wpływ praw własności intelektualnej, które zrównane są tutaj z posiadaniem pozycji dominującej. Teoria znalazła zastosowanie w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA w latach 60. XX w.²¹³ Z kolei teoria nadrzędności prawa własności intelektualnej postuluje

206 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 82-83.

207 Tamże, s. 83; E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 23 i n.

208 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 48.

209 Tamże, s. 50-51; M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 48-49.

210 M. K. Kolański, *Prawo konkurencji a ochrona własności intelektualnej*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2007, nr 1-2, s. 63-64; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 171-172.

211 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 172 i n.; tenże, *Własność intelektualna a szkoda dla konkurencji w prawie UE*, Warszawa 2012, s. 11-13; por. M. K. Kolański, *Obowiązek współpracy gospodarczej w prawie antymonopolowym*, Toruń 2009, s. 273 i n.

212 Niektórzy autorzy jednak nie zaliczają jej do teorii relacji pomiędzy obiema dziedzinami prawa, gdyż nie wyjaśnia ona w jakich przypadkach prawa własności intelektualnej ograniczają konkurencję, zob. D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 251-253.

213 Sąd wówczas uznawał, że posiadanie monopolu na rynku można domniemywać już z samego istnienia własności intelektualnej, zob. M. K. Kolański, *Prawo konkurencji...*, s. 65.

nadanie uprawnionemu z praw własności intelektualnej swoistego immunitetu przed regulacjami prawa konkurencji. Odrzuca ona domniemanie posiadania pozycji dominującej z uwagi na prawa własności intelektualnej, a w sytuacji, gdy taką pozycję podmiot rzeczywiście posiada, postuluje bardzo mały zakres zastosowania regulacji antymonopolowych²¹⁴. Stanowiska obu tych koncepcji niejako łączą bardziej umiarkowane stanowisko zwane teorią wykonywania praw własności intelektualnej. Wyróżniona jest tutaj sfera samego istnienia praw własności intelektualnej oraz sfera wykonywania tych praw, a w rezultacie regulacje prawa konkurencji wyłączone będą jedynie w tej pierwszej. W okresie bezpośredniego traktowania praw własności intelektualnej jako monopolu rynkowych powstała teoria zakresu wyłączności. Zakłada ona, że normy prawa konkurencji nie znajdują zastosowania do działań uprawnionego z praw wyłącznych, jeśli tylko mieszczą się one w granicach prawa własności intelektualnej²¹⁵.

Wśród teorii materialnych można wskazać odwołującą się do założeń szkoły chicagowskiej teorię komparatywną przewagi konkurencyjnej, która zaznacza, że podmiot uprawniony powinien być nagrodzony za dokonaną przez siebie innowację. Wysokość otrzymanej nagrody wyznacza oczywiście rynek przez pryzmat społecznej wartości danej innowacji²¹⁶. Prawo konkurencji ingeruje jedynie w takich sytuacjach, gdy wyraźnie ograniczana jest podaż danego produktu w związku z przyznanymi prawami własności intelektualnej²¹⁷. Następna z teorii, tzw. teoria materialnej alokacji rynku zakłada, że nie jest sprzeczne z regułami konkurencji wykorzystywanie praw własności intelektualnej do wprowadzenia na rynek innowacji, które dadzą lub umocnią uprawnionemu przewagę konkurencyjną²¹⁸. Do rozważań z rozdziału drugiego odnosi się natomiast tzw. teoria konkurencji przez substytucję, która zakłada, że prawa własności intelektualnej zapobiegają imitacji produktów i tym samym konkurenci są zmuszeni do wprowadzania na rynek swoich własnych, substytucyjnych innowacji²¹⁹.

Wzbudza wątpliwość stosowanie w niektórych teoriach analogii pomiędzy własnością intelektualną a ujętą w prawie rzeczowym własnością. W rozdziale drugim już zostało zauważone, że stosując takie analogie należy zachować ostrożność. Niektórzy Autorzy wskazują jednak, że na gruncie prawa konkurencji stosowane ograniczenia własności i własności intelektualnej są bardzo podobnie uzasadniane²²⁰. W prawie antymonopolowym w Stanach Zjednoczonych zostało to nawet zaakcentowane przez Departament Sprawiedliwości i FTC we wskazówkach dotyczących licencjonowania własności intelektualnej²²¹. W przypadku ograniczania swobody uprawnionego z prawa własności intelektualnej przyjęto właśnie zasadę przyrównania własności intelektualnej do innych form własności.

214 Tamże, s. 66-67; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 175-176.

215 Uprawiony zatem nie wychodzi poza nadany mu zakres wyłączności, D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 179-180.

216 Tamże, s. 212.

217 Tamże, s. 214.

218 M. R. Patterson, *Intellectual property and sources of market power* [w:] I. Govaere, H. Ullrich (red.), *Intellectual Property, Market Power and the Public Interest*, Brussels 2008, s. 35-40.

219 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 227 i n.

220 M. K. Kolasiński, *Prawo konkurencji...*, s. 80.

221 Departament Sprawiedliwości i FTC, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, dostępne pod adresem <https://www.justice.gov/atr/guidelines->

3.2. Wpływ wykonywania, istnienia i nabywania praw wyłącznych na konkurencję - wybrane orzecznictwo w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dotyczących praw własności intelektualnej

Prawa własności intelektualnej, to jak wielokrotnie zaznaczono, jeden z instrumentów, którym przedsiębiorcy mogą się posługiwać, aby zdobyć przewagę konkurencyjną na rynku. Często rozróżnia się jednak sprawy z zakresu ochrony konkurencji dotyczące praw własności intelektualnej, w których rzeczywiście doszło do ograniczania konkurencji przy wykorzystaniu praw wyłącznych do dóbr niematerialnych od takich, gdzie są one w istocie obojętne na stan konkurencji²²². Ta pierwsza kategoria to zasadniczo sytuacje, gdy wykonywanie, istnienie, bądź nabywanie praw własności intelektualnej miało wpływ na ocenę danego zachowania przedsiębiorcy pod względem jego zgodności z regułami konkurencji. W takich okolicznościach podmiot uprawniony oddziałuje za pomocą praw wyłącznych na konkurencję (najczęściej spotykanym przykładem jest odmowa udzielenia licencji). W tej drugiej kategorii natomiast mieszczą się sprawy, w których podmiot uprawniony nie korzysta wcale z przysługujących mu praw wyłącznych w celu ograniczania konkurencji, nawet jeśli swoją siłę rynkową zawdzięcza wcześniej uzyskanym prawom własności intelektualnej²²³. Można tutaj wymienić takie sytuacje, w których podmiot nadużywa swoją pozycję dominującą (uzyskaną tutaj posiadanymi prawami wyłącznymi), jednak nie stara się wykluczać konkurentów z rynku bezpośrednio przy wykorzystaniu środków ochrony, które zostały mu nadane w prawie własności intelektualnej²²⁴. W niniejszej pracy badany wpływ innowacyjności na konkurencję na rynkach nowych technologii pojmowany jest stosunkowo szeroko i ta druga kategoria spraw również po części znajduje się w obrębie jej zainteresowania. W tym rozdziale uwaga poświęcona jest jednak w zasadzie tylko tej pierwszej kategorii spraw z zakresu własności intelektualnej.

3.2.1. Stosunek unijnego prawa konkurencji do prawa własności intelektualnej

Na gruncie unijnym podstawowe założenia relacji pomiędzy prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej zostały ukształtowane po raz pierwszy w orzeczeniu w sprawie *Consten/Grundig*²²⁵. Założono wówczas, że prawo konkurencji może być stosowane do każdego aktu stosowania praw własności intelektualnej, jeżeli jest on sprzeczny z normami antymonopolowymi. Ingerencją

and-policy-statements-0/2017-update-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property (11.05.2017).

222 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 41.

223 Tamże.

224 Tamże.

225 Wyrok TS z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 *Consten i Grundig* p. Komisji (Rec. 1966 r., s. 429).

nie było objęte rozporządzanie i samo istnienie tych praw. Nie badano również rzeczywistego wpływu danego aktu na konkurencję. Niemniej uniknięto, na mocy tego orzeczenia, nadania prawom własności intelektualnej immunitetu antymonopolowego²²⁶. W kolejnych sprawach ETS zaczął odwoływać się również do koncepcji z art. 36 TFUE, czyli wykonywania prawa wyłącznego w zakresie szczególnego przedmiotu ochrony. Na jego mocy są wyłączane spod analizy prawa konkurencji wszelkie te działania, które służą ochronie samego przedmiotu prawa przed naruszeniami, a także zabezpieczają realizację jego gospodarczych funkcji²²⁷. Przykładem takiego rozstrzygnięcia jest przywołane już orzeczenie w sprawie *Hoffmann-La Roche* oraz sprawa *Windsurfing*²²⁸, w której ETS, oceniając zgodność klauzul umowy licencyjnej z art. 101 TFUE (zakaz porozumień ograniczających konkurencję), rozstrzygał wprawdzie czy mieszczą się w ramach przedmiotu ochrony.

W kolejnych latach ETS wciąż najczęściej postulował teorię szczególnego przedmiotu ochrony, dodając jednak instytucję „szczególnych okoliczności”, która umożliwia uzasadnienie stosowania reguł konkurencji do danych aktów wykonywania praw własności intelektualnej²²⁹. Posłużono się nią po raz pierwszy w sprawie *Magill*²³⁰. Dwie stacje telewizyjne zaskarżyły wówczas decyzję Komisji Europejskiej²³¹, uznającą je za przedsiębiorców dominujących i tym samym nakładającą na nie licencję przymusową. W orzeczeniu tym Trybunał wskazał, że odmowa udzielenia licencji nie stanowi nadużycia pozycji dominującej, bowiem prawo reprodukcji jest nieodłącznym prawem przysługującym autorowi, jednakże wskazał, że wykonywanie uprawnień nadanych przez prawo wyłączne może zostać zakwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej w szczególnych okolicznościach (może zatem być oceniane na podstawie art. 102 TFUE)²³². Niektórzy komentatorzy kwalifikują z tego powodu to rozstrzygnięcie jako przejaw teorii nadrzędności prawa konkurencji, gdyż może być stosowane wszędzie tam, gdzie prawo własności intelektualnej jest stosowane niezgodnie z jego celem i istotą ze szkodą dla konsumentów²³³. Wśród przesłanek umożliwiających ocenę w świetle przepisów ochrony konkurencji przedsiębiorcy wykonującego prawa własności intelektualnej wyróżniono wówczas: odmowa udzielenia licencji uniemożliwia pojawienie się nowego produktu²³⁴; uprawniony z praw własności intelektualnej rezerwuje rynek

226 D. Miąsik, *Własność intelektualna...*, s. 17 i cytowana tam literatura.

227 Zob. szerzej D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 371-375.

228 Wyrok ETS z dnia 25 lutego 1986 r. w sprawie 193/83 *Windsurfing International Inc.* p. Komisji (Zb. Orz. 1986, s. 611).

229 M. du Vall, *Nadużycie pozycji dominującej poprzez wykonywanie praw własności intelektualnej*, ZNUJ 2010, nr 3, s. 9 i n.; D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 377.

230 Wyrok ETS z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P, RTE i ITP p. Komisji, (Rec. 1995 r., s. I-743); dalej jako orzeczenie w sprawie *Magill*.

231 Decyzja Komisji 89/205/EEC z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie IV/31.851, *Magill TV Guide*/ITP, BBC i RTE (O.J. 1989 L 78, s. 43).

232 Zob. par. 49 i 50 orzeczenia w sprawie *Magill*.

233 Tak D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 377; zob. także E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 42-43; M. Górska, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność intelektualna. Zarys prawa własności intelektualnej. Tom II*, Warszawa 2011, s. 11-12.

234 Tutaj tygodniowego przewodnika telewizyjnego, zob. par. 54 orzeczenia w sprawie *Magill*. Zostało to argumentowane, że spełniane są przesłanki art. 102 TFUE w postaci ograniczenia produkcji, rynku, postępu technicznego, E. Stępień, *Nakazanie udzielania...*

sąsiedni (wtórny względem rynku na którym działa)²³⁵; odmowa udzielenia licencji nie została obiektywnie uzasadniona. Orzeczenie w sprawie *Magill* było pierwszym, które starało się rozwiązać konflikt pomiędzy prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej i w kolejnych sprawach unijnych najczęściej odwoływano się do tych trzech przesłanek, ugruntowując je, bądź doprecyzowując. Niemniej przez dłuższy czas nie było jednolitego stanowiska dotyczącego interpretacji testu ze sprawy *Magill*, czyli jakie w rzeczywistości przesłanki należy wykazać, aby zobowiązać przedsiębiorcę dominującego do udzielenia licencji²³⁶.

Wśród najważniejszych orzeczeń rozwijających koncepcje znane ze sprawy *Magill* należy wymienić rozstrzygnięcia w sprawach *Ladbroke*²³⁷, *IMS Health*²³⁸ oraz *Microsoft*²³⁹. Temu ostatniemu poświęcony jest rozdział czwarty. SPI w orzeczeniu w sprawie *Ladbroke* doprecyzował kryterium dotyczące pojawienia się nowego produktu, stwierdzając, że potencjalne zapotrzebowanie na taki produkt powinno być regularne i odnoszące się konkretnie do niego²⁴⁰. Wskazał także, że odmowa udzielenia licencji może naruszać art. 82 TWE (obecnie art. 102 TFUE), jeśli w stosunku do produktu, bądź usługi, których dotyczy odmowa, nie ma na rynku substytutów. W orzeczeniu w sprawie *IMS Health*²⁴¹ ETS wskazał natomiast, że odmowa udzielenia licencji stanowi nadużycie pozycji dominującej w sytuacji łącznego spełnienia czterech przesłanek, które nawiązują do tych wskazanych w sprawie *Magill*. Tym samym uznano wówczas, że powstała pewna nowa zasada prawna (legal standard) pozwalająca stwierdzić czy doszło do nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę wykonującego prawa własności intelektualnej w każdej kolejnej sprawie²⁴². Jednakże wśród komentatorów dominowały opinie, że w sytuacji *IMS Health* (podobnie jak w sprawie *Magill*) rozstrzygnięcie wynikało w dużej mierze z innych specjalnych okoliczności, których nie uwzględniono w samej treści orzeczenia. Pierwszą z nich był znikomy poziom innowacyjności i twórczości dzieła, do którego prawa posiadał *IMS Health* (bazy klientów oparte na podziale administracyjnym kraju). Istnieje jednak spór w doktrynie czy należy rozróżniać prawa własności intelektualnej na „lepsze” i „gorsze”²⁴³. Drugą był fakt współpracy klientów w tworzeniu systemu, który stał się, jak to zostało zaznaczone,

[w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 42-44.

235 Zob. par. 56 orzeczenia w sprawie *Magill*.

236 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 46 i n.

237 Wyrok SPI z dnia 12 czerwca 1997 r. w sprawie T-504/93, *Tiercé Ladbroke* p. Komisji (Rec. 1997 r., s. II-973); dalej jako orzeczenie w sprawie *Ladbroke*.

238 Wyrok ETS z dnia 29 kwietnia 2004 w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG* p. *NDC Health GmbH & Co. KG* (Zb. Orz. 2004, s. I-5039); dalej jako orzeczenie w sprawie *IMS Health*.

239 Wyrok SPI z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft Corporation* p. Komisji (Zb. Orz. 2007, s. II-3601); dalej jako wyrok w sprawie *Microsoft*.

240 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 61-62; J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 75-76.

241 W sprawie tej *IMS Health* prowadził system danych w zakresie sprzedaży leków, który bez jego zgody zaczęli wykorzystywać konkurenci. Komisja Europejska uznała wówczas, że nieudostępnienie ww. bazy danych, która stała się *de facto* standardem przemysłowym stanowi nadużycie pozycji dominującej, zob. M. Górską, *Przesłanki uznania...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 12-13.

242 M. Górską, *Przesłanki uznania...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 13; E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 56 i n.

243 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 69-70.

standardem na rynku. Okolicznością, która również mogła zaważyć na nałożeniu licencji przymusowej, mogło być dodatkowo udostępnianie bazy klientów tym podmiotom, które nie były konkurentami IMS Health²⁴⁴.

3.2.2. Stosunek polskiego prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej

W polskim porządku prawnym o zakresie zastosowania prawa antymonopolowego do spraw z zakresu własności intelektualnej mówi przede wszystkim art. 2 u.o.k.k. Przepis ten wskazuje, iż ustawa ta nie narusza praw (chodzi w szczególności o prawa wyłączne) przysługujących na podstawie unormowań z zakresu własności intelektualnej. Ustawodawca jasno sygnalizuje, że ten sam stan faktyczny może równolegle podlegać ocenie na podstawie przepisów u.o.k.k. oraz przepisów z zakresu prawa własności intelektualnej i zarazem przyznaje pierwszeństwo przepisom prawa własności intelektualnej²⁴⁵. Sformułowana zasada na podstawie art. 2 u.o.k.k. o nienaruszalności praw własności intelektualnej²⁴⁶ nie jest jednak absolutna i przyjmuje się, że doznaje ona ograniczenia w przypadku dobrowolności udzielania licencji przez podmiot uprawniony, prowadzącej do wykluczenia z rynku jego konkurentów²⁴⁷. Zakres korzystania z praw wyłącznych jest zatem poddawany kontroli sprawowanej przez Prezesa UOKiK. Ma on możliwość (na podstawie art. 10 ust. 4 pkt 1 u.o.k.k.), w drodze decyzji administracyjnej o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, nałożyć obowiązek udzielenia „licencji praw własności intelektualnej na niedyskryminujących warunkach”. Samo istnienie praw własności intelektualnej jednak nie jest poddawane zakazom z prawa ochrony konkurencji²⁴⁸. W art. 2 ust. 2 u.o.k.k. uregulowano sprawę umów licencyjnych (a także umów, których przedmiotem jest *know-how*, czyli tajemnic przedsiębiorstwa), obejmując je również reżimem komentowanej ustawy.

Wśród przedstawicieli doktryny można jednak znaleźć głosy o całkowitej zbędności przytoczonego przepisu regulującego relację między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej²⁴⁹. Uzasadniane jest to tym, iż regulacja ta zawęża zakres stosowania prawa konkurencji do spraw dotyczących praw własności intelektualnej i nie rozwiązuje żadnego dylematu dotyczącego styku prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej, którego nie rozwiązałyby analiza zakresu zastosowania obu tych dziedzin prawa²⁵⁰.

W doktrynie wskazuje się na dwie główne sprawy, w których Prezes UOKiK orzekał w sytuacji styku prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Pierwsza z nich to porozumienie ograniczające konkurencję, dotyczące praw do transmisji meczów

244 Tamże.

245 C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 33.

246 Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2009 r., III SK 19/08 (OSNP 2010, nr 19-20, poz. 252).

247 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 91-92.

248 C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 34.

249 Tak D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a prawo własności intelektualnej - czy art. 2 ustawy jest w ogóle potrzebny?*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1, s. 50 i n.

250 Tamże, s. 56-59.

piłki nożnej pomiędzy Canal+ oraz PZPN²⁵¹. Zarzut jaki postawił wówczas polski organ antymonopolowy dotyczył ograniczania dostępu do rynku i utrudniania działalności innych przedsiębiorców w wyniku zawartego porozumienia, gwarantującego pierwszeństwo w uzyskaniu licencji na transmisje telewizyjne przez Canal+. Druga z przytoczonych spraw dotyczyła eksploatacyjnej sprzedaży związanej stosowanej przez Cyfrowy Polsat²⁵². Uzależniał on sprzedaż praw do publicznego odtwarzania relacji z Euro 2008 (na terytorium Polski posiadał on do nich prawa wyłączne) od zakupu dekodera wraz z usługą wsparcia technicznego. Oba te rozstrzygnięcia były krytykowane ze względu na niedokładne określenie rynków właściwych oraz niepoprawne ocenienie skutków działań przedsiębiorców na konkurencję w świetle relacji praw własności intelektualnej do prawa konkurencji²⁵³. Warto także zaakcentować, że obiektem zainteresowania Prezesa UOKiK był również Microsoft w wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego w jego sprawie na szczęblu unijnym²⁵⁴.

3.2.3. Stosunek prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych do prawa własności intelektualnej

W przepisach prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych zasadniczo nie znajdziemy regulacji dotyczących problematyki jego relacji z prawem własności intelektualnej. Ustawa Claytona w art. 3 zaznacza jedynie, że może skutkować ograniczeniem konkurencji sprzedaż wiązana towarów chronionych prawem wyłącznym z towarami bez takiej ochrony. Przy braku przyjętych unormowań redukujących zakres stosowania przepisów antytrustowych, rozwiązanie ze Stanów Zjednoczonych określa się często mianem modelu pragmatyczno-sądowego dającego pierwszeństwo prawu ochrony konkurencji²⁵⁵.

Niemniej przez dłuższy czas w Stanach Zjednoczonych dominowała teoria zakresu wyłączności. Wynikało to początkowo z kwalifikacji praw własności intelektualnej jako legalnych monopolii, następnie z próby rozbijania dużych przedsiębiorstw, które swoją pozycję zawdzięczały często prawom wyłącznym (dosyć łatwo wówczas uzasadniano wyjście uprawnionego poza wspomniany zakres wyłączności)²⁵⁶. Spośród podjętych prób demonopolizacji poszczególnych sektorów gospodarki należy wymienić przede wszystkim sprawę przeciwko Xerox na rynku kopiarek²⁵⁷, a także IBM na rynku komputerów²⁵⁸. W obu tych przypadkach uznano, że pomniejsi przedsiębiorcy nie mogą konkurować z bardzo efektywnym liderem, który w efekcie

251 Zob. wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., III SK 16/08 (OSNP 2010, nr 13-14, poz. 177).

252 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 24 sierpnia 2010 r., DOK-7/2010.

253 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 464-471.

254 Dotyczyło to przede wszystkim zasad sprzedaży na terenie Polski laptopów wraz z wcześniej zainstalowanym systemem operacyjnym Windows, zob. *Microsoft na cenzurowanym?*, dostępny pod adresem https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=459 (11.05.2017); Ł. Gorywoda, A. Jańczuk, *UOKiK v Microsoft: stosowanie prawa konkurencji w sektorach nowej gospodarki a ryzyko błędu regulacyjnego*, PSEAP Working Paper 2009, nr 3.

255 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 260-261.

256 Tamże, s. 268-269.

257 *Xerox corp., Decision & Order*, 86 F.T.C. 364 (1975).

258 *United States v. International Business Machines Corporation (IBM)*, Docket no. 69, Civ. DNE (1969).

umacnia swoją rynkową pozycję. Sprawa *IBM*, mimo że zakończona ugodą, jest często krytykowana ze względu na nadmierną ofensywę organów antymonopolowych na przedsiębiorcę, który osiągnął sukces, aby tylko stworzyć warunki działania na rynku mniej wydajnym konkurentom²⁵⁹. Niektórzy komentatorzy podkreślali, że faworyzowanie mniej efektywnych przedsiębiorstw zarówno narusza interesy konsumentów, jak i ogranicza rozwój innowacji²⁶⁰. W odniesieniu do teorii zakresu wyłączności warto zaznaczyć, że wśród działań wychodzących poza ten zakres uznawano wówczas przykładowo odgórne ustalanie cen odsprzedaży towaru chronionego patentem czy tzw. klauzulę wyłączności (zakazanie licencjobiorcy np. wyświetlania poszczególnych filmów w jego kinie)²⁶¹.

Pod koniec lat 70. XX w. w Stanach Zjednoczonych można zaobserwować jednak drastyczną zmianę w linii orzeczniczej. Wynikało to z popularyzacji opisanego w rozdziale pierwszym podejścia efektywnościowego, czyli oceny działań przedsiębiorcy z uwagi na ich prokonkurencyjny skutek w postaci podniesienia poziomu efektywności²⁶². Zaczęto powoli wycofywać się z teorii zakresu wyłączności. Aktualny kształt relacji prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych do prawa własności intelektualnej rozpoczyna wyrok w sprawie *Kodak*²⁶³. W sposób zasadniczy odrzucono teorię, że prawa własności intelektualnej zawsze dają w sposób bezpośredni siłę rynkową²⁶⁴. Uznano, że jej źródłem może być jednak prawo własności intelektualnej o „kluczowym statusie”, które przykładowo wyznacza standard na danym rynku²⁶⁵. Reguły konkurencji z kolei mogą znaleźć zastosowanie w takim zakresie, w jakim podmiot wykonujący prawa własności intelektualnej podjął próbę rozszerzenia swojego monopolu intelektualnego. Takimi zachowaniami mogą być: wykonywanie wadliwego prawa wyłącznego (z wadą skutkującą jego nieważnością) w celu ograniczania konkurencji; wytoczenie bezpodstawnego powództwa; transakcje wiązane; aż wreszcie warunkowa odmowa udzielenia licencji²⁶⁶.

Precedensowym wyrokiem na rynku sprzętu i oprogramowania komputerowego było niewątpliwie orzeczenie w sporze pomiędzy Intergraph a Intel²⁶⁷. Ten drugi posiadał wówczas pozycję dominującą na rynku centralnych procesorów (CPU), którą zarazem zamierzał przenieść na rynek podsystemów graficznych (na którym aktywnie działał Intergraph). Intel został oskarżony przede wszystkim o zaprzestanie udzielania kluczowych informacji technicznych produkowanych przez siebie procesorów. Sąd amerykański uznał, że konkurenci Intela nie mogą sprawnie funkcjonować na rynku bez tych informacji, co stanowi naruszenie art. 2 ustawy Shermana. Odniesiono się także do doktryny urządzeń kluczowych, która

259 D. T. Armentano, *Walka z monopolem czy z konkurencją?*, Lublin 2007, s. 53 i cytowana tam literatura.

260 Tamże.

261 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 274.

262 Tamże, s. 284-284.

263 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

264 Słusznie odrzucono zatem założenie o zrównaniu monopolu prawnego z monopolem rynkowym.

265 D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony...*, s. 299.

266 Tamże, s. 307.

267 *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, No. CV-97-N-3023-NE (N.D. Ala. 1999).

stanowi przedmiot zainteresowania w dalszej części rozdziału. W doktrynie wyrok ten uznawany jest za mający największy wpływ dla rozstrzygnięcia w późniejszej sprawie przeciwko Microsoft²⁶⁸.

3.3. Nakazanie udzielenia licencji w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przy wykorzystaniu praw własności intelektualnej

Ideą praw własności intelektualnej, jak już wskazano, jest posiadanie prawa wyłącznego do pewnego dobra niematerialnego. W takich okolicznościach może to skutkować posiadaniem przez podmiot uprawniony pozycji dominującej, choć zasadniczo przyjmuje się, że istnienie prawa własności intelektualnej nie nadaje automatycznie pozycji dominującej²⁶⁹. Samo istnienie prawa wyłącznego, często określanego tutaj mianem monopolu prawnego, nie spełnia zatem przesłanki z art. 102 TFUE²⁷⁰. W wyniku czego nie należy stawiać znaku równości pomiędzy monopoliem prawnym wynikającym z prawa własności intelektualnej, a monopoliem rynkowym. Monopolistą w rozumieniu przepisów prawa konkurencji jest podmiot będący zasadniczo wyłącznym producentem (sprzedawcą) danych produktów na rynku, tymczasem konkretne prawo własności intelektualnej najczęściej nie tworzy odrębnego rynku właściwego. Do nadużycia pozycji dominującej może jednak dojść wyjątkowo w sytuacji, gdy podmiot uprawniony, wykonując swoje prawa do własności intelektualnej, zmierza (choć niekoniecznie to osiąga) do ograniczenia konkurencji²⁷¹. W rozdziale drugim zostało jednak wskazane, że i samo istnienie prawa wyłącznego może mieć antykonkurencyjne skutki. Taka sytuacja zaistnieje, jeśli wynikający z tego prawa zakres ochrony zasadniczo eliminuje występowanie produktów substytucyjnych, bądź też uprawniony posiada wysoki udział w rynku, blokując tym samym rozwój wśród konkurentów.

Podstawą nałożenia licencji przymusowej w prawie unijnym jest obecnie art. 7 rozporządzenia 1/2003. Stanowi on, że Komisja Europejska po uznaniu danego zachowania przedsiębiorcy za naruszające art. 102 TFUE, może poprzez odpowiedni środek behawioralny (bądź strukturalny) zobowiązać go do zaprzestania dalszych naruszeń. W określonych okolicznościach takim środkiem może być właśnie licencja przymusowa²⁷². ETS w po części analizowanym już orzeczeniu w sprawie *IMS Health* uznał, że wystarczające jest wykazanie łącznego spełnienia czterech przesłanek. Po pierwsze odmowa udzielenia licencji uniemożliwia zaistnienie nowego produktu (na który istnieje potencjalny popyt)²⁷³. Po drugie odmowa dotyczy produktu lub usługi, które są niezbędne, aby prowadzić działalność gospodarczą²⁷⁴. Trzecią przesłanką

268 J. Majcher, *Dostęp do urzędzeń kluczowych...*, s. 42-43.

269 L. Giliciński, *Wykonywanie praw...*, s. 199-200; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 86.

270 Należy także zaznaczyć, że na mocy art. 102 TFUE zakazane jest zasadniczo jedynie nadużywanie pozycji dominującej, lecz nie samo jej posiadanie.

271 D. Miąsik, *Własność intelektualna...*, s. 7-8.

272 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 37.

273 Zob. par. 37 orzeczenia w sprawie *IMS Health*.

274 Zob. par. 38 orzeczenia w sprawie *IMS Health*.

jest brak obiektywnego uzasadnienia odmowy²⁷⁵. Ostatnią jest sam skutek odmowy w postaci ewentualnego wyłączenia konkurencji na rynku wtórnym²⁷⁶. Przed rozstrzygnięciem sprawy *IMS Health* panował spór w doktrynie, czy przesłanki wyróżnione w orzeczeniu w sprawie *Magill* muszą być spełnione łącznie w celu nakazania udzielenia licencji, czy też wystarczy, że jest spełniona jedna. ETS przychylił się ku pierwszemu z tych wariantów.

Pierwsza wyróżniona przesłanka, tzw. kryterium nowego produktu, oznacza, że przedsiębiorca żądający udzielenia licencji musi wykazać swój zamiar oferowania na danym rynku nowego produktu (usługi), na który istnieje potencjalny popyt, a który nie jest oferowany przez podmiot uprawniony z praw własności intelektualnej. Oznacza to, że konkurent nie może ograniczyć się jedynie do skopiowania produktu licencjodawcy²⁷⁷. Zostaje tu odzwierciedlona próba znalezienia równowagi pomiędzy ochroną konkurencji a ochroną praw własności intelektualnej²⁷⁸. Przesłanka ta wzbudza jednak wiele kontrowersji, przede wszystkim z uwagi na brak większych prób zdefiniowania pojęcia „nowego produktu” przez ETS²⁷⁹. Niewiadomo w jakim stopniu musi się on różnić od produktu oferowanego przez uprawnionego z praw własności intelektualnej czy jak silny musi być na niego potencjalny popyt. W sprawie *IMS Health* jego konkurent zamierzał oferować zasadniczo co najwyżej ulepszony produkt. Dodatkowych dylematów dostarczają przypadki, gdy dany podmiot już działający na rynku zostaje odcięty od dostępu do produktu inkorporującego prawa własności intelektualnej (niezbędnego do dalszego prowadzenia działalności gospodarczej). W takiej sytuacji ciężko jest wykazać, że dany podmiot będzie mieć do zaoferowania nowy produkt²⁸⁰.

Druga przesłanka, tzw. kryterium niezbędności, oznacza, że nie istnieją żadne inne produkty (usługi), mogące stanowić alternatywę dla żądającego licencji i zarazem występują znaczne przeszkody (ekonomiczne, techniczne, prawne) w stworzeniu alternatywnego rozwiązania. ETS zaznaczył, że mamy tutaj do czynienia z testem obiektywnym. Należy zatem ustalić, czy jest ekonomicznie rentowne stworzenie alternatywnych rozwiązań na porównywalną skalę w stosunku do przedsiębiorcy dominującego²⁸¹. Odwołano się zatem do kosztów, jakie konkurent musiałby ponieść,

275 Zob. par. 52 orzeczenia w sprawie *IMS Health*.

276 Zob. par. 52 orzeczenia w sprawie *IMS Health*.

277 M. K. Kolasiński, *Licencje przymusowe we wspólnotowym prawie konkurencji*, Glosa 2007, nr 1, s. 116-118; E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 59; J. Majcher, *IMS Health GmbH & Co. OHG przeciwko NDC Health GmbH & Co. KG* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, s. 772-773.

278 Przesłanka dotyczy sytuacji, gdy nadużycie pozycji dominującej polega na ograniczaniu postępu technologicznego, co niesie ze sobą szkodę dla konsumentów, zob. E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 60 i cytowana tam literatura; M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 63.

279 J. Majcher, *IMS Health...* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 772-773.

280 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 60 i cytowana tam literatura.

281 Tamże, s. 58; M. Górka, *Przesłanki uznania...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 17-18.

aby wejść na rynek i przekonać konsumentów do swojej oferty. Niewiadomo jednak, czy w ramach przesłanki należy wziąć pod uwagę tylko koszty wyższe od tych, które poniósł przedsiębiorca dominujący, gdy sam rozpoczynał działalność²⁸².

Trzecia przesłanka to tzw. kryterium braku obiektywnego uzasadnienia. Ma ona swoją genezę w doktrynie urządzeń kluczowych, gdzie takim obiektywnym uzasadnieniem są najczęściej po prostu względy techniczne, bądź wydajnościowe. W przypadku praw własności intelektualnej ewentualne techniczne ograniczenia jednak nie występują. Dodatkowych trudności w interpretacji tej przesłanki dostarczył też sam ETS, który już w sprawie *Magill* uznał, że wykonywanie prawa własności intelektualnej zgodnie z jego istotą nie stanowi obiektywnego uzasadnienia odmowy. W literaturze za obiektywne uzasadnienie często uważa się sytuację, gdy nakaz udzielenia licencji przymusowej ograniczy w znacznym stopniu bodźce przedsiębiorcy dominującego do innowacyjności²⁸³. Dowiedzenie tego spoczywa jednak na uprawnionym z danych praw własności intelektualnej.

Ostatnią przesłanką jest tzw. kryterium eliminacji konkurencji. Dotyczy to sytuacji, gdy prawa własności intelektualnej lub produkt nimi chroniony są niezbędne do wytworzenia nowego produktu (usługi) na rynku powiązanym (sąsiednim). W sprawie *IMS Health* nie istniał jednak rynek podstawowy, bowiem *IMS Health* nie licencjonował nikomu swojego systemu. Uznano zatem, że rynek ten może mieć jedynie „hipotetyczny” charakter²⁸⁴. Czynnikiem rozstrzygającym jest zidentyfikowanie dwóch stadiów produkcji, które są ze sobą połączone w taki sposób, że produkt z rynku podstawowego jest wymagany do dostarczania produktu z rynku wtórnego²⁸⁵. Ta przesłanka jest zarazem najbardziej krytykowana. Uznaje się bowiem, że w tak zarysowanym fikcyjnym rynku podstawowym, uprawniony z praw własności intelektualnej zawsze będzie monopolistą. Dlatego niektórzy przedstawiciele doktryny sceptycznie podchodzą do tej przesłanki i uważają, że w przypadku istnienia tylko jednego rynku (produktu inkorporującego prawo własności intelektualnej), nie możemy stosować instytucji licencji przymusowej²⁸⁶.

3.4. Doktryna *essential facilities* i możliwość jej zastosowania w sprawach z zakresu własności intelektualnej

W pewnych okolicznościach może się zdarzyć, że świadczenie usług na rynkach powiązanych bez dostępu do określonych urządzeń jest bardzo utrudnione, bądź wręcz niemożliwe. Posiadanie wyłączności w zarządzaniu takimi urządzeniami zasadniczo skutkuje posiadaniem pozycji dominującej, a odmowa dostępu do nich - jej nadużyciem²⁸⁷. Każdy przedsiębiorca, który chciałby rozpocząć działalność

282 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 58.

283 Tamże, s. 62 i cytowana tam literatura.

284 J. Majcher, *IMS Health...* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 773.

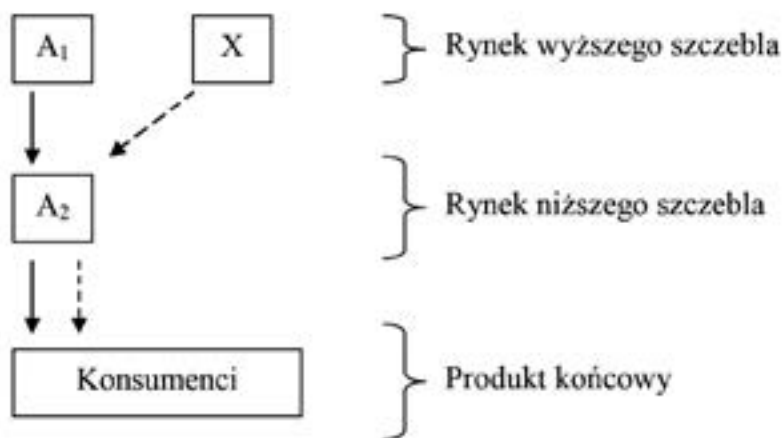
285 Zob. par. 44 i 45 orzeczenia w sprawie *IMS Health*.

286 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 63 i cytowana tam literatura.

287 J. Sapięzko, *Prawa własności intelektualnej jako essential facilities w orzecznictwie*

na rynku musi szukać dostępu do tych urządzeń (zwanymi też z tego powodu „wąskim gardłem”)²⁸⁸. Tak zarysowana sytuacja ma najczęściej miejsce w tzw. sektorach infrastrukturalnych (sieci telekomunikacyjne, dostawa wody i energii elektrycznej). Przyjmuje się jednak, że za kluczowe urządzenie można również uznać w pewnych okolicznościach prawo wyłączne (najczęściej wymienia się prawo z patentu, prawa autorskie, prawa z rejestracji znaków towarowych), bądź też informacje *know-how*²⁸⁹. Interesującym nas tutaj przykładem na gruncie rynków nowych technologii jest ewentualne zakwalifikowanie systemu operacyjnego jako urządzenia kluczowego. Powiązaną działalnością gospodarczą (rynkem powiązanym), której podjęcie wymagałoby dostępu do takiego urządzenia, jest produkcja oprogramowania komputerowego²⁹⁰. W przypadku uznania danego urządzenia za kluczowe pojawia się pytanie, kiedy i na jakich warunkach podmiot dominujący powinien udzielić dostępu do urządzeń znajdujących się w jego posiadaniu?

Rys. 3.1. Typowy przykład *essential facilities* na rynkach powiązanych



Źródło: J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 12.

Doktryna urządzeń kluczowych (*essential facilities*), która wykształciła się w orzecznictwie sądów Stanów Zjednoczonych²⁹¹, znajduje zasadniczo zastosowanie, gdy dysponent danych urządzeń utrudnia do nich dostęp osobom trzecim i tym samym

instytucji Unii Europejskiej, Stosunki Międzynarodowe 2010, tom 42, nr 3/4, s. 169.

288 M. du Vall, *Nadużycie pozycji...*, s. 20 i n.; M. Zalewska, *Amerkańska koncepcja...*, s. 168-169; J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 11; A. Pisarkiewicz, *Odmowa świadczenia a doktryna Urządzeń Kluczowych (doktryna Essential Facilities) oraz inne formy nadużycia pozycji dominującej* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 215.

289 J. Sapieżko, *Prawa własności...*, s. 170; J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 11-12.

290 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 12.

291 Zob. wyrok w sprawie *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

niweluje konkurencję na rynkach powiązanych²⁹². Istotą jest umożliwienie istnienia konkurencyjnego rynku usług świadczonych konsumentom. Bynajmniej nie chodzi jednak o powszechne otwarcie dostępu do urządzeń dla każdego ubiegającego się o to podmiotu. Celem doktryny *essential facilities* jest wyeliminowanie sytuacji, w których odmowa dostępu byłaby wykorzystywana jako instrument do nadużywania pozycji dominującej (ogólnie w uzyskiwaniu pozycji monopolistycznej) i w każdej sprawie należy zbadać, czy odmowa nie nastąpiła z obiektywnego lub ważnego powodu²⁹³. Wyróżnia się dwa rodzaje działań związanych z ograniczeniem dostępu do urządzeń kluczowych: całkowita odmowa dostępu oraz jedynie częściowe zamknięcie rynku²⁹⁴. W tym pierwszym przypadku inne podmioty *de facto* nie mają dostępu do danych urządzeń (w wyniku bezpośredniej odmowy, bądź też ustawienia cen zaporowych przez przedsiębiorcę dominującego). W tej drugiej sytuacji z kolei dysponent urządzeń, angażując się w dyskryminację cenową, umożliwia jednak dostęp dla wybranych przez siebie podmiotów²⁹⁵.

Przesłanki do zastosowania doktryny zostały po raz pierwszy sformułowane w przełomowym orzeczeniu z 1983 r. w amerykańskiej sprawie przeciwko AT&T, wytoczonej z powództwa MCI²⁹⁶. AT&T odmówiło wówczas konkurentowi podłączenia się do swojej sieci telekomunikacyjnej, tym samym uniemożliwiając mu oferowanie niektórych usług. Po rozpatrzeniu sprawy sąd, nakazując podłączenie MCI do sieci, wskazał na cztery przesłanki, które umożliwiają zastosowanie doktryny urządzeń kluczowych w praktyce (tzw. test czterech przesłanek)²⁹⁷. Wśród nich wyróżniono wymóg, aby dane urządzenia kluczowe były kontrolowane przez podmiot o pozycji dominującej, przy równoczesnym braku realnych możliwości ich duplikacji przez konkurentów. Następnie odmowa dokonana przez dysponenta urządzeń następuje pomimo możliwości udzielenia dostępu na rozsądnych warunkach, a samo udostępnienie urządzeń jest technicznie i ekonomicznie możliwe. Jednakże przyjmuje się, że nawet przy spełnieniu wszystkich czterech przesłanek łącznie, odmowa dostępu nie powinna być automatycznie sprzeczna z prawem. Uzasadnione interesy dysponenta urządzeń mogą usprawiedliwiać odmowę w konkretnym przypadku²⁹⁸. Wszakże doktryna *essential facilities* niewątpliwie ogranicza zakres swobody w kontraktowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej.

Na gruncie unijnym przesłanki zastosowania doktryny urządzeń kluczowych zostały uporządkowane w orzeczeniu w sprawie *Oscar Bronner*²⁹⁹, choć przyjmuje się, że z samej doktryny zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał już wcześniej przynajmniej po części korzystały³⁰⁰. Sprawa *Oscar Bronner* nie dotyczy wszakże

292 A. Pisarkiewicz, *Odmowa świadczenia...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 215; M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 125.

293 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 34.

294 M. Zalewska, *Amerykańska koncepcja...*, s. 169.

295 Tamże.

296 *MCI Communications Corp. v. AT&T Co*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir 1983).

297 Zob. szerzej M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 125; M. Zalewska, *Amerykańska koncepcja...*, s. 177-178.

298 A. Pisarkiewicz, *Odmowa świadczenia...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 217.

299 Wyrok ETS z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* (Zb. Orz. 1998, s. I-07791); dalej jako orzeczenie w sprawie *Oscar Bronner*. W sprawie tej pozwany posiadający pozycję dominującą na rynku gazet i reklam nie udostępnił systemu dystrybucji - nawet za rozsądną opłatą - spółce *Oscar Bronner*.

300 M. Zalewska, *Amerykańska koncepcja...*, s. 179-181. Ze względu na swoje odmienności

zagadnień własności intelektualnej, lecz w literaturze niekiedy zaznacza się, że nie widać przeszkód do zastosowania jej wniosków także na gruncie wykonywania praw własności intelektualnej³⁰¹. Wśród unijnych przesłanek stosowania doktryny *essential facilities* wymienia się przesłankę ograniczenia konkurencji w wyniku odmowy dostępu (urządzenie jest niezbędne dla wzmocnienia konkurencji na rynku), przesłankę dotyczącą braku możliwości zdublowania danych urządzeń, aż wreszcie przesłankę obiektywnej możliwości udzielenia dostępu przez dysponenta urządzeń³⁰². Ze względu na zakwalifikowanie odmowy jako nadużycia pozycji dominującej (na mocy art. 102 TFUE), uwzględnia się także czwartą przesłankę mówiącą o kontrolowaniu danego urządzenia przez podmiot o pozycji dominującej.

W rozstrzygnięciu sprawy *Oscar Bronner* powołano się na orzeczenie w sprawie *Magill* (którego konkluzje rozwinęto później w sprawie *IMS Health*), choć nie potwierdzono wprost istnienia doktryny *essential facilities* na gruncie UE. Brak również zgody wśród komentatorów na zakres jej zastosowania, zwłaszcza w kontekście własności intelektualnej³⁰³. Znaczna część autorów oddziela doktrynę urządzeń kluczowych od instytucji licencji przymusowej znanej z orzeczeń *Magill* i *IMS Health*³⁰⁴. Wśród najważniejszych różnic wymienia się odmienną własność do rzeczy materialnych i własności intelektualnej, wraz z trudnością oceny, kiedy ta druga jest rzeczywiście niezbędna na rynku. Wskazuje się również na to, że odmowa udzielenia licencji przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej nie stanowi automatycznie jej nadużycia, a jest to wręcz bardzo rzadko spotykana sytuacja³⁰⁵. Nie zawsze też w sprawach z zakresu własności intelektualnej występują rynki powiązane (co jest z kolei istotą doktryny *essential facilities*)³⁰⁶. Ze względu na wzajemne zależności zaznacza się jednak, że dorobek doktryny urządzeń kluczowych może być stosowany posłtkowo do kwestii własności intelektualnej - w tym instytucji licencji przymusowej - przy czym test ze sprawy *Oscar Bronner* powinien mieć zastosowanie do rzeczy materialnych, natomiast test *IMS Health* do dóbr niematerialnych³⁰⁷.

od amerykańskiej doktryny *essential facilities*, do której też nigdy nie odniesiono się wprost, można spotkać głosy, że na gruncie unijnym ETS wypracował swoją własną koncepcję, J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 78.

301 J. Sapieżko, *Prawa własności...*, s. 181; por. M. Zalewska, *Amerykańska koncepcja...*, s. 179-180.

302 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 139 i n.; J. Sapieżko, *Prawa własności...*, s. 181.

303 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 72.

304 Tamże, s. 72-74 i cytowana tam literatura; J. Majcher, *IMS Health...* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 773.

305 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 122.

306 Przede wszystkim sprawa *IMS Health* dotyczyła tylko jednego rynku.

307 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 75.

Rozdział 4. Sprawa *Microsoft* i jej wpływ na kwestie ochrony konkurencji i własności intelektualnej na rynkach nowych technologii

4.1. Zarys postępowań antytrustowych przeciwko *Microsoft* w Stanach Zjednoczonych

Sprawa *Microsoftu* rozpoczęta w Stanach Zjednoczonych na początku lat 90. XX w. niewątpliwie jest jedną z najważniejszych spraw sądowych dotyczących rynków nowych technologii. Warto pokrótce przybliżyć jej historię zwłaszcza ze względu na zbieżność niektórych zarzutów postawionych wówczas *Microsoftowi* z tymi formułowanymi później w postępowaniu unijnym, a zarazem znaczącą rozbieżność co do samych rozstrzygnięć.

Sytuacja *Microsoftu* badana była już w 1990 r. przez FTC. W przedmiocie tego postępowania badano jego pozycję na rynku systemów operacyjnych komputerów klasy PC. Głównym postawionym zarzutem było wtedy stosowanie omówionych wcześniej licencji OEM przez *Microsoft*. Oferował on w umowie licencyjnej niższe ceny systemu operacyjnego, zobowiązując w jej wyniku jednak producentów komputerów do zapłaty pewnej kwoty od sprzedaży, niezależnie czy dany komputer był wyposażony w system operacyjny *Microsoftu*³⁰⁸. Dostyć szybko zawarto ugodę, obligującą do m.in. pobierania opłat licencyjnych tylko od rzeczywiście instalowanych kopii systemu operacyjnego³⁰⁹. Kilka lat później *Microsoft* wprowadził na rynek system operacyjny *Windows 95* wraz z zintegrowaną przeglądarką internetową *Internet Explorer*. W zainicjowanych przez Departament Sprawiedliwości postępowaniach postawiono zarzut, że narusza to wytyczne wspomnianej ugody, gdyż zakup licencji na przeglądarkę internetową warunkuje tutaj uzyskanie licencji na system operacyjny³¹⁰. W sądzie najwięcej trudności sprawiło jednak wówczas zdefiniowanie pojęcia „zintegrowanego produktu”³¹¹. *Microsoft* twierdził, że *Windows 95* i *Internet Explorer* stanowią zintegrowany produkt w takim rozumieniu, że mogą co prawda występować oddzielnie, ale

308 T. Bagdziński, *Wiązanie Internet Explorera z Windows na tle historii postępowań antytrustowych przeciwko Microsoftowi w Stanach Zjednoczonych* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 140-142.

309 Tamże, s. 141; D. T. Armentano, *Walka z monopolem...*, s. 37-38.

310 *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537, 540-541 (D.D.C. 1997).

311 T. Bagdziński, *Wiązanie Internet Explorera...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 142-143.

są komplementarne i łączą funkcjonalność³¹². Sąd okręgowy nie zgodził się z tak szeroką definicją, lecz sąd apelacyjny ostatecznie jednak rozstrzygnął na korzyść *Microsoftu*, twierdząc, że *Windows 95* i *Internet Explorer* tworzą „prawdziwą integrację” i oferują korzyści niedostępne w drodze osobnego ich użytkowania³¹³.

Departament Sprawiedliwości niemniej zdecydował się na kolejne postępowanie. Wśród zarzutów - oprócz ponownego oskarżenia o wiązanie przeglądarki *Internet Explorer* z systemem *Windows* i nakładanie na sprzedawców komputerów restrykcyjnych warunków konstruowania ich ofert - wskazano na niezgodne z prawem antytrustowym utrzymywanie pozycji monopolistycznej na rynku systemów operacyjnych, którą w jego opinii *Microsoft* próbował przenieść na rynek przeglądarek internetowych (co razem narusza art. 1 i 2 ustawy Shermana)³¹⁴. To ostatnie argumentowano dodatkowo tym, że wprowadzony na rynek *Windows 98* nie posiadał dodanej w *Windowsie 95* opcji usunięcia *Internet Explorera* z systemu. Departament Sprawiedliwości utrzymywał, że zintegrowana przeglądarka nie jest wymagana do poprawnego funkcjonowania systemu operacyjnego, a ponadto z zeznań świadków wynikał zasadniczy brak korzyści dla konsumenta ze sprzedaży związanej³¹⁵. Wartym odnotowania jest fakt, że rynek właściwy systemów operacyjnych został ograniczony do systemów operacyjnych kompatybilnych z procesorami *Intel*. Co w połączeniu z tym, że większość nowego oprogramowania komputerowego jest tworzona tylko pod system operacyjny *Microsoftu*, umożliwia mu to zachowanie pozycji bliskiej monopolistycznej³¹⁶. W rezultacie miała powstać bariera wejścia dla producentów oprogramowania³¹⁷.

W końcowym orzeczeniu Sąd Okręgowy przystał na większość wniosków Departamentu Sprawiedliwości, w tym m.in. nałożono najbardziej kontrowersyjny środek zaradczy w postaci podziału *Microsoftu* na dwa podmioty - jeden skupiający się na systemie operacyjnym *Windows*, drugi natomiast zajmujący się pozostałym oprogramowaniem³¹⁸. Sąd Apelacyjny w 2001 r. uchylił jednak ten wyrok uznając, że *Microsoft* jest winny jedynie monopolizacji rynku systemów operacyjnych (w wyniku niektórych stosowanych antykonkurencyjnych praktyk handlowych)³¹⁹. Oddalono natomiast zarzut próby monopolizacji rynku przeglądarek internetowych. W stosunku do praktyk sprzedaży związanej uznano za bardziej prawidłowe stosowanie *rule of reason* (pokrótce opisanej w rozdziale pierwszym), a nie zasady *per se*, według której pewne praktyki są bezwzględnie zakazane niezależnie od ich wpływu na konkurencję. Uznano zatem, że prokonkurencyjne skutki włączenia

312 Tamże, s. 143.

313 Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998).

314 T. Bagdziński, *Wiązanie Internet Explorera...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 144; N. Economides, *The Microsoft Antitrust Case*, Journal of Industry, Competition and Trade: From Theory to Policy 2001, no. 1, s. 10 i n.

315 T. Bagdziński, *Wiązanie Internet Explorera...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 147.

316 Tamże, s. 144.

317 Departament Sprawiedliwości twierdził, że właśnie warunek użytkowania większości aplikacji w postaci wcześniejszej instalacji systemu *Windows* stanowił główną ochronę monopolu *Microsoftu*, zob. N. Economides, *The Microsoft Antitrust...*, s. 14-15.

318 Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d (D.D.C. 1999); szerzej o środkach zaradczych zob. R. Gilbert, M. Katz, *An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft*, Journal of Economic Perspectives 2001, vol. 15, s. 25-44.

319 Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

dotychczasowych funkcji do systemu operacyjnego w postaci przeglądarki internetowej (co zakwalifikowano również jako innowację) przewyższają ewentualne negatywne konsekwencje stosowania sprzedaży związanej³²⁰. Nie zgodzono się także na podział *Microsoftu* na dwie spółki, choć Sąd Apelacyjny przystał na nałożenie szeregu (czasowych) ograniczeń, które miały zostać uzgodnione przez strony. Większość z nich dotyczyła zawierania umów licencyjnych typu OEM, a także wymogu ujawnienia przez *Microsoft* niektórych informacji, m.in. interfejsów używanych w jego aplikacjach do komunikacji z systemem *Windows*³²¹. Sąd nie zdecydował się jednak na zastosowanie doktryny *essential facilities*, co też mogło zaważyć na braku bezpośredniego wymogu udzielenia dostępu do systemu *Windows* konkurentom *Microsoftu* na rynku oprogramowania³²².

Komentatorzy wciąż pozostają niezgodni na ile interwencje Departamentu Sprawiedliwości były uzasadnione i w jakim stopniu zaburzyły one funkcjonowanie rynków, na których działa *Microsoft*³²³. Za pozytywne skutki postępowań antytrustowych w sprawie *Microsoft* niewątpliwie uznaje się przede wszystkim zainteresowanie badaniem relacji prawa konkurencji z prawami wyłącznymi oraz w szerszym kontekście wpływu prawa antytrustowego na rozwój gospodarczy, zwłaszcza na rynkach nowych technologii³²⁴.

4.2. *Microsoft* w postępowaniu przed Komisją Europejską oraz Sądem Pierwszej Instancji

Unijne postępowanie w sprawie *Microsoft* rozpoczęło się w 1998 r., gdy przedsiębiorca *Sun Microsystems* zajmujący się m.in. systemami operacyjnymi dla serwerów grupy roboczej, złożył do Komisji Europejskiej skargę na spółkę *Microsoft* w kontekście naruszenia art. 102 TFUE (wówczas art. 82 TWE). Wśród oskarżeń wymieniono odmowę przekazywania przez *Microsoft* informacji (wraz z ewentualnymi niezbędnymi technologiami) zapewniających interoperacyjność (kompatybilność, czyli prawidłową współpracę) systemu operacyjnego *Windows* dla komputerów osobistych klasy PC z systemem operacyjnym dla serwerów. Odmowa ta utrudniała w opinii *Sun Microsystems* konkurowanie mu na rynku systemów operacyjnych dla serwerów³²⁵. *Sun Microsystems* nie był pierwszym podmiotem, któremu *Microsoft* odmówił udzielenia takich informacji, więc Komisja Europejska postanowiła wszcząć postępowanie w sprawie naruszenia przez *Microsoft* przepisów unijnych dotyczących nadużycia pozycji dominującej.

320 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 44.

321 T. Bagdziński, *Wiązanie Internet Explorera...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 153.

322 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych...*, s. 44.

323 Wśród głosów krytyki zob. T. Armentano, *Walka z monopolem...*, s. 37 i n.

324 T. Bagdziński, *Wiązanie Internet Explorera...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 155-157.

325 T. Skoczny, *Sprawa Microsoft przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 28-39; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 91-92.

W międzyczasie zostało także wszczęte, już z samej inicjatywy Komisji, dochodzenie w sprawie zbadania skutków łączenia odtwarzacza plików multimedialnych *Windows Media Player*³²⁶ z systemem operacyjnym *Windows 2000*, co też mogło negatywnie wpłynąć na gamę produktów multimedialnych oferowanych konsumentom. Po skierowaniu kilku pism z zarzutami do *Microsoftu*, postanowiono połączyć obie sprawy i prowadzić dalsze postępowanie łącznie³²⁷. Komisja w tym czasie prowadziła badania rynkowe dotyczące integracji WMP z systemem *Windows*, a także współpracy pomiędzy serwerami³²⁸. W ich wyniku zostało wystosowane pismo w stronę *Microsoftu* o środkach zaradczych, jakie mają zostać nałożone. *Microsoft* w tym czasie zaoferował szereg ustępstw w kontekście obu stawianych mu zarzutów i wystosował gotowość na ugodowe rozstrzygnięcie sporu³²⁹. Jednakże Komisja Europejska zdecydowała zakończyć postępowanie wydaniem decyzji, stwierdzającej nadużycie pozycji dominującej przez *Microsoft* na dwóch rynkach właściwych i nakładającą na niego karę grzywny w wysokości 497 mln euro wraz z nakazem zaniechania wskazanych praktyk antykonkurencyjnych³³⁰.

Rys. 4.1. Rynki właściwe, na których *Microsoft* potencjalnie dopuścił się nadużycia pozycji dominującej



Źródło: opracowanie własne.

326 Dalej w skrócie WMP.

327 Komisja Europejska skierowała w stronę *Microsoftu* swoje zarzuty dotyczące „interoperacyjności klient-serwer”, czyli pomiędzy systemem operacyjnym *Windows* a systemami operacyjnymi dla serwerów od innych dostawców, a następnie także „interoperacyjności serwer-serwer”, czyli między samymi systemami operacyjnymi dla serwerów; stąd decyzja połączenia postępowań i prowadzenie sprawy pod wspólną sygnaturą COMP/C-3/37.792, zob. szerzej T. Bagdziński, *Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, Warszawa 2010, s. 320 i n.

328 T. Skoczny, *Sprawa Microsoft...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 29-30.

329 Tamże.

330 Decyzja Komisji z dnia 24 marca 2004 r. odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko *Microsoft Corporation* (Dz. Urz. UE 2007 L, Nr 32, s. 23); dalej jako decyzja w sprawie *Microsoft*.

Komisja Europejska w decyzji w sprawie *Microsoft* wyróżniła trzy rynki właściwe, na których istniało przypuszczenie, że *Microsoft* nadużył pozycji dominującej: po pierwsze rynek systemów operacyjnych dla komputerów osobistych³³¹, po drugie rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych³³², aż wreszcie rynek odtwarzaczy mediów strumieniowych³³³. Na pierwszym z tak wyodrębnionych rynków *Microsoft* posiadał ponad 90 proc. udziałów, co w połączeniu z poważnymi barierami wejścia (wynikającymi z opisanymi w rozdziale drugim pośrednimi efektami sieciowymi), dawało mu niekwestionowaną pozycję dominującą. Zostało także zauważone, że system *Windows* stał się *de facto* standardem na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych³³⁴. Uznano, że na drugim wyodrębnionym rynku, tj. systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych, *Microsoft* także osiągnął pozycję dominującą, gdyż jego udział w nim jest wysoki i wynosi blisko 60 proc. W osiągnięciu pozycji dominującej sprzyjało także silne powiązanie obu rynków systemów operacyjnych i obecne także i tu efekty sieciowe³³⁵.

Nadużycie pozycji dominującej przez *Microsoft*, ustalone przez Komisję Europejską, polegało na odmowie udostępniania (od października 1998 r.) konkurentom działającym na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych wszelkich informacji dotyczących interoperacyjności, a także odmowie udzielenia zezwolenia na wykorzystanie ich w celu opracowania konkurencyjnych produktów. Drugie naruszenie dotyczyło uzależniania sprzedaży (od maja 1999 r.) systemu *Windows* od jednoczesnego nabycia programu *WMP*³³⁶. W celu wyeliminowania skutków obu naruszeń został nałożony szereg środków zaradczych. Pierwszy polegał na udostępnieniu (w ciągu 120 dni) informacji dotyczących interoperacyjności wszystkim przedsiębiorcom zainteresowanym działalnością na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych wraz z zezwoleniem na wykorzystanie tych informacji na rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach (wśród nich znalazły się informacje chronione prawami własności intelektualnej)³³⁷. Wymóg udostępnienia informacji nie obejmował jednak ujawnienia kodu źródłowego³³⁸. W zakresie sprzedaży związanej natomiast środkiem zaradczym było przedstawienie (w ciągu 90 dni) funkcjonalnej wersji systemu operacyjnego *Windows* dla komputerów osobistych nie zawierającej programu *WMP*, choć *Microsoft* zachował prawo do oferowania pakietu składającego się z systemu *Windows* oraz aplikacji *WMP*³³⁹. Ten ostatni fakt budzi największe wątpliwości, bowiem producenci komputerów, mając w wyniku rozstrzygnięcia Komisji wybór pomiędzy wersją „uboższą” systemu

331 Zob. pkt. 3 decyzji w sprawie *Microsoft*. W polskim tłumaczeniu rozstrzygnięcia SPI w postępowaniu odwoławczym figuruje jednak określenie „dla stacji roboczych”.

332 Zob. pkt. 7 decyzji w sprawie *Microsoft*.

333 Zob. pkt. 12 decyzji w sprawie *Microsoft*.

334 T. Bagdziński, *Microsoft Corp. przeciwko...* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 320 i n.; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 94-95.

335 Komisja Europejska uznała, że właśnie owo powiązanie obu rynków pozwoliło *Microsoftowi* na przeniesieniu pozycji dominującej z rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych na pokrewny rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych, zob. pkt. 17 decyzji w sprawie *Microsoft*.

336 Zob. pkt 2 decyzji w sprawie *Microsoft*; zob. także T. Bagdziński, *Microsoft Corp. przeciwko...* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 323 i n.

337 Zob. pkt. 30-32 decyzji w sprawie *Microsoft*.

338 T. Skoczny, *Sprawa Microsoft...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 32-33.

339 Zob. pkt. 33-34 decyzji w sprawie *Microsoft*.

Windows (bez WMP) oraz wzbogaconą wersją (razem z WMP), i tak zdecydować się na instalację wersji wzbogaconej. Sytuacja rynkowa nie ulegnie w zasadzie żadnej zmianie. Środek zaradczy zakazywał również *Microsoftowi* podejmowania działań, które byłyby podobne w skutkach do integracji systemu *Windows* z WMP (np. zapewnić uprzywilejowaną pozycję WMP w kontekście interoperacyjności z systemem *Windows*)³⁴⁰.

Ze względu na niekorzystny werdykt w czerwcu 2004 r. *Microsoft* złożył odwołanie do SPI od decyzji Komisji Europejskiej, w którym to domagał się stwierdzenia nieważności decyzji wraz z uchyleniem, bądź znacznym obniżeniem nałożonej grzywny, a także obciążeniem Komisji kosztami postępowania³⁴¹. Został złożony także wniosek o zawieszenie wykonania decyzji, który jednak został odrzucony. *Microsoft* w swojej skardze przede wszystkim wskazywał, że kryteria umożliwiające nałożenie licencji przymusowej nie są w tym przypadku spełnione. SPI w przywołanym już wyroku w sprawie *Microsoft* uznał za udowodnione ustalenia w zakresie zarzutów o nadużycie pozycji dominującej i wiązanie produktów i utrzymał w mocy karę grzywny oraz środki zaradcze³⁴². Stwierdzono jednak przekroczenie przez Komisję Europejską kompetencji w monitorowaniu wykonania decyzji³⁴³. W pozostałym zakresie skarga została odrzucona, a *Microsoft* został obciążony kosztami postępowania zarówno SPI, jak i Komisji w 80 proc.³⁴⁴ Warto zaznaczyć, że *Microsoft* nie skorzystał z przysługującej mu możliwości złożenia skargi rewizyjnej do ETS.

Unijna sprawa *Microsoft* niewątpliwie podkreśliła rozbieżności w ocenie przypadków udzielania licencji przymusowych oraz sprzedaży związanej w UE i USA. Departament Sprawiedliwości jednoznacznie w sposób negatywny wypowiedział się na temat unijnych rozstrzygnięć o ukaraniu *Microsoftu* za włączenie aplikacji WMP do systemu *Windows*³⁴⁵. W kontekście wymogu udzielania informacji o interoperacyjności uznano z kolei, że decyzja ta doprowadzi do „schłodzenia” innowacji i w rezultacie osłabienia konkurencji. Podkreślono, że celem prawa konkurencji jest dobrobyt konsumentów, a nie ochrona konkurentów czy konkurencji samej w sobie³⁴⁶. Komentatorzy skrytykowali także rozszerzającą interpretację przesłanek udzielenia

340 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 123 i n.

341 Zob. szerzej A. Doniec, *Glosa do wyroku SPI z dnia 17 września 2007 r.*, T-201/04, *Glosa* 2009, nr 3, s. 116 i n.

342 Zob. pkt. 1280-1367 wyroku w sprawie *Microsoft*.

343 Dotyczyło to przede wszystkim stwierdzenia nieważności decyzji w sprawie *Microsoft* w zakresie obowiązku nałożonego na *Microsoft* wskazania niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania, którego koszty działalności miał również pokryć *Microsoft*, T. Skoczny, *Sprawa Microsoft...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 38 i n.

344 T. Bagdziński, *Microsoft Corp. przeciwko...* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 325.

345 Stanowisko Departamentu Sprawiedliwości w sprawie decyzji Komisji Europejskiej, dostępne pod adresem https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2004/202976.pdf (11.05.2017).

346 T. Barnett, *Statement on European Microsoft Decision*, dostępny pod adresem https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2007/226070.pdf (11.05.2017).

licencji przymusowych wykształconych w poprzednich orzeczeniach. Formułowanie coraz to nowego katalogu w każdej kolejnej sprawie wpływa bardzo negatywnie na pewność obrotu³⁴⁷.

Orzeczenie w sprawie *Microsoft*, ze względu na okoliczności faktyczne sprawy, ma znaczenie przede wszystkim w kontekście tych przedsiębiorców, którzy po pierwsze: posiadają porównywalną do *Microsoftu* pozycję rynkową, po drugie: korzystają z efektów sieciowych, aż wreszcie: oferują popularny i ważny produkt, który wyznacza standardy na rynku³⁴⁸. Spełnienie tak wyznaczonych przesłanek już w kontekście rynków nowych technologii nie jest zarezerwowane tylko dla *Microsoftu*. Przyjmuje się, że stosunkowo analogiczne warunki byłyby spełnione dla *Intela* (na analizowanym już rynku procesorów) czy obecnie *Apple* oraz *Google*³⁴⁹.

4.3. Kluczowe rozstrzygnięcia w zakresie dostępu do informacji o interoperacyjności - przesłanki nałożenia licencji przymusowej w sprawie *Microsoft*

Jednym z głównych zarzutów w postępowaniu unijnym przeciwko *Microsoft* było stwierdzenie, że nadużył on pozycji dominującej w wyniku odmowy przekazania informacji dotyczących interoperacyjności konkurencyjnych systemów operacyjnych z platformą *Windows*, co wiąże się z brakiem możliwości opracowania i sprzedaży produktów konkurujących z *Microsoftem* na rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej. Interoperacyjność oprogramowania komputerowego została zdefiniowana we wskazanej już dyrektywie 2009/24/WE jako „zdolność do wymiany informacji oraz wszechstronnego wykorzystania informacji już wymienionych”³⁵⁰. Natomiast informacje umożliwiające interoperacyjność Komisja Europejska w decyzji w sprawie *Microsoft* określiła jako kompletne specyfikacje protokołów komunikacyjnych implementowanych w systemach operacyjnych *Windows* dla serwerów i wykorzystywanych przez nie do wykonywania typowych funkcji w stosunku do komputerów osobistych z systemem *Windows* (a także połączonych w sieć)³⁵¹. Innymi słowy interoperacyjność umożliwia komputerom osobistym pracującym w sieci komunikację zarówno między sobą, jak i z samym serwerem, który tę sieć kontroluje. Łatwo zauważyć, że konsument posiadający komputer osobisty z systemem operacyjnym *Windows* nie zdecyduje się na zakup

347 E. Stępień, *Nakazanie udzielania...* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 109.

348 T. Bagdziński, *Microsoft Corp. przeciwko...* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 331.

349 K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego z art. 102 TFUE (dawny 82 TWE) w świetle wyroku w sprawie Microsoft* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 37; T. Bagdziński, *Microsoft Corp. przeciwko...* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 331; P. Sitarek, *Glosa do wyroku SPI z dnia 17 września 2007 r., T-201/04. Odpowiedzialność dominującego przedsiębiorcy na rynku nowych technologii*, Europejski Przegląd Sądowy 2010, Nr 2, s. 48.

350 Dyrektywa 2009/24/WE mówi także o „funkcjonalnym wzajemnym połączeniu i wzajemnym oddziaływaniu”.

351 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 67.

serwera z innym systemem operacyjnym, jeśli są one między sobą niekompatybilne. Jak zostało zaznaczone wcześniej, obowiązek udostępnienia powyższych informacji nie obejmuje udostępnienia kodu źródłowego, który umożliwiałby konkurentom *Microsoftu* zasadniczo skopiowanie systemu *Windows*.

W opinii *Microsoftu* protokoły komunikacyjne miały charakter innowacyjny i zostały opatentowane, bądź odpowiednie zgłoszenie w celu uzyskania patentu zostało wcześniej dokonane; niektóre z nich stanowią również tajemnicę przedsiębiorstwa³⁵². Z kolei ich opisy (których przekazanie było żądane przez Komisję) są chronione prawem autorskim. Komisja Europejska pomimo wątpliwości uznała, że wyżej wymienione informacje są chronione prawami wyłącznymi i oceniła praktykę *Microsoftu* jako odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Do podobnego zdania doszedł SPI w postępowaniu odwoławczym³⁵³. Była to decyzja niewątpliwie korzystna dla *Microsoftu*, ponieważ w takich okolicznościach obowiązek udzielenia licencji jest uzależniony od spełnienia analizowanego już testu *IMS Health*, który jest bardziej rygorystyczny niż test wskazany w sprawie *Oscar Bronner* dla odmowy dostępu do urządzeń kluczowych³⁵⁴. Ten pierwszy bowiem zawierał dodatkowy warunek w postaci hamowania powstania nowego produktu.

Microsoft przyjął zatem stanowisko, że jego praktykę należy ocenić w świetle spraw *Magill* oraz *IMS Health* i zarazem wskazywał, że nie wszystkie „wyjątkowe okoliczności” z tych postępowań w jego sytuacji zostały spełnione³⁵⁵. Komisja Europejska jednak podkreśliła, że nie należy automatycznie stosować tutaj tych samych kryteriów co w sprawie *IMS Health* i odpowiednie jest wzięcie pod uwagę wszelkich okoliczności odmowy przekazania przez *Microsoft* informacji o interoperacyjności, które niekoniecznie muszą być identyczne co w poprzednich analogicznych przypadkach. Komisja wskazała na trzy specyficzne okoliczności, które miały przesądzić o zakwalifikowaniu odmowy udostępnienia informacji przez *Microsoft* za nadużycie pozycji dominującej³⁵⁶. Po pierwsze odmowa dotyczyła informacji umożliwiających interoperacyjność na rynku oprogramowania, czyli kwestii, która pozostaje ważnym celem prawa unijnego. Drugą okolicznością wskazującą na abuzywność odmowy był zamiar eliminacji konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów, który miał zostać osiągnięty przy użyciu siły rynkowej *Microsoftu* na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. Ostatnią cechą charakterystyczną miał być fakt, że *Microsoft* przekazywał informacje o interoperacyjności do czasu wypuszczenia na rynek systemu *Windows 2000*³⁵⁷. Wynika z tego, że spełnienie wszystkich kryteriów wskazanych w orzeczeniu

352 Tamże, s. 69-70.

353 SPI nie rozstrzygał jednak, czy specyfikacje te rzeczywiście są chronione prawami własności intelektualnej, bądź też czy tajemnica przedsiębiorstwa w tym przypadku powinna być traktowana na równi z nimi. Wynikało to z faktu, że Komisja nie zdecydowała się na podważenie poglądów *Microsoftu* w tej sprawie i oceniła jego przypadek w świetle linii orzeczniczej *Magill-IMS Health*, zob. pkt 283-289 wyroku w sprawie *Microsoft*.

354 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 67-70; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 96.

355 Należy zauważyć, że sprawy *IMS Health* oraz *Microsoft* były rozpatrywane w zasadzie równocześnie.

356 Zob. pkt 317 wyroku w sprawie *Microsoft*.

357 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 71-73; A. Doniec, *Glosa do wyroku...*, s. 125-127.

IMS Health jest co prawda wystarczające, choć wcale nie niezbędne do przyjęcia, że w danej sprawie wystąpiły przesłanki do ingerencji prawa konkurencji w prawa własności intelektualnej³⁵⁸. Potwierdził to do pewnego stopnia SPI stwierdzając, że najpierw należy zweryfikować wystąpienie w sprawie *Microsoft* przesłanek wskazanych w rozstrzygnięciu w sprawie *IMS Health*, a jeśli którekolwiek z tych kryteriów nie zostałoby spełnione, wówczas należy zbadać specyficzne okoliczności dla sprawy *Microsoft*, które uwzględniła Komisja³⁵⁹. Niewątpliwie w rezultacie należy uznać, iż przedstawiony w rozdziale trzecim test *IMS Health* nie posiada charakteru wyczerpującego.

4.3.1. Kryterium niezbędności informacji

W postępowaniu Komisja Europejska przyjęła dwustopniowe podejście w ustaleniu czy informacje dotyczące interoperacyjności są niezbędne konkurentom *Microsoftu* do skutecznego konkurowania na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Jako pierwszą kwestię uznano ustalenie w miarę możliwości poziomu interoperacyjności, który musi zostać osiągnięty pomiędzy platformami, aby konkurencja mogła się utrzymać na rynku. Drugim pytaniem było czy informacje nieudostępnione przez *Microsoft* były rzeczywiście niezbędne, aby wspomniany poziom interoperacyjności został osiągnięty³⁶⁰. W opinii *Microsoftu* optymalny poziom interoperacyjności jaki został zaproponowany przez Komisję umożliwiłby konkurentom opracowanie identycznego oprogramowania w stosunku do systemu *Windows*. SPI nie przyznał jednak racji uznając, że bez znajomości kodu źródłowego programiści nie napiszą takich samych programów³⁶¹. Sąd podkreślił, że najważniejsze jest, aby systemy konkurentów umożliwiały działanie komputerów w sieci i właśnie ta zdolność współpracy jest najistotniejszą cechą systemów operacyjnych dla komputerów osobistych oraz serwerów. W tej kwestii powołano się na badania przeprowadzone przez Komisję, z których wynikało, że właśnie współpraca programów, jak i łatwość w zintegrowaniu ich z funkcjonującym już środowiskiem komputerowym w danym przedsiębiorstwie jest jednym z najważniejszych czynników branych pod uwagę przy podejmowaniu decyzji dotyczących zakupu oprogramowania³⁶².

Uznano, że właśnie niezbędność właściwego współdziałania jest dla konsumentów ważniejsza niż niezawodność czy bezpieczeństwo systemu operacyjnego dla serwerów. Tym samym, mimo że udział *Microsoftu* w tym rynku gwałtownie rośnie, SPI uznał, że może nie być to uzasadnione jakością samego produktu, lecz efektami sieci. Nakład pracy *Microsoftu* w opracowaniu oprogramowania został usunięty na drugi plan i ustąpił konieczności ochrony konkurencji³⁶³.

358 M. Górka, *Przesłanki uznania...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 21-22.

359 Zob. pkt. 316-318 oraz pkt 336 wyroku w sprawie *Microsoft*.

360 Zob. pkt 369 wyroku w sprawie *Microsoft*.

361 Zob. pkt 375 wyroku w sprawie *Microsoft*.

362 Zob. pkt. 384-385 wyroku w sprawie *Microsoft*; por. M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 73-74.

363 K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 98-99.

4.3.2. Kryterium nowego produktu

Jest to przesłanka, której braku spełnienia od samego początku wykazywał *Microsoft*, wskazując jednocześnie, że dodanie jednej nowej cechy do danego produktu nie może być uznane automatycznie za stworzenie nowego produktu. *Microsoft* utrzymywał, że w wyniku przekazania informacji o interoperacyjności zostanie osłabiona nie tylko jego innowacyjność, bowiem konkurencja będzie powielać jego produkty, ale też innowacyjność konkurentów, którzy będą jedynie czekać na gotowe rozwiązania opracowane przez *Microsoft*³⁶⁴. SPI nie przystał jednak na to stanowisko, uznając, że konkurenci nie mają interesu, aby poprzestać na powielaniu rozwiązań *Microsoftu* na rynku systemów operacyjnych dla serwerów, lecz będą - w wyniku otrzymania niezbędnych informacji o interoperacyjności - wprowadzać nowe produkty z innowacyjnymi właściwościami z racji braku obaw o ich kompatybilność z systemem *Windows*³⁶⁵. Efektem odmowy udzielenia tych informacji jest gorszej jakości oferta na rynku niż oferta potencjalna. Uznano, że konsumenci są „zamknięci” w środowisku *Windows* i nie mogą skorzystać z konkurencyjnych produktów potencjalnie oferujących lepsze parametry³⁶⁶. Podkreślono także po raz kolejny brak obowiązku udostępnienia kodu źródłowego, wymaganego zdaniem Sądu, aby powielić produkty *Microsoftu*.

W ten sposób SPI wykazał spełnienie testu nowego produktu. Uzasadnił, że przymusowe udzielenie licencji umożliwi powstanie nowego produktu w takim sensie, że będzie posiadać on nowe, ulepszone właściwości, co sprzyja postępowi technicznemu i zarazem zwiększa dobrobyt konsumenta³⁶⁷. Praktyka stosowana przez *Microsoft* narusza zatem art. 102 TFUE w części zakazującej nadużycia pozycji dominującej polegającej na ograniczaniu rynku, produkcji, rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów. Warto dodać, że w tej konkretnej sprawie *Microsoft* naruszył efektywną konkurencję na rynku systemów operacyjnych dla serwerów głównie poprzez uzyskanie w nim znacznego udziału³⁶⁸. W postępowaniu unijnym, nawiązując do orzeczenia w sprawie *Hoffmann-La Roche*, skoncentrowano się w dużej mierze na zapewnianiu konkurencyjnej struktury rynku, a nie na efektach ekonomicznych danych praktyk rynkowych³⁶⁹.

Niewątpliwie w wyniku przekazania informacji o interoperacyjności miało dojść nie tyle do stworzenia nowego produktu (nie znajdującego się jeszcze na rynku), co produktu unowocześnionego. Wyrok w sprawie *Microsoft* wprowadził zatem znacznie

364 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 77.

365 Zob. pkt. 651-658 wyroku w sprawie *Microsoft*.

366 W tym zakresie w trakcie postępowania przeprowadzono szereg sondaży dotyczących jakości poszczególnych systemów operacyjnych dla serwerów. Produkty *Microsoft* osiągały oczywiście najlepsze wyniki, gdy chodzi o interoperacyjność z systemami *Windows*, lecz w innych kategoriach często ustępowały konkurencyjnym produktom jak *UNIX* czy *Linux*, zob. szeroko pkt. 394-436 wyroku w sprawie *Microsoft*.

367 A. Doniec, *Glosa do wyroku...*, s. 122 i n.

368 Zob. pkt 664 wyroku w sprawie *Microsoft*.

369 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 78.

łagodniejsze kryteria w przesłance nowego produktu niż miało to miejsce w sprawach *Magill* czy *IMS Health*. SPI uznał, że każdy rozwój techniczny może być tożsamy ze stworzeniem nowego produktu³⁷⁰.

4.3.3. Kryterium eliminacji konkurencji

Microsoft w trakcie postępowania podnosił, że Komisja Europejska nie wykazała istnienia rzeczywistego niebezpieczeństwa eliminacji konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów. Komisja uznała wówczas, że odmowa udzielenia informacji o interoperacyjności powoduje jedynie ryzyko takiej eliminacji, co było sprzeczne z przyjętą linią orzecniczą dotyczącą licencji przymusowych, która zakładała, iż musi istnieć graniczące wręcz z pewnością prawdopodobieństwo eliminacji konkurencji³⁷¹. *Microsoft* argumentował swoją rację także tym, że na rynku systemów operacyjnych dla serwerów działają i konkurują z *Microsoftem* inni przedsiębiorcy, jak zgłaszający pozew *Sun Microsystems*, *IBM* czy *Novell*. Pojawiały się także wątpliwości co do określenia rynku właściwego (jako rynku powiązanego do rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych). Został on zdefiniowany dosyć wąsko i nie zaliczono do niego systemów operacyjnych dla serwerów wykonujących inne funkcje niż jedynie umożliwianie współpracy komputerom w sieci³⁷². Komisja Europejska przyjęła jednakże stanowisko, że odmowa dokonana przez *Microsoft* spowodowała ryzyko eliminacji konkurencji, które może zmaterializować się w przyszłości³⁷³.

SPI oddalił zarzuty *Microsoftu* dotyczące rozróżnienia pomiędzy jedynie ryzykiem a prawdopodobieństwem eliminacji konkurencji. Uznał, że niezasadne jest, aby art. 102 TFUE (wówczas art. 82 TWE) mógł znaleźć zastosowania dopiero wtedy, gdy na rynku została wyeliminowana konkurencja w całości, bądź w znaczącej części³⁷⁴. Nie należy zatem czekać na efekty danej praktyki w postaci nieuchronności eliminacji konkurencji, gdyż byłoby to sprzeczne z celem prawa ochrony konkurencji na rynku. Jak widać i tutaj przesłanka z testu *IMS Health* została zastąpiona jej łagodniejszą i łatwiejszą do spełnienia wersją.

W sprawie definicji rynku właściwego SPI również nie podzielił stanowiska *Microsoftu*. Wskazał, że systemy operacyjne dla serwerów wykonują najczęściej i inne funkcje, niż jedynie zapewnienie współpracy użytkowników w sieci, ale są projektowane i sprzedawane przede wszystkim, aby dostarczać właśnie tę absolutnie podstawową funkcję. Komisja wykazała wcześniej też, że często w przedsiębiorstwach serwery pracują na platformie *Windows*, lecz do bardziej zaawansowanych zadań o krytycznym znaczeniu dla danej organizacji, używane

370 A. Doniec, *Glosa do wyroku...*, s. 126.

371 Zob. pkt 439 wyroku w sprawie *Microsoft*.

372 W ramach tej współpracy wyróżnić należy także i dodatkowe funkcje, jak umożliwienie korzystania ze wspólnych drukarek czy nadawanie użytkownikom zróżnicowanych uprawnień w trakcie ich pracy w sieci, M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 75.

373 Zob. pkt 18 decyzji w sprawie *Microsoft*.

374 Zob. pkt 561 wyroku w sprawie *Microsoft*.

są serwery z systemem operacyjnym *UNIX*³⁷⁵. W zależności od funkcjonalności danego systemu operacyjnego zależy również w znaczącym stopniu jego cena. SPI nie uznał zatem, aby Komisja wyróżniła rynek właściwy zbyt wąsko.

4.3.4. Kryterium obiektywnego uzasadnienia odmowy

Kryterium dotyczące braku obiektywnego uzasadnienia zgodnie z poglądami ETS zobrazowanymi w orzeczeniu w sprawie *IMS Health* jest stosowane posłtkowo, jeżeli trzy pierwsze przesłanki pozytywne zostaną spełnione. W takim wypadku odmowa udzielenia licencji stanowi nadużycie pozycji dominującej, chyba że została ona obiektywnie uzasadniona. Jest to więc przesłanka negatywna i ciężar dowodu w jej wykazaniu, w przeciwieństwie do pozostałych, spoczywa na przedsiębiorcy dominującym.

Obiektywnym uzasadnieniem przedstawionym przez *Microsoft* było przede wszystkim to, że informacje, których udostępnienia żądała Komisja, są chronione prawami własności intelektualnej. Ponadto *Microsoft* przeznaczył na opracowanie protokołów komunikacyjnych znaczne inwestycje, a informacje w nich zawarte posiadały sporą wartość rynkową i często miały charakter tajemnicy handlowej³⁷⁶. Odmowę licencjonowania uzasadniono także tym, że udzielenie wymaganych informacji osłabiłoby innowacyjność na rynku. Z tym nie zgodziła się Komisja, która zastosowała tzw. test równoważenia innowacyjności, który jednak nie znajduje oparcia w poprzedzającym orzecznictwie. Zgodnie z nim odmowa udzielenia licencji nie narusza zakazu nadużycia pozycji dominującej, gdy udzielenie jej nie przyczyniłoby się do wzrostu innowacyjności netto na danym rynku. W teście badany jest stosunek tych pozytywnych skutków do negatywnych konsekwencji nałożenia obowiązku licencjonowania dla innowacyjności licencjodawcy³⁷⁷. *Microsoft* krytykował ten test, zarzucając mu przede wszystkim brak precyzji i nieprzewidywalność. Podniósł także, że Komisja Europejska nie podaje jakichkolwiek wytycznych, które umożliwiłyby przedsiębiorcy dominującemu ocenę kiedy dokonana przez niego odmowa udzielenia licencji może być uzasadniona potrzebą utrzymania innowacyjności³⁷⁸.

SPI powołując się na orzeczenie w sprawie *Magill*, już na wstępie stwierdził, że posiadanie praw własności intelektualnej nie jest obiektywnym uzasadnieniem odmowy. W przeciwnym wypadku odmowa udzielenia licencji na dane prawo wyłączne nigdy nie skutkowałaby naruszeniem zakazu nadużycia pozycji dominującej³⁷⁹. Nie nadano także specjalnej ochrony informacjom, które stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa. Sąd nie znalazł powodu, dla którego poufna technologia miałaby korzystać z większego poziomu ochrony niż informacje udostępnione np. w ramach zgłoszenia patentu³⁸⁰. W kwestii innowacyjności

375 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 75.

376 Zob. pkt 273-280 i pkt 788 wyroku w sprawie *Microsoft*.

377 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 79.

378 Tamże; A. Doniec, *Glosa do wyroku...*, s. 124-126.

379 Zob. pkt 690 wyroku w sprawie *Microsoft*.

380 Zob. pkt 693-695 wyroku w sprawie *Microsoft*.

również podtrzymano stanowisko Komisji. Nie uznano zatem, że udostępnienie informacji zapewniających interoperacyjność miałoby negatywny wpływ na poziom innowacyjności *Microsoftu*³⁸¹. Jako poparcie tej tezy wskazano przede wszystkim fakt, że *Microsoft* udostępniał takie informacje do czasu uzyskania dominującej pozycji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów, a to świadczy, że nie uważał wówczas, aby taka praktyka ograniczała jego innowacyjność. Natomiast w kwestii testu równoważenia innowacyjności SPI uznał, że Komisja nie przeprowadzała takiego testu, lecz jedynie sprawdzała, czy negatywny wpływ na innowacyjność *Microsoftu* w wyniku udzielenia niezbędnych informacji przeważa nad specjalnymi okolicznościami, jakie zostały ustalone w decyzji w sprawie *Microsoft*³⁸².

Kontrowersyjnym poglądem SPI były niewątpliwie jego ustalenia dotyczące rozkładu ciężaru dowodu przesłanki obiektywnego uzasadnienia. Sąd wskazał wówczas, że po przedstawieniu okoliczności przez przedsiębiorcę, które w jego opinii miałyby uzasadniać odmowę udzielenia licencji, ciężar dowodu w przedmiocie tego, czy uzasadnienie jest wystarczające, bądź też nie, przechodzi na Komisję Europejską. Tym samym posiada ona ostatnie słowo w sporze przed sądem i wydaje się, że stawia to przedsiębiorcę dominującego w trudnej sytuacji w świetle jakichkolwiek możliwości wykazania, że dane decyzje organu są błędne³⁸³.

4.4. Wiązanie technologiczne i przenoszenie siły rynkowej na przykładzie sprawy *Microsoft*

Drugim kluczowym rozstrzygnięciem w sprawie *Microsoft* były akcje organów unijnych sankcjonujące sprzedaż wiązaną systemu operacyjnego *Windows* z aplikacją do odtwarzania plików multimedialnych WMP. Temat ten porusza w mniejszym stopniu samą kwestię wykonywania praw własności intelektualnej i skupia się w swojej istocie na konkurencyjności rynków nowych technologii. Przeprowadzona przez SPI analiza wiązania w poszczególnych częściach przypomina tę zastosowaną w postępowaniach prowadzonych w sprawie *Microsoft* kilka lat wcześniej przez sądy w Stanach Zjednoczonych, choć wnioski jakie wówczas wyciągnięto - co zostało zaznaczone - były stosunkowo odmienne.

Sprzedaż wiązana, bądź sprzedaż pakietowa są terminami często używanymi na określenie praktyk polegających na zawieraniu transakcji wiązanych, czyli sprzedaży dwóch lub więcej produktów łącznie³⁸⁴. Mimo rozróżnienia ich w przytoczonym już komunikacie Komisji o wytycznych, wskazane pojęcia są niekiedy używane

381 Powoływano się tutaj także na wypowiedzi *Microsoftu* dotyczące wykonywania postanowień ugody w Stanach Zjednoczonych, które w opinii *Microsoftu* nie wpłynęły negatywnie na jego innowacyjność, M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 80.

382 M. Surdek, *Odmowa Microsoftu...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 80.

383 Tamże, s. 84; K. Sztobryn, *Ochrona programów...*, s. 103.

384 I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji - ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, s. 7 i n.; D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 89 i n.

jako synonimy³⁸⁵. Zasadniczo sprzedaż wiązana polega na tym, że przedsiębiorca dominujący oferując jeden produkt wymaga nabycia razem z nim również innego produktu powiązanego (w sprawie *Microsoft* nazwane produktami kolejno wiążącymi oraz związanymi³⁸⁶), przy czym ten drugi funkcjonuje w obrocie jako odrębny towar³⁸⁷. Sposób oferowania i ustalania cen produktów w sprzedaży pakietowej może przybierać różne postaci. Komisja wyróżniła czystą sprzedaż pakietową (*pure bundling*; zwana też klasyczną) oraz mieszaną sprzedaż pakietową (*mixed bundling*). Różnica polega na tym, że w tym pierwszym typie sprzedaży konsument nie ma możliwości nabycia produktów z pakietu samodzielnie, natomiast w drugim rodzaju taką możliwość posiada, lecz cena danych produktów oferowanych w pakiecie jest znacząco niższa³⁸⁸.

Rys. 4.2. Samodzielna dostępność produktów w różnych wariantach transakcji wiązanych

	Produkt wiążący	Produkt związany
Sprzedaż wiązana	X	V
Czysta sprzedaż pakietowa	X	X
Mieszana sprzedaż pakietowa	V	V

X - produkt niedostępny V - produkt dostępny

Źródło: I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, s. 13.

Podstawowym przepisem na gruncie unijnym, który dotyczy zakazu zawierania transakcji wiązanych, jest art. 102 lit. d TFUE, który stanowi, że za nadużycie pozycji dominującej należy uznać „uzależnianie zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów”. Wykładnia tego przepisu pozwala na wyróżnienie trzech przesłanek składających się na tzw. test wiązania. Po pierwsze, przedsiębiorca stosujący praktykę musi posiadać pozycję dominującą. Po drugie, uzależnia on zawarcie umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań. Trzecim warunkiem jest brak bezpośredniego związku z przedmiotem umowy ww. zobowiązań. W literaturze podkreśla się, iż z literalnego brzmienia art. 102 lit. d TFUE wynika, że stosowanie praktyk wiązania jest zakazane *per se*, czyli nie ma potrzeb wykazania przewagi antykonkurencyjnych skutków takich działań, co

385 K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 38.

386 Zob. pkt 842 wyroku w sprawie *Microsoft*.

387 I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, s. 9-13; K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 38.

388 Z tego względu mieszaną sprzedaż pakietową funkcjonuje także pod nazwą rabatu wieloproduktowego. Najbardziej powszechnym przykładem klasycznej sprzedaży pakietowej jest nabycie samochodu składającego się z wielu elementów niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania (np. kierownica, silnik). Jako przykład mieszanej sprzedaży wiązanej można wskazać pakiet *Microsoft Office*, zawierający takie programy jak *Word* czy *Excel*, zob. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 89-90; I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, s. 9-10.

jest często krytykowane w doktrynie³⁸⁹. Trzeba zauważyć, że w sprawach z zakresu transakcji wiązanych najczęściej i tak bada się ich ewentualny antykonkurencyjny charakter. Podstawową kwestią dla zastosowania przytoczonego przepisu jest rozstrzygnięcie w kwestii uznania powiązanych produktów jako całości, czyli wyznaczenie pewnego ewentualnego związku pomiędzy nimi, który wynikałby z ich charakteru, bądź też zwyczajów rynkowych³⁹⁰. Pomocne jest także zbadanie, czy produkty wiązane mają swoje własne rynki właściwe, bądź też w jaki sposób są reklamowane przez przedsiębiorcę dominującego³⁹¹.

4.4.1. Status sprzedaży wiązanej i pakietowej w prawie UE przed sprawą *Microsoft*

Przed decyzją w sprawie *Microsoft* kwestia odrębności produktów i transakcji wiązanych była rozstrzygana stosunkowo rzadko przez Komisję Europejską³⁹². Kluczowe rozstrzygnięcia poprzedzające sprawę *Microsoft* w interesujących nas tutaj zagadnieniach miały miejsce tak naprawdę w dwóch sprawach zakończonych wyrokami ETS. W pierwszej sprawie, w odniesieniu do przedsiębiorcy *Hilti*, przedmiotem postępowania była praktyka sprzedaży wiązanej automatycznych pistoletów do gwoździ, magazynków na gwoździe i samych gwoździ³⁹³. Komisja uznała wówczas, że wszystkie ww. produkty należy uznać za odrębne, wchodzące w skład trzech różnych rynków właściwych³⁹⁴. Zarzut skierowany w stronę *Hilti* dotyczył stosowanej praktyki sprzedaży wiązanej opatentowanych pistoletów wraz z gwoździami. *Hilti* stał na stanowisku, że oferuje jeden produkt w postaci zintegrowanego systemu montażowego, co jednak zakwestionował SPI³⁹⁵. Za podstawowe okoliczności, które doprowadziły do tej a nie innej decyzji organów unijnych uznano istnienie odrębnego popytu na magazynki i gwoździe, a także istnienie niezależnych producentów na rynku wskazanych produktów związanych³⁹⁶. Sformułowany w tym miejscu tzw. test odrębności wiązanych produktów znalazł zastosowanie w sprawie *Microsoft*³⁹⁷.

389 Rozwiązanie to jest przecież całkowicie odmienne od reguł znanych z prawa antytrustowego w Stanach Zjednoczonych, a także zasad przyjętych przez sądy amerykańskie w postępowaniach przeciwko *Microsoft*. I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, s. 60-61; por. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 94-95.

390 K. Kłafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 39.

391 Tamże.

392 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 97 i cytowana tam literatura.

393 Decyzja Komisji 88/138/EWG z dnia 22 grudnia 1987 r. w sprawie IV/30.787 i 31.488 *Hilti AG* (Dz. Urz. WE 1988 L, Nr 65, s. 19); dalej jako decyzja w sprawie *Hilti*. Sprawa została zakończona wyrokiem ETS z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie C-53/92 P *Hilti AG* p. Komisji (Zb. Orz. 1994, s. I-667).

394 Zob. pkt 98 decyzji w sprawie *Hilti*.

395 Zob. pkt 68 orzeczenia SPI w sprawie *Hilti*.

396 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 98.

397 Tamże.

W drugiej wskazanej sprawie dotyczącej spółki *Tetra Pak* praktyka polegała na uzależnieniu sprzedaży chronionych patentem maszyn od nabycia materiałów do nich (np. kartonu) wraz z usługami naprawczymi³⁹⁸. Uznano tą praktykę za niedozwoloną i naruszającą art. 82 TWE (obecnie art. 102 TFUE), gdyż - podobnie jak w sprawie *Hilti* - istnieli niezależni przedsiębiorcy dostarczający opakowania, które były kompatybilne z maszynami *Tetra Pak* i z tego względu łączenie tych produktów nie było standardem w omawianym sektorze³⁹⁹. Uznano działania *Tetra Pak* za próbę przeniesienia siły rynkowej z w zmonopolizowanego rynku maszyn do pakowania (*Tetra Pak* posiadał patent na stosowanie określonej technologii w pakowaniu produktów) na rynek kartonu, który był relatywnie konkurencyjny⁴⁰⁰. ETS rozszerzył znacznie stosowanie art. 102 lit. d TFUE dodając, że nawet w sytuacji, gdy sprzedaż wiązana danych dwóch produktów jest zgodna z użyciem handlowym (co miało miejsce w sprawach *Tetra Pak* oraz *Hilti*), bądź też występują naturalne powiązania między tymi produktami, to wciąż może dojść do nadużycia pozycji dominującej⁴⁰¹. Oba postępowania dowodzą, co też zostało już pokrótce zasygnalizowane w rozdziale pierwszym, iż trudno jest przekonać organy unijne, że dane transakcje wiązane są obiektywnie uzasadnione.

Warto także przedstawić jedno z niewielu rozstrzygnięć, które dotyczyło zagadnienia wiązania technologicznego. Dwie powyższe sprawy bowiem były oparte na analizie umownego wiązania produktów. Wiązanie technologiczne natomiast występuje wtedy, gdy dwa (lub więcej) produkty zostają fizycznie połączone w jeden i następnie tak też sprzedawane (np. telefon komórkowy razem z aparatem fotograficznym)⁴⁰². Na tym była właśnie oparta praktyka *IBM*, którą zakwestionowała Komisja Europejska⁴⁰³. *IBM* oferował w sprzedaży komputer o dużej mocy obliczeniowej (System/370) tylko w pakiecie z pamięcią główną, jak i oprogramowaniem. *IBM* utrudniał konsumentom konfigurowanie konkurencyjnych produktów z System/370, jak i odmawiał dostarczenia oprogramowania tym, którzy nie używali jego procesorów. W efekcie klienci zainteresowani nabyciem wydajnego komputera byli zmuszeni do skorzystania z oferty *IBM* także w przypadku modułów pamięci oraz oprogramowania. W wyniku postępowania *IBM* zobowiązał się do oferowania sprzętu bez oprogramowania oraz wbudowanej pamięci⁴⁰⁴. W tym miejscu należy zaznaczyć, że najczęściej odróżnia się wiązanie umowne

398 Decyzja Komisji 92/163/EWG z dnia 24 lipca 1991 r. w sprawie IV/31.043 *Tetra Pak II* (Dz. Urz. WE 1992 L, Nr 72, s. 1).

399 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 100; K. Kłafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 40.

400 Zob. pkt 82, 135 i 137 wyroku SPI z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 *Tetra Pak International S.A. p. Komisji* (Zb. Orz. 1994, s. II-755).

401 Zob. pkt 37 wyroku ETS z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak International S.A. p. Komisji* (Zb. Orz. 1996, s. I-5951).

402 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 92.

403 Decyzja Komisji z dnia 18 kwietnia 1984 r. w sprawie IV/30.849 *IBM* (Dz. Urz. WE 1984 L, Nr 118, s. 24).

404 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 102.

(następujące na podstawie kontraktu) od wiązania technologicznego, w których fizyczna odrębność produktów w zasadzie nie występuje. Wskazuje się również, że powinny one podlegać innej ocenie⁴⁰⁵.

4.4.2. Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego z oprogramowaniem użytkowym w świetle sprawy *Microsoft*

W doktrynie pojawiają się spore wątpliwości jak zakwalifikować przypadek *Microsoftu* w kontekście wskazanej wyżej linii orzeczniczej oraz wymienionych postaci wiązania⁴⁰⁶. Z jednej strony Komisja Europejska zarzuciła *Microsoftowi*, iż nadużywa on pozycji dominującej, uzależniając nabycie systemu *Windows* od zakupu WMP (co kwalifikowałoby praktykę *Microsoftu* do uznania za wiązanie umowne). Z drugiej stwierdza, że naruszenie to polegało raczej na „zintegrowaniu” systemu *Windows* z WMP. Świadczyłoby to o uznaniu praktyki *Microsoftu* za wiązanie o charakterze technologicznym⁴⁰⁷. Tym bardziej, że SPI również zaznacza, że WMP zostało „zintegrowane” z systemem *Windows*⁴⁰⁸. Za uznaniem praktyki za wiązanie umowne z kolei może przemawiać fakt, że *Microsoft* nie udzielał licencji typu OEM na instalację systemu *Windows* bez WMP i zarazem zakazywał producentom komputerów PC usuwania WMP z pakietu oprogramowania⁴⁰⁹.

Niemniej zdecydowano się na zastosowanie schematu oceny wskazanej w sprawach *Hilti* oraz *Tetra Pak*. Analizowano zatem czy produkt związany i wiążący są w rzeczywistości odrębnymi produktami, czy konsumenci mają wybór zakupu produktu wiążącego bez produktu związanego i wreszcie czy praktyka wiązania wyklucza konkurencję z rynku. Na koniec także zbadano czy *Microsoft* przedstawił obiektywne uzasadnienie swojego działania, jeśli zostałoby ono uznane za nadużycie pozycji dominującej⁴¹⁰. *Microsoft* nie kwestionował tego, że zajmował pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, zatem analiza w tym zakresie nie była wymagana⁴¹¹. Widać wyraźnie, że przesłanki wypracowane w praktyce znacząco odbiegają od tych, które wynikają bezpośrednio z literalnej wykładni art. 102 lit. d TFUE.

405 K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 41.

406 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 102 i cytowana tam literatura.

407 Tamże.

408 Zob. pkt 1031 wyroku w sprawie *Microsoft*.

409 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 103.

410 K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 41.

411 Zob. pkt 854 wyroku w sprawie *Microsoft*.

4.4.2.1. Test odrębności systemu *Windows* i aplikacji WMP

Microsoft stał na stanowisku, że nie doszło do zakazanego wiązania produktów, gdyż oferuje on jeden zintegrowany produkt. WMP stanowi integralną część systemu *Windows* i ewentualne oferowanie ich oddzielne wpłynie negatywnie na innowacyjność, ponieważ utrudnione będzie dalsze udoskonalanie systemu operacyjnego. *Microsoft* argumentował to tym, że WMP zapewnia multimedialną funkcjonalność systemu *Windows*⁴¹². Wskazano również na fakt, że produkty nie są tutaj fizycznie rozłączne, jak w sprawach *Hilti* i *Tetra Pak*⁴¹³. Nie powinno się zatem opierać na dotychczasowym orzecznictwie. SPI nie przyjął jednak tej argumentacji, uznając prawidłowość kwalifikacji systemu *Windows* oraz WMP jako odrębnych produktów⁴¹⁴. Założeniem leżącym u podstawy tego rozstrzygnięcia jest punkt widzenia klientów, z którego wynika, że istnieje popyt na produkt związany (WMP), który może zostać zaspokojony z innego źródła niż przedsiębiorca oferujący produkt wiążący⁴¹⁵. Istnieją więc producenci oferujący odtwarzacze multimedialne niezależnie od systemu operacyjnego. Przemawia to za istnieniem dwóch odrębnych rynków właściwych⁴¹⁶. *Microsoft* również oferował WMP w wersjach dla konkurencyjnych systemów operacyjnych i prowadził dla niego odrębne akcje promocyjne⁴¹⁷. Bez wątplenia istnienie istotnej liczby konsumentów nabywających odtwarzacze multimedialne bez związku z systemami operacyjnymi sprawiło, że aspekty technologiczne w tej sprawie pozostały na drugim planie⁴¹⁸. SPI uznał, że zainteresowanie pewnej liczby konsumentów „uboższą” wersją systemu *Windows* (bez WMP) wskazuje na ich odrębność na użytek art. 102 TFUE (wówczas art. 82 TWE). W świetle wyroku w sprawie *Microsoft* uznano zatem, że przytoczony test odrębności nie może ograniczać się jedynie do zbadania związków pomiędzy produktami⁴¹⁹. Jest to oczywiście znacząca rozbieżność od testu znanego z prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych (o którego zastosowanie zabiegał stanowczo *Microsoft*), gdzie bada się głównie, czy produkt wiążący jest sprzedawany standardowo bez produktu związanego⁴²⁰.

412 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 105.

413 K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 41; zob. także pkt 892 wyroku w sprawie *Microsoft*.

414 Zob. pkt 920 wyroku w sprawie *Microsoft*.

415 Zob. pkt 918 wyroku w sprawie *Microsoft*.

416 P. Sitarek, *Glosa do wyroku...*, s. 42-45; D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 105 i n.

417 K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 43.

418 Tamże; zob. także pkt. 927-932 wyroku w sprawie *Microsoft*.

419 Okoliczność, że jeden produkt jest bezużyteczny bez drugiego nie wskazuje automatycznie, że mamy do czynienia z jednym produktem; tak D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 106 i cytowana tam literatura.

420 K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 43; D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 106-107; P. Sitarek, *Glosa do wyroku...*, s. 43 i n.

Pomimo że możliwe jest korzystanie z systemu *Windows* bez odtwarzacza plików multimedialnych, *Microsoft* utrzymywał, że WMP jest „cechą” systemu *Windows*, nadającą mu wspomnianą „funkcjonalność multimedialną”. W ten sposób w jego opinii Komisja Europejska kara przedsiębiorców wzbogacających swój produkt o nowe cechy, nieoferowane przez konkurentów⁴²¹. Doktryna również raczej krytycznie oceniła test przyjęty przez SPI, wskazując m.in. na brak analizy czy istnieje popyt na system operacyjny bez oprogramowania umożliwiającego odtwarzanie plików multimedialnych⁴²².

4.4.2.2. Uniemożliwienie konsumentom nabycia systemu *Windows* bez WMP

Drugą przesłanką mającą wskazywać, że *Microsoft* dopuścił się nadużycia pozycji dominującej było pozbawienie konsumentów możliwości nabycia systemu operacyjnego *Windows* bez aplikacji WMP. Innymi słowy konsumenci zostali zmuszeni do zakupu produktu WMP nabywając system *Windows*. Ciężko jednak dopatrzeć się negatywnych skutków działania *Microsoftu*, gdyż WMP dołączany był całkowicie darmowo i konsumenci nie byli tak naprawdę zmuszani do jego użytkowania zachowując możliwość instalacji wybranych przez siebie aplikacji⁴²³. SPI zgodził się jednak z Komisją, że dochodzi do uzależnienia zawarcia umowy od zaciągnięcia dodatkowych zobowiązań (wymuszenie umowne)⁴²⁴. Wymuszenie nabycia WMP jednak najczęściej ma miejsce na poziomie producentów komputerów (w drodze licencji OEM), a dopiero jego skutki są odczuwane przez finalnych klientów. W tym miejscu SPI przyjął stanowisko, że wymuszenie miało charakter zarówno umowny, jak i techniczny, bowiem WMP jak zaznaczono nie można było również odinstalować⁴²⁵. Brak dodatkowej opłaty za aplikację WMP nie zmienia tego faktu, gdyż najprawdopodobniej jest ona ukryta w cenie pakietu⁴²⁶. Do uznania danej praktyki za sprzedaż wiązaną nie jest również wymagane, aby konsument rzeczywiście płacił za produkt związany. Korzyść finansowa nabywcy nie jest zatem brana pod uwagę.

SPI za bezprzedmiotowy również uznał argument, że konsumenci nie byli w sposób bezpośredni zmuszani do korzystania z WMP, gdyż analogiczna sytuacja miała miejsce w sprawach Hilti oraz Tetra Pak. „Zmuszanie” to wyrażało się w tym, że w wyniku sprzedaży łącznej systemu *Windows* wraz z WMP producenci komputerów nie odczuwali potrzeby instalacji kolejnego odtwarzacza multimedialnego. Podobnie jak i finalni klienci byli *de facto* zniechęceni do poszukiwań innego oprogramowania⁴²⁷.

421 Zob. pkt. 886-888 wyroku w sprawie *Microsoft*.

422 D. S. Evans, A. J. Padilla, *Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, *World Competition* 2004, vol. 27, Nr 4, s. 504 i n.; V. Korah, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oregon 2006, s. 158 i n.

423 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 112.

424 Zob. pkt 961 wyroku w sprawie *Microsoft*.

425 Zob. pkt 946 wyroku w sprawie *Microsoft*; por. I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, s. 73.

426 Zob. pkt 948 wyroku w sprawie *Microsoft*.

427 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 113-114; K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania*

4.4.2.3. Wykluczenie konkurencji z rynku produktu związanego

Kolejna przesłanka - wykluczenia konkurencji - nie wynika, jak to zostało zaznaczone, w żaden sposób z treści art. 102 TFUE. Orzecznictwo, jak i przedstawiciele doktryny są niewątpliwie zgodni, iż zakazanie praktyk wiązania produktów jest zasadne jedynie wtedy, gdy może nastąpić w ich wyniku ograniczenie konkurencji⁴²⁸. SPI zaakceptował w sprawie *Microsoft* koncepcję, według której wyznacznikiem ograniczenia konkurencji w wyniku praktyki wiązania produktów jest ewentualne zamknięcie dostępu do rynku produktu związanego. Antykonkurencyjny charakter praktyki *Microsoftu* polegał w opinii SPI na ograniczeniu innowacyjności na rynku w wyniku narzucenia swojego standardu, blokując tym samym rozwój standardów konkurencyjnych. Integracja WMP z systemem operacyjnym *Windows* doprowadziła zatem do ograniczenia konkurencji na rynku odtwarzaczy multimedialnych ze strony producentów, którzy wprowadzali je do obrotu samodzielnie (bez systemu operacyjnego) w wyniku utworzenia barier w dostępie do tego rynku⁴²⁹.

W postępowaniu zwrócono także uwagę na zachowania przeciętnego konsumenta. Nabywając komputer, chce on najczęściej, aby był gotowy do użycia bez podejmowania dodatkowych wysiłków. Niewątpliwie pożądane byłoby dla niego preinstalowanie systemu *Windows* razem z m.in. wbudowaną aplikacją WMP, gdyż konsument otrzymuje gotowy do użytku produkt. Tym samym SPI za antykonkurencyjne zachowanie uznał takie, które jest korzystne dla konsumenta. Rozstrzygnięcia tego broniono wskazując, że istotniejsza jest perspektywa długoterminowa, a nie jedynie krótkoterminowe korzyści⁴³⁰.

Skutek wiązania stosowanego przez *Microsoft* mógł również wpłynąć na rynek obejmujący dostawców treści (zawartości odtwarzanej przez WMP) i twórców oprogramowania, gdyż z uwagi na analizowane już efekty sieci, im większa liczba korzystających z danego rozwiązania, tym większa jego popularność⁴³¹. Dostawcy treści chętniej decydowali się na wybranie tych formatów, które były obsługiwane przez WMP, gdyż zachowują tak możliwość dotarcia do potencjalnie każdego użytkownika systemu *Windows*. Warto jednak wskazać, że i ta okoliczność jest korzystna dla konsumentów, gdyż nie mają w takiej sytuacji obaw dotyczących problemów w odtworzeniu pewnego formatu niekompatybilnego z używanym oprogramowaniem. Nie dojdzie również do sytuacji, gdy konsumenci zaczną inwestować w pewien format, który następnie zostanie wyparty z rynku⁴³². Co ciekawe, SPI zignorował fakt, iż pomimo stosowania praktyk wiązania, *Microsoft*

technologicznego... [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 46.

428 I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana...*, s. 65; zob. też pkt 867 wyroku w sprawie *Microsoft*.

429 Zob. pkt 1088 wyroku w sprawie *Microsoft*.

430 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 117 i cytowana tam literatura.

431 Zob. pkt 1061 wyroku w sprawie *Microsoft*.

432 Często cytowanym przykładem takiego zdarzenia jest rywalizacja pomiędzy formatami *Blu-Ray* i *HD DVD*, zob. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 119.

nie zdobył pozycji dominującej na rynku odtwarzaczy multimedialnych⁴³³. Bez znaczenia dla sądu było również to, że konsumenci mogą zainstalować dowolną liczbę odtwarzaczy, których dystrybucja jest najczęściej też darmowa⁴³⁴.

4.4.2.4. Obiektywne uzasadnienie wiązania

Uznanie zachowania *Microsoftu* za nadużycie pozycji dominującej nie stanowi automatycznie o jego nielegalności. Ostatnia przesłanka wskazuje właśnie, że naruszenie nie wystąpi, jeśli zostaną przedstawione obiektywne uzasadnienia wiązania. Jest to analogiczny warunek co w przypadku omawianych licencji przymusowych i zarazem również wyjątek od bezwzględnego zastosowania art. 102 TFUE. I tutaj ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorcy dominującym. *Microsoft*, w opinii Komisji (co później zostało podtrzymane przez SPI), nie zdołał obiektywnie wykazać, że stosowana praktyka wiązania konieczna jest dla innego celu niż osłabianie konkurencji. Uzasadniał on swoją praktykę tym, że jest ona niezbędna dla twórców stron internetowych oraz oprogramowania, aby korzystać w pełni z możliwości oferowanych przez system *Windows*⁴³⁵. Zostaje zatem wywołany efekt standaryzacji platformy technologicznej. Standaryzacja ta, jak ukazano w niniejszej pracy, jest w zasadzie korzystna dla konsumentów, co potwierdził też SPI, uznając jednak, że nie może być ona wynikiem jednostronnej decyzji przedsiębiorcy dominującego⁴³⁶. Brak zintegrowania WMP z systemem *Windows* miał w opinii *Microsoftu* powodować również szereg problemów skutkujących szkodą dla użytkowników. Wiązanie z kolei podnosiło efektywność dystrybucji i przynosiło efekty skali. WMP zwiększał również walory techniczne systemu *Windows* i tym samym jego funkcjonalność⁴³⁷. SPI stał na stanowisku, że obiektywnym uzasadnieniem byłoby udowodnienie, iż integracja ta wpływa na wyższą efektywność techniczną całego produktu⁴³⁸. Wywody sądu w tym zakresie były jednak stosunkowo skromne i nie zostało w rozstrzygnięciu rozwinięte co należy rozumieć pod pojęciem „wyższej efektywności” z wyjątkiem tego, że *Microsoft* nie był w stanie udowodnić, iż wskutek wiązania system *Windows* mógłby działać szybciej lub stabilniej⁴³⁹.

433 V. Korah, *Intellectual Property Rights...*, s. 161 i n.

434 D. S. Evans, A. J. Padilla, *Tying Under Article...*, s. 506-508.

435 Zob. pkt 1151 wyroku w sprawie *Microsoft*.

436 Zob. pkt 1152 wyroku w sprawie *Microsoft*.

437 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 121.

438 Uznano, że integracja WMP z systemem *Windows* nie wpływa na polepszenie funkcjonalności systemu operacyjnego w stosunku do systemu bez zintegrowanego odtwarzacza multimedialnego, zob. pkt 1159 wyroku w sprawie *Microsoft*.

439 D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft...*, s. 122; K. Kłafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego...* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność...*, s. 46; P. Sitarek, *Glosa do wyroku...*, s. 47-48.

SPI podkreślał jednak, że decyzja Komisji w sprawie *Microsoft* nie zakazuje mu wiązania systemu *Windows* z WMP, lecz jedynie sprzeciwia się praktyce oferowania *Windows* wyłącznie razem z WMP, pozbawiając tym samym producentów komputerów (OEM) i konsumentów nabycia systemu *Windows* bez WMP. Finalnie argumenty *Microsoftu* dotyczące obiektywnego uzasadnienia zostały odrzucone⁴⁴⁰.

440 Zob. pkt 1167 wyroku w sprawie *Microsoft*.

Zakończenie

Zaprezentowany wyrok w sprawie *Microsoft* niewątpliwie oznaczał triumf Komisji Europejskiej w kilkuletniej batalii ze spółką *Microsoft*. Przeszedł on do historii stosowania unijnych reguł ochrony konkurencji i pozostaje często przywoływany w kwestiach interpretacji obu praktyk nadużycia pozycji dominującej - odmowy udzielenia licencji na pewne prawa własności intelektualnej oraz sprzedaży związanej, zwłaszcza w kontekście rynków nowych technologii. W obu tych przypadkach Komisja Europejska, a następnie SPI zmodyfikowały wypracowane w poprzednich orzeczeniach testy w zakresie oceny badanych zachowań, aby uznać działania *Microsoftu* za naruszające art. 102 TFUE. Pytanie, czy rozszerzająca wykładnia relatywnie utrwalonych rozstrzygnięć to korzystne zjawisko, pozostaje otwarte.

Agresywna kampania Komisji Europejskiej, która zyskała aprobatę SPI, przeciwko spółce z Redmond wciąż budzi wiele kontrowersji. Wszakże Komisja zażądała stworzenia „uboższej” wersji produktu (w tym przypadku systemu operacyjnego *Windows* bez aplikacji WMP) i sprzedaży jej po tej samej cenie i pod tą samą marką, co oferowana wcześniej wersja „bogatsza”. Ciężko dopatrzeć się w jaki sposób dobrobyt konsumenta został tutaj zwiększony. Tym bardziej, że wątpliwości *Microsoftu*, dotyczące zasadniczego braku popytu na rynku na taką uboższą wersję systemu, wydają się to potwierdzać. Po rozstrzygnięciu oferuje on system operacyjny *Windows* w dwóch wymaganych przez Komisję wersjach i konsumenci wciąż najczęściej nabywają go w pakiecie razem m.in. z aplikacją WMP. Ponadto stanowisko organów unijnych w badanej sprawie *Microsoft* rozpoczęło drugą falę antymonopolowych kłopotów *Microsoftu* w Unii Europejskiej. Na krótko po wyroku SPI skargę wniósł norweski producent przeglądarki *Opera*, w której odniósł się do analogicznych kwestii co Departament Sprawiedliwości w latach 90. XX w. W wyniku niekorzystnego dla *Microsoftu* finału wdrożono okno wyboru przeglądarki internetowej w systemie operacyjnym *Windows*⁴⁴¹. Nie bez powodu wyrok SPI (zwłaszcza w części dotyczącej sprzedaży związanej) był krytykowany przez Departament Sprawiedliwości.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie odmowy udzielenia informacji o interoperacyjności spotyka się z bardziej pozytywnymi komentarzami. Wyrok w sprawie *Microsoft* potwierdził regułę, że nałożenie obowiązku udzielenia licencji na określone prawa własności intelektualnej ma charakter wyłącznie wyjątkowy, czyli muszą wystąpić „wyjątkowe okoliczności”, aby odmowa taka została uznana za nadużycie pozycji dominującej. Wskazano jednak, że okoliczności są różne w poszczególnych sprawach i nie powinno się automatycznie stosować testu wypracowanego w sprawach *Magill* i *IMS Health* do kolejnych przypadków odmowy udzielenia licencji. Wydaje się to być uzasadnione. SPI obniżył jednak dosyć znacząco poziom trudności w teście

441 Zob. <http://www.operasoftware.com/press/releases/general/consumers-win-in-the-eu-case-against-microsoft> (11.05.2017).

zastosowanym w sprawie *Microsoft*, zwłaszcza w stosunku do dwóch przesłanek - kryterium nowego produktu oraz wykluczenia konkurencji. W przypadku pierwszej z nich SPI uznał za wystarczające do jej spełnienia wypieranie z rynku produktu niekoniecznie nowego, lecz jedynie w pewnym względzie ulepszanego, bądź zawierającego nowe cechy lub funkcje. Jak skutecznie odnieść to do rynków nowych technologii, gdzie raczej rzadko można spotkać dwa produkty o tym samym zestawie cech? Drugą przesłankę z kolei sprowadzono do hipotetycznego ryzyka wykluczenia konkurencji, a nie - jak to było w przypadku poprzedniej linii orzeczniczej - realnego prawdopodobieństwa. Niewątpliwie obniżenie poprzeczki w wykładni przesłanek, a także niepewność co do samego ich brzmienia, może spowodować i tutaj narastającą liczbę skarg na przedsiębiorców dominujących, którzy odmawiają udzielania licencji na posiadane prawa wyłączne.

Pozostaje nieczytelne na ile „wyjątkowe okoliczności” i licencja przymusowa nawiązują do doktryny *essential facilities*. W pracy wskazano, że w literaturze brak jest zgody co do wzajemnego stosunku tych dwóch instytucji. Ewidentnie jest możliwe uznanie za urządzenia kluczowe pewnych praw wyłącznych do dóbr niematerialnych. Jednak niechęć sądów do wykorzystania doktryny *essential facilities* w sprawach z zakresu własności intelektualnej, a także istotnie odbiegające jej przesłanki względem licencji przymusowej powodują, że należy do przedstawionego zagadnienia podejść z dużą ostrożnością.

Opisana sytuacja wyparcia z rynku produktów ulepszonych jest oczywiście niekorzystna dla konsumentów. Należy jednak zaznaczyć po raz kolejny, że opanowanie danego rynku przed produkt, który stał się *de facto* standardem nie jest automatycznie rozwiązaniem gorszym z punktu widzenia konsumentów. Większa ilość standardów technologicznych oznacza większą ilość pochłanianych środków finansowych na zapewnienie kompatybilności pomiędzy programami i tym samym ich wyższe ceny. Oczywiście efekt sieciowy ogranicza z drugiej strony zakres wyboru z jakiego może korzystać konsument. Przedsiębiorca posiadający prawo do owego standardu posiada też znaczną przewagę rynkową i może ograniczać postęp techniczny. Kluczową kwestią jest zatem zapewnienie balansu pomiędzy standaryzacją na rynku a wzrostem innowacyjności.

W pracy badano problematykę wzajemnych relacji prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej. Konflikt między tymi dziedzinami prawa jak widać nie należy wcale do rzadkości. Trudnym zadaniem byłoby jednak sformułowanie jednoznacznych zasad, które określałyby niedozwolone z punktu widzenia prawa konkurencji zachowania związane z wykonywaniem nabytych praw własności intelektualnej. Jeszcze trudniejszym wydaje się wprowadzenie szczegółowej regulacji prawnej, która taką granicę by wyznaczała. Już obecnie należy przyjąć, że prawo nie nadąża często za postępem technologicznym i innowacjami. Dobrym przykładem są programy komputerowe, które obecnie mogą być chronione w ramach prawa autorskiego, na mocy patentu, a także jako tajemnica handlowa. Przy czym granica pomiędzy wymienionymi modelami ochrony jest w tym przypadku bardzo nieostra. Na rynkach nowych technologii każdy nowy produkt może wymuszać nie tylko zmiany w prawie własności intelektualnej, ale ze względu na przywoływane wielokrotnie znaczące uzależnienie siły rynkowej od nowych innowacji na rynku, może wpływać zarazem na konkurencję i tym samym prawo konkurencji. Czynności w zakresie łagodzenia tego konfliktu słusznie pozostawia się sądom i organom antymonopolowym.

W ich orzeczeniach i decyzjach najczęściej znajdziemy odwołania do dwóch koncepcji dotyczących zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Pierwsza z nich dotyczy samej struktury rynku i w jej ramach niedozwolone powinno być każde zachowanie przedsiębiorców, które taką strukturę zaburza. W przypadku *Microsoftu* osiągnięcie przez niego pozycji lidera na rynku systemów operacyjnych dla serwerów oraz komputerów osobistych już podpadało pod jej zakres. Druga z nich nawiązuje do badania efektywności danych zachowań ograniczających konkurencję i przyzwala na część z nich, jeśli tylko niosą ze sobą jakieś inne pozytywne skutki. Cel ochrony konkurencji może zatem ustąpić tutaj innym wartościom, jak postęp technologiczny czy przede wszystkim dobrobyt konsumentów. Wydaje się, że ta druga koncepcja lepiej określi, które z praktyk rzeczywiście warto zakazać, a które niekoniecznie. W końcu nie zawsze będą one skutkować szkodą dla konsumentów.

Nie ulega wątpliwości, że największy wkład we wprowadzanie innowacji posiada przedsiębiorca dominujący. Pozycja *Microsoftu* jako lidera w rozwoju na rynkach nowych technologii jest ciężka do podważenia. Zbyt daleko idąca ingerencja prawa konkurencji może krępować przodowników na rynku i uniemożliwić im tym samym wprowadzanie wielu nowych rozwiązań, które mogłyby okazać się bardzo korzystne dla konsumentów. Czy promowanie mało wydajnych przedsiębiorców jest rzeczywiście drogą wartą do podążania w rozstrzygnięciach organów antymonopolowych i sądów? Czy *Microsoft* był karany wyłącznie ze względu na swoją zbyt wysoką efektywność? Pewne jest, że ocena licencji przymusowej nie powinna być dokonywana jedynie z punktu widzenia podmiotów działających na rynku wnoszących zapotrzebowanie na określone dobro niematerialne. Instytucja ta ogranicza swobodę umów i narusza zasady prawa własności intelektualnej, a stosowana zbyt często lub zbyt ostro przyczyni się do zredukowania rozwoju technologicznego.

Przypadek *Microsoftu* bardzo dobrze ilustruje wszelkie wyzwania dla sądów i organów antymonopolowych, które próbują ingerować na rynkach nowych technologii. Problematiczne jest, że zarówno proces wytwarzania programów komputerowych, jak i ich dystrybucja różni się znacząco od tradycyjnych sektorów. Rynki te cechują się również dużą dynamiką zmian. Obecnie, ze względu na gwałtowny rozwój Internetu, ograniczenia narzucane przez *Microsoft* nie stanowią już tak poważnego problemu z punktu widzenia prawa konkurencji. Czy antymonopolowa ofensywa w stronę giganta z Redmond przyspieszyła ten proces? Niewątpliwie kluczowe kwestie ze sprawy *Microsoft* mogą posłużyć obecnie jako fundament w orzekaniu w stosunku do kolejnych liderów technologicznych. W tym także należy upatrywać największych korzyści z przytoczonych rozstrzygnięć.

Wykaz wykorzystanej literatury

1. Armentano D. T., *Walka z monopolem czy z konkurencją?*, Lublin 2007
2. Armstrong M., *Competition Policy International. Interactions between Competition and Consumer Policy*, Competition Policy International 2008, vol. 4, no. 1
3. Bagdziński T., *Wiązanie Internet Explorera z Windows na tle historii postępowań antytrustowych przeciwko Microsoftowi w Stanach Zjednoczonych* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008
4. Bagdziński T., *Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, Warszawa 2010
5. Banasiński C., Piontek E. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009
6. Barta J., Markiewicz R., *Główne problemy prawa komputerowego*, Warszawa 1993
7. Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2016
8. Begg D., Fisher S., Dornbush R., *Mikroekonomia*, Warszawa 2007
9. Bergh R. van den, Camesasca P. D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, New York 2001
10. Bernatt M., Jurkowska-Gomułka A., Skoczny T., *Zakaz nadużywania pozycji dominującej* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo konkurencji. Tom 15*, Warszawa 2014
11. Błachucki M., *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, *Ekonomia i Prawo* 2013, tom XII, nr 2
12. Czub K., *Prawo własności intelektualnej. Zarys wykładu*, Warszawa 2016
13. Doniec A., *Glosa do wyroku SPI z dnia 17 września 2007 r., T-201/04*, *Glosa* 2009, nr 3
14. Economides N., *The Microsoft Antitrust Case*, *Journal of Industry, Competition and Trade: From Theory to Policy* 2001, no. 1
15. Evans D. S., Padilla A. J., *Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, *World Competition* 2004, vol. 27, no. 4
16. Fisher W., *Theories of Intellectual Property* [w:] S. R. Munzer (red.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, California 2001
17. Friedman M., Friedman R., *Free to Choose. A Personal Statement*, New York 1980
18. Gienas K. [w:] E. Ferenc-Szydelko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2016

19. Gilbert R., Katz M., *An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft*, Journal of Economic Perspectives 2001, vol. 15
20. Giliciński L., *Wykonywanie praw własności intelektualnej w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 1997
21. Gorywoda Ł., Jańczuk A., *UOKiK v Microsoft: stosowanie prawa konkurencji w sektorach nowej gospodarki a ryzyko błędu regulacyjnego*, PSEAP Working Paper 2009, nr 3
22. Górską M., *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność intelektualna. Zarys prawa własności intelektualnej. Tom II*, Warszawa 2011
23. Grzybczyk K., *Prawo właściwe dla powstania i ochrony praw własności intelektualnej* [w:] M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20C*, Warszawa 2015
24. Gwiazdowski E., *O zaletach konkurencji i potrzebie jej efektywnej ochrony* [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawnno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005
25. Idris K., *International Intellectual Property: Introduction*, Fordham International Law Journal 2002, vol. 26, no. 2
26. Jalowietzki D., Jaros K., Klaue S., Vennemann P., *Wspólnotowe reguły prawa konkurencji i ich znaczenie dla polskich sędziów*, Warszawa 2007
27. Jurcewicz-Gomułka A. [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2012
28. Jurcewicz-Gomułka A., Skoczny T., *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej* [w:] J. Barcz (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011
29. Jurczyk Z., *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007
30. Katz M. L., Shapiro C., *Systems Competition and Network Effects*, Journal of Economic Perspectives 1994, vol. 8, no. 2
31. Kąkol M. K., *Koncepcja konkurencji według szkół austriackiej i chicagowskiej - analogie i różnice*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 2008, tom XLII, nr 15
32. Kępiński M., *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo konkurencji. Tom 15*, Warszawa 2014
33. Kłafkowska-Waśniowska K., Namysłowska M., *Zakaz wiązania technologicznego z art. 102 TFUE (dawny 82 TWE) w świetle wyroku w sprawie Microsoft* [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność intelektualna. Zarys prawa własności intelektualnej. Tom II*, Warszawa 2011
34. Klincewicz K., *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008
35. Kohutek K., *Nadużycie pozycji dominującej - glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways*, Glosa 2009, nr 2

36. Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdliwość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012
37. Kohutek K. [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014
38. Kolasiński M. K., *Licencje przymusowe we wspólnotowym prawie konkurencji*, Glosa 2007, nr 1
39. Kolasiński M. K., *Prawo konkurencji a ochrona własności intelektualnej*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2007, nr 1-2
40. Kolasiński M. K., *Obowiązek współpracy gospodarczej w prawie antymonopolowym*, Toruń 2009
41. Korah V., *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oregon 2006
42. Kostański P. [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2014
43. Kostański P., Żelechowski Ł., *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2014
44. Kowalik-Bańczyk K., *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012
45. Krasnodębska-Tomkiel M., *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006
46. Krent H. J., *Administracyjne egzekwowanie prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych* [w:] C. Banasiński (red.), *Amerykański i europejski system ochrony konkurencji*, Warszawa 2007
47. Łukaszuk L., *Dobra intelektualne. Problemy międzynarodowej ochrony*, Warszawa 2009
48. Majcher J., *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005
49. Majcher J., *IMS Health GmbH & Co. OHG przeciwko NDC Health GmbH & Co. KG* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007
50. Małobęcki I., *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji - ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013
51. Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009
52. Materna G. [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2012
53. Matusiak M. [w:] K. B. Matusiak (red.), *Innowacje i transfer technologii. Słownik pojęć*, Warszawa 2011
54. McChesney F. S., *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, Chicago 1995
55. Miąsik D., *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012

56. Miąsik D., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a prawo własności intelektualnej - czy art. 2 ustawy jest w ogóle potrzebny?*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1
57. Miąsik D., *Własność intelektualna a szkoda dla konkurencji w prawie UE*, Warszawa 2012
58. Michniewicz G., *Ochrona własności intelektualnej*, Warszawa 2016
59. Modrzejewska M., *Ochrona prawna konkurencji* [w:] M. Modrzejewska, J. Okolski (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2015
60. Nowacka U., Gil A., *Uwarunkowania prawnoautorskiej ochrony programów komputerowych*, Postępy nauki i techniki 2010, nr 4
61. Nowicka A., *Prawnoautorska ochrona programów komputerowych - regulacja Polska i jej unijny wzorzec w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2015, z. 2
62. Ohly A., *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?* [w:] M. J. Adelman, R. Brauneis, J. Drexler, R. Nack (red.), *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Berlin 2009
63. Palmer T. G., *Are Patents and Copyrights Morally Justified?*, Harvard Journal of Law and Public Policy 1990, no. 3
64. Patterson M. R., *Intellectual property and sources of market power* [w:] I. Govaere, H. Ullrich (red.), *Intellectual Property, Market Power and the Public Interest*, Brussels 2008
65. Pisarkiewicz A., *Odmowa świadczenia a doktryna Urządzeń Kluczowych (doktryna Essential Facilities) oraz inne formy nadużycia pozycji dominującej* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008
66. Porter M. E., *The Competitive Advantage of Nations*, Harvard Business Review 1990, no. 2
67. Porter M. E., *Strategia konkurencji, metody analizy sektorów i konkurentów*, Warszawa 1992
68. Posner R. A., *Antitrust in the New Economy*, John M. Olin Law & Economics Working Paper 2000, no. 106
69. Powałowski A., *Prawo i ochrona konkurencji* [w:] A. Powałowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2012
70. Poźniak-Niedzielska M., Szczotka J., Mozgawa M., *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz-Warszawa-Lublin 2007
71. Roll D. L., *Dual Enforcement of the Antitrust Laws by the Department of Justice and the FTC: The Liaison Procedure*, The Business Lawyer 1976, vol. 31, no. 4
72. Rooijen A. van, *The software interface between copyright and competition law. A legal analysis of interoperability in computer programs*, Netherlands 2010
73. Salamonowicz M., *Licencje patentowe i know-how na tle zakazu porozumień antykonkurencyjnych*, Warszawa 2011
74. Sapieżko J., *Prawa własności intelektualnej jako essential facilities w orzecznictwie instytucji Unii Europejskiej*, Stosunki Międzynarodowe 2010, tom 42, nr 3/4

75. Scheibe A., Szulczyńska U., *Działalność innowacyjna i budowanie przewag konkurencyjnych przedsiębiorstwa - przykład firmy Microsoft* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007
76. Sieniow T., Włodarczyk W., *Własność intelektualna w społeczeństwie informacyjnym*, Warszawa 2009
77. Siewicz K., *Exercising user freedoms in the world of free software communities* [w:] M. Barczewski, M. Miłosz, R. Warner (red.), *When Worlds Collide: Intellectual Property, High Technology and the Law*, Warszawa 2008
78. Sitarek P., *Glosa do wyroku SPI z dnia 17 września 2007 r., T-201/04. Odpowiedzialność dominującego przedsiębiorcy na rynku nowych technologii*, Europejski Przegląd Sądowy 2010, nr 2
79. Skoczny T., *Sprawa Microsoft przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008
80. Stankiewicz R., *Kontrola koncentracji przedsiębiorców* [w:] M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo konkurencji. Tom 15*, Warszawa 2014
81. Stefanicki R., *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2014
82. Stępień E., *Nakazanie udzielania licencji przymusowej w wyniku nadużywania pozycji dominującej w świetle orzecznictwa wspólnotowego* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008
83. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011
84. Surdek M., *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008
85. Szafrąński A., *Pomoc publiczna* [w:] Z. Szażyk, A. Szafrąński, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2012
86. Szewc A., *Rola umów w zakresie transferu technologii* [w:] A. Szewc, K. Ziolo, M. Grzesiczak, *Umowy jako prawne narzędzie transferu innowacji*, Warszawa 2011
87. Szpringer W., *Regulacja konkurencji a konkurencja regulacyjna. Ujęcie instytucjonalne*, Warszawa 2010
88. Sztobryn K., *Ochrona programów komputerowych w prawie własności intelektualnej w Unii Europejskiej*, Warszawa 2015
89. Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005
90. Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010
91. Szydło M., *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010
92. Śliwińska M., *Ochrona konkurencji we współczesnej gospodarce wyzwaniem dla teorii konkurencji*, *Ekonomia i Prawo* 2013, tom XII, nr 2

93. Targański B., *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010
94. Teluk T., *E-biznes. Nowa gospodarka*, Gliwice 2002
95. Tritton G., *Intellectual Property in Europe*, London 2002
96. Vall M. du, *Nadużycie pozycji dominującej poprzez wykonywanie praw własności intelektualnej*, ZNUJ 2010, nr 3
97. Waldman D. E., *The Rise and Fall of IBM* [w:] D. I. Rosenbaum (red.), *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose It and the Impact on Economic Performance*, California 1999
98. Zalewska M., *Amerykańska koncepcja w unijnym prawie - essential facilities doctrine*, Adam Mickiewicz University Law Review 2013, nr 2
99. Załucki M., *Pojęcie prawa własności intelektualnej i jego miejsce w systemie prawnym* [w:] M. Załucki (red.), *Prawo własności intelektualnej. Repetytorium*, Warszawa 2010
100. Zielińska-Głębocka A., *Podstawowe założenia teorii konkurencji* [w:] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004

Wykaz aktów prawnych i dokumentów

1. Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 z późn. zm.)
2. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569)
3. Konwencja związkowa paryska o ochronie własności przemysłowej, zawarta 20 marca 1883 r. (Dz. U. z 1932 r. Nr 2, poz. 8 z późn. zm.)
4. Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych, zawarta 9 września 1886 r. (Dz. U. z 1935 r. Nr 84, poz. 515 z późn. zm.)
5. Konwencja o ustanowieniu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej, sporządzona w Sztokholmie dnia 14 lipca 1967 r. (Dz. U. z 1975 r. Nr 9, poz. 49)
6. Konwencja o udzieleniu patentów europejskich, sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737 z późn. zm.)
7. Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (Dz. U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143)
8. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L Nr 1, s. 1)
9. Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L Nr 24, s. 1)
10. Dyrektywa 91/250/EWG Rady z 14 maja 1991 r. w sprawie prawnej ochrony programów komputerowych (Dz. Urz. WE L 122, s. 42)
11. Dyrektywa 2009/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. UE L Nr 111, s. 16)
12. *The Sherman Antitrust Act*, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (15 U.S.C. § 1-7)
13. *Clayton Act*, 1914, 38 Stat. 730 (15 U.S.C. § 12-27)
14. *Federal Trade Commission Act*, 1914, 38 Stat. 717 (15 U.S.C. 41-58)
15. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 z późn. zm.)
16. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)
17. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 666 z późn. zm.)
18. Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 776)
19. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 229)

20. Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 1792)
21. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. WE 1997 C 372)
22. Komunikat Komisji z dnia 9 lutego 2009 r. - wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE 2009 C 45/2)
23. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady - *Dziesięć lat egzekwowania prawa ochrony konkurencji: na podstawie rozporządzenia 1/2003 - osiągnięcia i perspektywy*, COM(2014) 453

Wykaz orzecznictwa i decyzji

1. Wyrok TS z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 *Consten i Grundig* p. Komisji (Rec. 1966 r., s. 429)
2. Wyrok ETS w sprawie C-27/76 *United Brands Company* p. Komisji (Zb. Orz. 1978, s. 207)
3. Wyrok ETS w sprawie C-85/76 *Hoffmann-La Roche* p. Komisji (Zb. Orz. 1979, s. 461)
4. Wyrok ETS z dnia 29 października 1980 r. w sprawach połączonych od 209/78 do 215/78 i 218/78 *Heintz van Landewyck SARL and others* p. Komisji (Zb. Orz. 1980, s. 03125)
5. Wyrok ETS z dnia 25 lutego 1986 r. w sprawie 193/83 *Windsurfing International Inc.* p. Komisji (Zb. Orz. 1986, s. 611)
6. Wyrok ETS z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie C-53/92 P *Hilti AG* p. Komisji (Zb. Orz. 1994, s. I-667)
7. Wyrok ETS z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P, RTE i ITP p. Komisji, (Rec. 1995 r., s. I-743)
8. Wyrok ETS z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak International S.A.* p. Komisji (Zb. Orz. 1996, s. I-5951)
9. Wyrok ETS z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* (Zb. Orz. 1998, s. I-07791)
10. Wyrok ETS z dnia 29 kwietnia 2004 w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG* p. *NDC Health GmbH & Co. KG* (Zb. Orz. 2004, s. I-5039)
11. Wyrok SPI z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 *Hilti AG* p. Komisji (Zb. Orz. 1990, s. II-163)
12. Wyrok SPI z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 *Tetra Pak International S.A.* p. Komisji (Zb. Orz. 1994, s. II-755)
13. Wyrok SPI z dnia 12 czerwca 1997 r. w sprawie T-504/93, *Tiercé Ladbroke* p. Komisji (Rec. 1997 r., s. II-973)
14. Wyrok SPI z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft Corporation* p. Komisji (Zb. Orz. 2007, s. II-3601)
15. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895)
16. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)
17. Wyrok w sprawie *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912)
18. *United States v. International Business Machines Corporation (IBM)*, Docket no. 69, Civ. DNE (1969)

19. *Xerox corp.*, *Decision & Order*, 86 F.T.C. 364 (1975)
20. *MCI Communications Corp. v. AT&T Co*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir 1983)
21. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992)
22. *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537, 540-541 (D.D.C. 1997)
23. Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998)
24. *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, No. CV-97-N-3023-NE (N.D. Ala. 1999)
25. Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d (D.D.C. 1999)
26. Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)
27. Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., III SK 16/08 (OSNP 2010, nr 13-14, poz. 177)
28. Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2009 r., III SK 19/08 (OSNP 2010, nr 19-20, poz. 252)
29. Wyrok SA z dnia 24 stycznia 1991 r., XV Amr 8/90 (Wokanda 1992, nr 2, poz. 39)
30. Decyzja Komisji z dnia 18 kwietnia 1984 r. w sprawie IV/30.849 IBM (Dz. Urz. WE 1984 L, Nr 118, s. 24)
31. Decyzja Komisji 88/138/EWG z dnia 22 grudnia 1987 r. w sprawie IV/30.787 i 31.488 *Hilti AG* (Dz. Urz. WE 1988 L, Nr 65, s. 19)
32. Decyzja Komisji 89/205/EEC z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie IV/31.851, *Magill TV Guide*/ITP, BBC i RTE (O.J. 1989 L 78, s. 43)
33. Decyzja Komisji 92/163/EWG z dnia 24 lipca 1991 r. w sprawie IV/31.043 *Tetra Pak II* (Dz. Urz. WE 1992 L, Nr 72, s. 1)
34. Decyzja Komisji z dnia 24 marca 2004 r. odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko *Microsoft Corporation* (Dz. Urz. UE 2007 L, Nr 32, s. 23)
35. Decyzja EUP z dnia 15 lipca 1986 r. w sprawie T 208/84 *Vicom* (Dz. Urz. EUP 1987, s. 14)
36. Decyzja EUP z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie T 258/03 *Hitachi* (Dz. Urz. EUP 2004, s. 575)
37. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 24 sierpnia 2010 r., DOK-7/2010

Źródła internetowe

1. <https://mises.org/library/truth-about-sherman> (dostęp 11.05.2017) - T. J. DiLorenzo, *The Truth About Sherman*
2. https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=459 (dostęp 11.05.2017) - *Microsoft na cenzurowanym?*
3. https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2004/202976.pdf (dostęp 11.05.2017) - Stanowisko Departamentu Sprawiedliwości w sprawie decyzji Komisji Europejskiej
4. https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2007/226070.pdf (dostęp 11.05.2017) - T. Barnett, *Statement on European Microsoft Decision*
5. <http://www.operasoftware.com/press/releases/general/consumers-win-in-the-eu-case-against-microsoft> (dostęp 11.05.2017)
6. <https://www.justice.gov/atr/guidelines-and-policy-statements-0/2017-update-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property> (dostęp 11.05.2017) - Departament Sprawiedliwości i FTC, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*

Spis rysunków

Rys. 1.1. Modelowe czynniki warunkujące presję konkurencyjną w danym segmencie rynku

Rys. 2.1. Składowe własności intelektualnej

Rys. 3.1. Typowy przykład *essential facilities* na rynkach powiązanych

Rys. 4.1. Rynki właściwe, na których *Microsoft* potencjalnie dopuścił się nadużycia pozycji dominującej

Rys. 4.2. Samodzielna dostępność produktów w różnych wariantach transakcji wiązanych

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Publikacja zwyciężyła w konkursie Prezesa UOKiK na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konkurencji w 2017 roku.

Mateusz Czerniak - absolwent Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. W latach 2014-2017 stypendysta nagrody Rektora Uniwersytetu Wrocławskiego dla najlepszych studentów i zdobywca II miejsca w konkursie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii na najlepszą pracę dyplomową w roku 2014/2015.



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

pl. Powstańców Warszawy 1 < 00-950 Warszawa

tel. 22 55 60 800 < uokik@uokik.gov.pl

www.uokik.gov.pl

ISBN 978-83-64681-13-4