

NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ POPRZECZ ODMOWĘ UDZIELENIA LICENCJI NA PRAWO WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ W UNII EUROPEJSKIEJ

Wstęp

Przedmiotem niniejszej analizy jest problem prawny z pogranicza dwóch gałęzi prawa – prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej – a mianowicie nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej. Zagadnienie to ze względu na swój dynamiczny charakter niezmiennie wzbudza zainteresowanie doktryny. Nowe technologie będące coraz częściej przedmiotem udzielanych licencji sprawiają, że temat jest nie tylko aktualny, ale nadto wymaga natychmiastowego uregulowania w celu zapewnienia swobodnego, niezakłóconego obrotu dobrami niematerialnymi. Jest to szczególnie ważne ze względu na globalne oddziaływanie zarówno na gospodarkę, jak i dobrobyt ogółu społeczeństwa. W niniejszej rozprawie przeprowadzona zostanie analiza przesłanek wypracowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE pozwalająca zrozumieć, kiedy odmowa udzielenia licencji stanowić będzie naruszenie reguł prawa ochrony konkurencji. Rozstrzygnięcie w tej kwestii ułatwi również odpowiedź na pytanie, czy i w jakim stopniu prawo konkurencji powinno ingerować w wykonywanie prawa wyłącznego, jakim jest prawo własności intelektualnej.

Zakres poniższej analizy obejmuje unijne prawo konkurencji oraz prawo własności intelektualnej, które pozostaje w domenie prawa krajowego oraz prawa międzynarodowego. W celu pełnego zobrazowania globalnego zasięgu wspomnianego problemu prawnego pomocniczo przywołane zostało również orzecznictwo sądów amerykańskich odnoszące się do prawa antytrustowego. Głównym aktem prawnym poddanym analizie jest Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 102) oraz wszelkie dokumenty i orzeczenia stanowiącego jego wykładnię. Pojawiają się również elementy będące przedmiotem badań nauk ekonomicznych mające na celu kompleksowe zaprezentowanie poruszanej problematyki. Wykorzystano także literaturę polską i zagraniczną z zakresu prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej.

W pierwszej części poruszone zostanie zagadnienie wzajemnego oddziaływania prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej w postaci nadużycia pozycji dominującej. Jego istotę i sposób ustalania zaprezentowano poprzez wyjaśnienie takich pojęć jak: rynek właściwy, siła rynkowa, presja konkurencyjna i pozycja dominująca.

W drugiej części przedmiotem analizy będzie odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej jako przykład nadużycia pozycji dominującej. W celu pełnego zobrazowania problematyki wyjaśniono takie pojęcia jak odmowa kontraktowania przybierająca formę odmowy świadczenia bądź odmowy licencjonowania. Następnie dokonano analizy wypracowanych przez sądy unijne przesłanek nadużycia pozycji dominującej pośrednio i bezpośrednio odnoszących się do prawa własności intelektualnej. W grupie wyroków odnoszących się w sposób pośredni do prawa własności intelektualnej akcent położono na wyjaśnieniu reguły Commercial Solvents oraz doktryny urzędzeń kluczowych. Natomiast w grupie orzeczeń poruszających kwestie sporne z pogranicza prawa ochrony konkurencji i prawa własności intelektualnej znalazły się najbardziej istotne wyroki sądów unijnych w tym zakresie, m.in. wyrok w sprawie *Magill* oraz wyrok w sprawie *IMS Health*.

Trzecia część to analiza najbardziej aktualnego przejawu nadużycia pozycji dominującej, a mianowicie odmowa udzielenia licencji na informacje o interoperacyjności. Zaprezentowano w niej i dokonano oceny przesłanek pojawiających się w wyroku Sądu Pierwszej Instancji (dalej SPI) w sztandarowej już sprawie *Microsoft*. W celu kompletnego zobrazowania zjawiska pochyłono się zarówno nad decyzją Komisji Europejskiej, jak i przebiegiem postępowania przed dawnym SPI. Aby zapewnić przedstawienie zagadnienia w jak najbardziej pełnym kontekście, pomocniczo odwołano się również do rozstrzygnięć sądów antytrustowych Stanów Zjednoczonych. Następnie przybliżono przebieg postępowań w sprawach dotyczących podobnej materii toczących się równolegle bądź już po wydaniu wyroku SPI w sprawie *Microsoft*.

Niniejsza publikacja ma na celu dokonanie prawnej analizy problemu na styku dwóch dyscyplin prawa, której celem jest próba odpowiedzi na pytanie, czy i w jakich okolicznościach ingerencja prawa konkurencji w wykonywanie prawa wyłącznego będącego przedmiotem prawa własności intelektualnej jest możliwa i prawnie uzasadniona.

1. Nadużycie pozycji dominującej w prawie konkurencji Unii Europejskiej – istota, charakter, pojęcie

1.1. Zakaz nadużywania pozycji dominującej – istota, pojęcie, podstawa prawna

Jednym ze zjawisk prawnych i ekonomicznych, któremu towarzyszyć może zeknienie się prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej, jest zjawisko nadużycia pozycji dominującej. W związku z wyłącznym charakterem praw własności intelektualnej przedsiębiorcom będącym w ich posiadaniu często zarzucane jest niezgodne z prawem wykorzystywanie zdobytej przez nich pozycji na rynku. Unijne prawo konkurencji zabrania nadużywania pozycji dominującej. Swój prawny wyraz zakaz ten znajduje w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Aby jednak w ogóle móc mówić o nadużywaniu pozycji dominującej, najpierw należy ustalić, czy dane przedsiębiorstwo w ogóle w takiej pozycji się znajduje.

1.1.1. Pozycja dominująca

Pomimo że ani regulacje unijne, ani regulacje państw członkowskich (które w istocie są zwyczajną kalką przepisów unijnych) nie przewidują definicji legalnej pozycji dominującej, przedmiot ten wielokrotnie wzbudzał zainteresowanie i dyskusje zarówno doktryny, jak i organów orzekających. Pozycja dominująca nie stanowi kategorii ekonomicznej, jest to pojęcie będące wytworem prawnym¹. Pozycję dominującą możemy zdefiniować jako szczególnego rodzaju kwalifikowaną postać siły rynkowej danego przedsiębiorstwa, pozwalającą mu na działanie w dużej mierze niezależnie od pozostałych uczestników rynku oraz wpływanie na strukturę takiego rynku². Granica takiego niezależnego od konkurentów zachowywania się może być inna na różnych rynkach właściwych ze względu na specyfikę danej branży bądź gałęzi gospodarczej³. Z tak skonstruowanego ujęcia zjawiska pozycji dominującej możemy wnioskować, że w celu poprawnego jej ustalenia najpierw powinno się w odpowiedni sposób określić dwa niezwykle istotne elementy – pojęcie siły rynkowej oraz rynku, a konkretnie rynku właściwego.

1.1.1.1. Rynek właściwy i siła rynkowa

W ujęciu ekonomicznym rynek to miejsce, w którym dany przedsiębiorca prowadzi swoją działalność gospodarczą. Niektórzy przedstawiciele doktryny rynek określają jako „miejsce zetknięcia się podaży z popytem” lub definiują go jako obszar relacji między podmiotami uczestniczącymi w wymianie dóbr i usług⁴. Należy pamiętać o tym, że rynek to nie tylko miejsce działalności gospodarczej, ale również miejsce dokonywania naruszeń związanych z jej prowadzeniem – działań, które powodują zakłócenie normalnej rywalizacji rynkowej między uczestnikami rynku.

Nieco węższym pojęciem, aczkolwiek nadal uważanym za lustrzane odbicie rynku w ujęciu ekonomicznym, jest pojęcie rynku właściwego będącego kategorią jurystyczną w całości wypracowaną dla potrzeb prawa antymonopolowego⁵. Rynek właściwy różni się od rynku w rozumieniu ekonomicznym tym, iż przy jego ustalaniu eksponuje się elementy relewantne z punktu widzenia prawa antymonopolowego. Każdy rynek właściwy jesteśmy w stanie w sposób konkretny wyznaczyć i wyodrębnić przy użyciu odpowiednich kryteriów – przede wszystkim za pomocą kryterium produktowego i kryterium geograficznego oraz w niektórych przypadkach, stosując kryterium czasowe bądź podmiotowe. Owe kryteria stanowią kolejne etapy wyodrębniania rynku właściwego i rozstrzygają o jego granicach.

¹ C. Bongard, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2007, s. 233.

² M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2010, s. 82.

³ A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 243.

⁴ M. Szydło, *op. cit.*, s. 61.

⁵ C. Banasiński, *Dyskrecyjność w prawie antymonopolowym*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2015, s. 187.

Zgodnie z obwieszczeniem Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego dla celów unijnego prawa konkurencji rynek właściwy należy definiować poprzez połączenie tych dwóch kryteriów – pojęcia rynku asortymentowego i rynku geograficznego. Ten pierwszy według Komisji „składa się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”, natomiast drugi „obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym 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”⁶. Również polska ustawa regulująca prawo konkurencji, stanowiąca kalkę przepisów unijnych, rynek właściwy określa jako „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji”⁷. Z powyższych definicji rynku właściwego można zatem wywnioskować, że wąski charakter rynku właściwego wynika z ograniczenia go do danego towaru lub usługi, a także do określonego terytorium – płaszczyzny, na której panują w miarę homogeniczne ekonomiczne warunki konkurowania i prowadzenia działalności gospodarczej.

Pierwszym etapem wyodrębniania rynku właściwego zawsze powinno być zastosowanie kryterium produktowego polegające na zdefiniowaniu towaru lub usługi, które „ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty”⁸. Substytucyjność powinniśmy zatem oceniać z perspektywy konsumenta. Bardzo często przy jej określaniu ekonomiści i prawnicy posługują się tzw. testem SSNIP (*Small but Significant and Non-Transitory Increase of Price*), który polega na badaniu hipotetycznej reakcji nabywców na mały, ale znaczący i stały wzrost ceny określonego towaru⁹. Taki sposób pomiaru substytucyjności nie jest jednak wolny od wad, gdyż narażony jest na dwa rodzaje błędów – błąd celofanowy i zjawisko określane mianem *captive groups*. Błąd celofanowy charakteryzuje się zbyt szerokim zakreśleniem granic danego rynku właściwego i bardzo często jest wynikiem posiadania przez przedsiębiorcę tak znaczącej siły rynkowej, że ustalona przez niego cena oferowanego towaru przestaje być ceną rynkową¹⁰. Drugi defekt dotyczy swoistego rodzaju grupy konsumentów (*captive groups*), których preferencje co do produktów pozostają niezmiennie niezależnie od tego, że na rynku istnieją ich bliskie substytuty. Aby móc mówić o tym zjawisku, należy najpierw wyodrębnić taką grupę i ustalić, że między nią a innymi kategoriami nabywców nie istnieje przepływ towarów. W rezultacie będziemy mieli do czy-

⁶ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów unijnego prawa konkurencji (Dz. Urz. WE 1997, C 372/5, pkt 7–9).

⁷ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184).

⁸ M. Szydło, *op. cit.*, s. 64.

⁹ *Ibidem*, s. 64.

¹⁰ C. Bongard, *op. cit.*, s. 68.

nienia z sytuacją, w której fakt istnienia substytutu przestaje mieć znaczenie, gdyż towar będący przedmiotem zainteresowania takiej grupy ustanowi odrębny rynek właściwy w ujęciu produktowym¹¹. Czasami pomocne będzie również zbadanie substytucyjności po stronie podaży, tzn. możliwości przedstawienia się przez przedsiębiorców produkujących dany towar lub oferujących daną usługę na produkcję innego towaru lub oferowanie innej usługi. Taki proces powinien być mało skomplikowany, szybki i nie pociągać za sobą znacznych kosztów dla przedsiębiorcy dokonującego zmiany. Oznacza to, że bariery wejścia na rynek w takiej sytuacji mogą być szybko i tanio przezwyciężone.

Kolejnym dość specyficznym zjawiskiem, na które natknąć możemy się podczas definiowania rynku właściwego za pomocą kryterium przedmiotowego, jest sytuacja, w której dwa różne towary mogą stanowić jeden rynek właściwy. Dzieje się tak wtedy, gdy oferowane są one konsumentom w pakiecie i w taki łączny sposób mają zaspokajać określone potrzeby nabywców¹². Natomiast w zupełnie inną sytuację mamy do czynienia w przypadku tzw. rynku związanego, który stanowi jedno z kluczowych elementów przeprowadzanej tu analizy zjawiska nadużycia pozycji dominującej poprzez wykonywania prawa własności intelektualnej. Rynek związany możemy zdefiniować jako odrębny produktowo rynek właściwy, który jest powiązany z innym rynkiem „z uwagi na określone funkcjonalno-gospodarcze powiązania występujące pomiędzy towarami będącymi przedmiotem tych dwóch odrębnych rynków”¹³. Zależność ta polega na tym, że uzyskanie dostępu do jednego z tych rynków (lub do towaru/usługi oferowanego na tym rynku) jest warunkiem koniecznym dla prowadzenia działalności na drugim rynku. Ma to istotne znaczenie w kontekście posiadania pozycji dominującej, gdyż dominant na jednym z takich rynków jest w stanie rozciągnąć swoją pozycję na rynek związany i zacząć wykorzystywać ją w sposób wywołujący antykonkurencyjne skutki na tym rynku (zjawisko tzw. efektu dźwigni).

Kiedy rynek właściwy zostanie już nakreślony pod względem oferowanego na nim produktu, kolejnym etapem jego definiowania powinno być kryterium geograficzne. Polega ono na wyznaczeniu obszaru geograficznego, w którego obrębie oferowany jest dany towar lub usługa oraz towary i usługi wobec niego substytucyjne i w którego obrębie panują zbliżone warunki konkurowania, wyraźnie odróżniające się od warunków panujących na obszarach sąsiadujących¹⁴. O tak ujętej homogeniczności warunków świadczyć mogą m.in. rodzaj i właściwości danego towaru lub usługi, bariery w uzyskaniu dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen oraz koszty transportu. Pierwszy z czynników, rodzaj i właściwość danego towaru lub usługi mają znacznie, kiedy ze względu na nie niemożliwe lub utrudnione staje się transportowanie towaru na większe odległości, co wpływa na zmniejszenie rynku w ujęciu geograficznym. Bariery w dostępie do rynku, czyli pewne jego cechy o charakterze ekonomicznym lub prawnym, które uniemożliwiają lub utrudniają wejście lub konkurowanie na takim rynku, również mają wpływ na wyizolowanie pewnego obszaru geograficznego

¹¹ *Ibidem*, s. 63.

¹² M. Szydło, *op. cit.*, s. 68.

¹³ *Ibidem*, s. 68.

¹⁴ C. Banasiński, *op. cit.*, s. 214.

jako odrębnego rynku właściwego. Wpływ czynnika, jakim są preferencje konsumentów znajdujących się na danym obszarze geograficznym, polega na tym, że konsumenci z takiego terytorium czasami przedkładają towar oferowany przez określonego przedsiębiorcę ponad tego samego rodzaju towar innego przedsiębiorcy ze względu na przyzwyczajenia czy upodobania. Najczęściej z taką sytuacją mamy do czynienia w odniesieniu do specyficznego języka danego produktu, który zazwyczaj przesądza o krajowym charakterze danego rynku. Jeśli natomiast chodzi o znaczące zróżnicowanie cen, to zakłada się, że na odpowiednio wyznaczonym pod względem geograficznym rynku ceny nie powinny się znacznie różnić. Koszty produktu, podobnie jak jego rodzaj lub właściwości, również mogą mieć wpływ na możliwość jego przemieszczania, a zatem na zasięg danego rynku. Co więcej, o odrębności danej płaszczyzny w ujęciu geograficznym przesądza też „brak znaczących przepływów tego towaru z zewnątrz do wewnątrz wspomnianego terytorium oraz z jego wewnątrz na zewnątrz”¹⁵. Jednakże tego kryterium nie należy stosować w oderwaniu od pozostałych elementów wyznaczania rynku geograficznego.

Tak ustalony rynek właściwy może mieć różnorodny zasięg – globalny, obejmujący kontynent europejski lub obszar państw członkowskich UE bądź Europejskiego Obszaru Gospodarczego albo też tylko części obszaru UE – obejmujący obszar danego kraju lub tylko jego danego regionu, a ostatecznie dotyczyć może również „pewnej małej i dostatecznie wyodrębnionej przestrzeni geograficznej, ustalonej niezależnie od istniejących podziałów administracyjnych”¹⁶.

W związku z uprzednim stwierdzeniem, że pozycja dominująca to szczególnego rodzaju kwalifikowana siła rynkowa, kolejnym elementem umożliwiającym zrozumienie tego zjawiska będzie zdefiniowanie pojęcia siły rynkowej. W ujęciu ekonomicznym siła rynkowa to „zdolność przedsiębiorstwa do podwyższania poziomu cen [...], chociażby poprzez ograniczenie produkcji, przy równoczesnym zwiększaniu czystych zysków”¹⁷. Oczywiście tak pojmowaną siłę rynkową ma zdecydowana większość przedsiębiorców prowadzących swoją działalność na rynku, inaczej bowiem nie byłoby oni w stanie pokrywać kosztów własnej działalności. Również proces konkurencji polega na nieustannym budowaniu i utrzymywaniu przez przedsiębiorców swojej siły rynkowej¹⁸. Analiza funkcjonowania poszczególnych rynków pozwala nam dojść do wniosku, że siła rynkowa podlega stopniowaniu, a najsilniejszy jej próg stanowi pełen monopol przedsiębiorcy. W celu ustalenia stopnia posiadanej pozycji rynkowej danego przedsiębiorstwa Komisja Europejska przy ocenie uwzględnia takie okoliczności jak: „alternatywne możliwości zaopatrzenia dla dostawców i konsumentów, siłę gospodarczą i potencjał finansowy przedsiębiorstwa, strukturę rynku lub rynków w danej sprawie, międzynarodową konkurencję, kształtowanie się popytu i podaży na dane towary względnie usługi”¹⁹.

¹⁵ M. Szydło, *op. cit.*, s. 73.

¹⁶ *Ibidem*, s. 75.

¹⁷ *Ibidem*, s. 79.

¹⁸ *Ibidem*, s. 80.

¹⁹ W. Hakenberg, *Prawo europejskie*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 167.

1.1.1.2. Pozycja dominująca – pojęcie i rodzaje

Stopień siły rynkowej, stanowiący przedmiot niniejszej analizy, odpowiada progowi, który określamy mianem posiadania pozycji dominującej. Pozycja taka definiowana jest jako szczególnie mocna i kwalifikowana postać siły rynkowej²⁰. Nie znajduje ona swojego odpowiednika w ekonomii oraz nie da się jej także przypisać konkretnego poziomu siły rynkowej w ujęciu ekonomicznym. Dzieje się tak, ponieważ między pozycją dominującą na gruncie prawa konkurencji a ekonomiczną siłą rynkową nie zachodzi zależność pozwalająca na ich automatyczne utożsamianie. Dlatego też dane przedsiębiorstwo może posiadać znaczną siłę rynkową w ujęciu ekonomicznym, nie będąc natomiast uważane w świetle prawa antymonopolowego za dominanta na danym rynku. Pomimo braku takich wzajemnych oddziaływań nadal przy definiowaniu i ustalaniu pozycji dominującej posługiwać będziemy się narzędziami i kategoriami ekonomicznymi, wykorzystywanymi jednakże w swoisty sposób.

Zgodnie z orzeczeniem TSUE w sprawie *United Brands p. Komisji* pozycja dominująca „oznacza pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów”²¹. Na uzyskanie i utrzymywanie takiej pozycji składać się mogą m.in. udział w rynku właściwym, dostęp do surowców, kapitał, prawa własności intelektualnej, a także inne czynniki świadczące o przewadze przedsiębiorstwa i umożliwiające mu ustalanie cen lub kontrolę produkcji na danym rynku. Takie czynniki równocześnie stanowią bariery wejścia na rynek przez konkurentów. Bardzo często popełnianym błędem w ustalaniu pozycji dominującej jest poprzestanie zaledwie na stwierdzeniu wysokiego udziału w rynku. Niektóre ustawodawstwa (w tym polska ustawa o ochronie konkurencji) wprowadzają domniemania, które pozwalają na uznanie, że uzyskanie pewnego procentu przewagi (zazwyczaj jest to 50%, choć TSUE w sprawie *Virgin/British Airways* stwierdził, że nawet podmiot mający jedynie 39,7% udziału może ostać uznany z dominującego²²) na rynku automatycznie świadczy o posiadaniu na nim pozycji dominującej. Oczywiście takie domniemanie ma charakter wzruszalny i może zostać obalone przez posądzane o dominowanie na danym rynku przedsiębiorstwo. Jednakże zgodnie ze zdaniem przeważającej części doktryny nie należy poprzestawać tylko na ustaleniu wysokiego udziału w rynku. Taki zabieg powinien stanowić pierwszy etap w procesie ustalania pozycji dominującej.

Szczególnego rodzaju czynnikiem wpływającym na posiadanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej są prawa własności intelektualnej. W sprawie *Hugin p. Komisji* TSUE orzekł, że przedsiębiorstwo Hugin znajdowało się w pozycji dominującej na rynku części zamiennych dla kas fiskalnych ze względu na to, że ówczesne prawo w Anglii chroniło jego prawo własności intelektualnej w taki sposób, że unie-

²⁰ C. Banasiński, *op. cit.*, s. 233.

²¹ Wyrok TSUE z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company i United Brands Continental p. Komisji*, ECLI:EU:C:1978:22.

²² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie 34780 *Virgin/British Airways*, *Official Journal* L 030, 2000, P. 0001-0024.

możliwiało innym konkurującym przedsiębiorstwom na produkowanie części zamiennych w obawie przed potencjalnym pozwaniem ich przez Hugin²³. Również w wyroku w sprawie *Hoffmann-La Roche* TSUE doszedł do wniosku, że fakt posiadania prawa własności intelektualnej, a w szczególności sposób, w jaki to prawo jest wykonywane, może wpłynąć na ocenę działań podejmowanych przez przedsiębiorstwo dominujące²⁴. Jednakże stwierdził, że sam fakt posiadania prawa własności intelektualnej nie przesądza automatycznie o znajdowaniu się w pozycji dominującej.

Przykładem transpozycji unijnych regulacji może być polska ustawa o ochronie konkurencji, w której pozycję dominującą określa się jako pozycję przedsiębiorcy umożliwiającą mu „zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnego od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów”²⁵. Polska ustawa wprowadza również przesłankę ilościową w postaci domniemania, które stanowi, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%²⁶. Należy jednak pamiętać, że ta przesłanka ilościowa ma zaledwie charakter uzupełniający względem przesłanek jakościowych mających rozstrzygające znaczenie w procesie ustalania pozycji dominującej. I tak bardzo często dochodzi do sytuacji, w których przedsiębiorstwa posiadające 40% udziału w rynku wcale nie są uznawane za dominujące, gdyż działają na rynkach rozwijających się i można spodziewać się, że ich pozycja będzie stale słabła.

Analizując orzecznictwo unijne, możemy dojść do wniosku, że istnieją dwie przesłanki jakościowe warunkujące istnienie pozycji dominującej, a mianowicie: możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym oraz możliwość działania w znacznym stopniu niezależnego od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Taki stan faktyczny wynika według Wytocznych Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. z braku istnienia efektywnej presji konkurencyjnej. Według Komisji Europejskiej „przedsiębiorstwo, które przez wystarczająco długi czas zachowuje zdolność do podwyższania w sposób opłacalny cen powyżej poziomu konkurencyjnego nie stoi w obliczu wystarczająco skutecznej presji konkurencyjnego, a wobec tego może być na ogół uznane za dominujące”²⁷. Długość okresu potrzebnego do ustalenia tej pozycji uzależniona jest od rodzaju produktu oraz sytuacji na danym rynku, jednakże w większości przypadków uznaje się, że 2 lata stanowią wystarczająco długi czas. Zwrot „podwyższanie cen” powinien być rozumiany jako „zdolność do utrzymania cen na poziomie wyższym od konkurencyjnego”²⁸, ale stosowany jest jedynie jako skrót myślowy dla szerszej gamy działań mających negatywny wpływ na parametry konkurencji, takich jak: wielkość produkcji, jakość i różnorodność produktów, innowacyjność na rynku etc. Działania

²³ Wyrok TSUE z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 22/78 *Hugin Kassaregister AB i Hugin Cash Registers Ltd p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:138.

²⁴ Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffman-La Roche p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:36.

²⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów...

²⁶ C. Banasiński, *op. cit.*, s. 236.

²⁷ Wytoczne Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. (Dz. Urz. UE z 2009 r. C 45), 52010IP0050.

²⁸ *Ibidem*.

nie takie charakteryzuje się generowaniem korzyści po stronie przedsiębiorstwa dominującego, a szkód po stronie konsumentów.

Wydawać by się zatem mogło, że zdaniem Komisji już samo posiadanie pozycji dominującej ma negatywny wpływ na konkurencję i nie zachodzi potrzeba wykazywania występowania juredycznych przesłanek – tj. niezależności działania i zdolności zapobiegania skutecznej konkurencji. Takie podejście wiązałoby się z przejściem na zupełnie inny sposób ustalania pozycji dominującej, a mianowicie wystarczające okazałoby się ustalenie zaledwie istnienia siły rynkowej przedsiębiorstwa. Zdaniem M. Szydło takie rozumowanie byłoby nielogiczne i sprzeczne z intencjami Komisji Europejskiej, która w Wytycznych wcale nie stara się przekonywać, że samo tylko ustalenie siły rynkowej danego przedsiębiorstwa jest wystarczające dla uznania go za dominanta. Każde przedsiębiorstwo posiada bowiem większą lub mniejszą siłę rynkową, dlatego też dla ustalenia pozycji dominującej poszukiwać należy takiej siły rynkowej, która jest „odpowiednio mocna” oraz „istotna i trwała”²⁹. Mimo to Komisja nie wskazuje konkretnego poziomu siły rynkowej, który miałyby konstytuować pozycję dominującą. Zapoznanie się z Wytycznymi pozwala dojść do wniosku, że to brak efektywnej presji konkurencyjnej i występowanie niezależności (od innych uczestników rynku) działania powinny być kluczowe przy ustalaniu pozycji dominującej.

Presja konkurencyjna może wynikać z trzech źródeł: pozycji na rynku przedsiębiorstwa dominującego i jego konkurentów, potencjalnej ekspansji i wejścia na rynek oraz wyrównawczej siły nabywczej. Pierwsze z nich to nic innego jak kształtowanie się udziałów poszczególnych przedsiębiorstw na danym rynku. Jak już było wspomniane, zazwyczaj udział nie mniejszy niż 40% będzie wskazywał na istnienie pozycji dominującej, choć oczywiście istnieją liczne od tego wyjątki. Zdaniem M. Szydło „im większy udział przedsiębiorstwa w rynku i im dłuższy czas posiadania tego udziału, tym większe prawdopodobieństwo, że są to ważne wstępne przesłanki istnienia pozycji dominującej i pojawienia się w pewnych okolicznościach poważnych skutków nadużycia, uzasadniające podjęcie interwencji przez organy ochrony konkurencji”³⁰. Niemniej nadal konieczne jest przeanalizowanie pozostałych czynników mogących mieć wpływ na ustalenie pozycji dominującej. Drugie źródło – ekspansja i wejście na rynek – dotyczy sytuacji, w której nowi konkurenci wchodzi na rynek albo aktualni konkurenci dokonują ekspansji swoich działań. Przy ustalaniu pozycji dominującej należy odpowiednio ocenić prawdopodobieństwo zaistnienia takich stanów faktycznych. Będą one możliwe tylko wtedy, gdy ekspansja lub wejście na rynek są „wystarczająco opłacalne dla konkurenta lub przedsiębiorstwa wchodzącego na rynek, przy uwzględnieniu takich czynników jak: bariery [...], prawdopodobne reakcje przedsiębiorstwa dominującego i innych konkurentów, ryzyko i koszty niepowodzenia”³¹. Takie działania muszą być realizowane szybko i nie stanowić przedsięwzięć na niewielką skalę niebędących w stanie zapobiec podwyższaniu cen przez dominanta. Badanie takich potencjalnych zjawisk

²⁹ *Ibidem*, s. 10.

³⁰ M. Szydło, *op. cit.*, s. 88.

³¹ *Ibidem*, s. 89.

jest wyrazem rozumienia konkurencji jako procesu dynamicznego. Ostatnim źródłem presji konkurencyjnej może być wyrównawcza siła nabywczą, tj. posiadanie przez nabywców znaczącej siły przetargowej mogące być wynikiem rozmiarów przedsiębiorstw będących nabywcami, ich handlowego znaczenia czy też zdolności przejścia do konkurencyjnych dostawców. Jeśli rzeczywiście taka siła jest wystarczająco mocna, to może pomóc w przeciwstawieniu się podnoszeniu cen przez dominanta.

Kiedy brak jest skutecznie oddziałującej na przedsiębiorstwo presji konkurencyjnej, to jest ono w stanie działać niezależnie od pozostałych uczestników danego rynku i dzięki temu w znaczący sposób zapobiegać funkcjonowaniu skutecznej konkurencji na rynku. Łączny brak presji konkurencyjnej oraz występowanie przesłanek jakościowych (możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym i możliwość działania w znacznym zakresie niezależnego od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów) przesądza o posiadaniu pozycji dominującej na danym rynku właściwym.

Art. 102 TFUE zakazuje nadużywania pozycji dominującej przez „jedno lub więcej przedsiębiorstw”, dlatego też warto zastanowić się nad tym, na czym polega różnica między tymi dwoma rodzajami pozycji dominującej. Posiadanie pozycji dominującej przez jednego przedsiębiorcę określamy mianem indywidualnej pozycji dominującej. Natomiast posiadanie pozycji dominującej przez kilku przedsiębiorców nazywamy kolektywną pozycją dominującą. Występuje ona głównie na rynkach oligopolistycznych – takich, na których działalność gospodarczą prowadzi niewielka liczba przedsiębiorców posiadających zazwyczaj wysokie udziały rynkowe. Aby mówić o kolektywnej pozycji dominującej, między takimi przedsiębiorstwami muszą zachodzić pewne współzależności, choć niekoniecznie oznacza to występowanie oficjalnej współpracy. Przedsiębiorstwa oligopolistyczne mają do wyboru albo prowadzić niezależną politykę rynkową, albo rozpocząć koordynowanie swoich zachowań z zachowaniami pozostałych uczestniczących w rynku przedsiębiorstw. Taka koordynacja może przebiegać w sposób formalny (poprzez zawieranie odpowiednich umów) albo nieformalny (poprzez działania faktyczne). Przedsiębiorstwa mogą nie tylko uzgadniać ze sobą swoje działania, ale mogą również zastosować tzw. działania paralelne polegające na upodobnianiu swoich działań do działań innych przedsiębiorstw bez uprzedniego nawiązywania z nimi kontaktu. Funkcjonowanie takiego zjawiska ułatwia kilka czynników takich jak: niewielka liczba przedsiębiorstw działających na danym rynku, homogeniczność oferowanego na rynku produktu, istotne bariery wejścia na rynek ograniczające potencjalnych konkurentów, przewidywalny i stały popyt, możliwość wzajemnej wymiany informacji oraz zbliżone koszty produkcji³². W związku z tym istnieje małe prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwa oligopolistyczne zdecydują się na rywalizowanie między sobą. Znacznie bardziej opłacalne będzie dla nich porozumiewanie się co do swoich działań, co z kolei w sposób negatywny wpłynie na konkurencję na danym rynku. Należy jednak pamiętać, że nie na każdym rynku oligopolistycznym będziemy mieli do czynienia z kolektywną pozycją dominującą. Aby ją ustalić, konieczne występować muszą wza-

³² *Ibidem*, s. 97.

jemne powiązania między przedsiębiorstwami mogące mieć charakter strukturalny, umowny, nieformalny lub przybierać formę świadomego paralelizmu.

Pierwotnie sądy unijne uznawały, że kolektywną pozycję dominującą mogą mieć tylko przedsiębiorstwa należące do tej samej grupy kapitałowej, a zatem tworzące jednolitą jednostkę ekonomiczną. Dopiero w wyroku w sprawie *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA*, SPI stwierdził, że taka pozycja może zachodzić w wyniku ustalenia, że między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami występują określone „gospodarcze powiązania” (*economic links*) – umowy lub wzajemne udziały kapitałowe oraz „gdy równocześnie te powiązane gospodarczo ze sobą przedsiębiorstwa posiadają naprzeciwko innych uczestników rynku taką pozycję rynkową, która odpowiada dominacji”³³. Również przewidywanie działań pozostałych przedsiębiorców i dostosowywanie się do nich w celu antykonkurencyjnym w sytuacji braku powiązań strukturalnych może zostać uznane za działanie warunkujące istnienie kolektywnej pozycji dominującej³⁴.

Kwestię kolektywnej pozycji dominującej na rynku oligopolistycznym najlepiej wyjaśnia orzeczenie SPI w sprawie *Airtours*, w którym sąd unijny stwierdził, że „wspólna pozycja dominująca może zaistnieć w sytuacji oligopolu, w przypadku którego każdy z jego członków jest świadomy wspólnych interesów oraz uważa za możliwe, ekonomicznie racjonalne i dlatego preferowane przyjmowanie na trwałej podstawie wspólnej polityki na rynku w celach antykonkurencyjnych [...], nawet jeżeli pomiędzy członkami takiego oligopolu nie dochodzi do zawierania żadnych umów ani też nie są pomiędzy nimi dokonywane uzgodnione praktyki”³⁵. Ponadto SPI określił trzy dodatkowe warunki, które muszą być spełnione w celu ustalenia kolektywnej pozycji dominującej. Na rynku musi panować wystarczająca przejrzystość, tak aby każdy z członków oligopolu był w stanie poznać i monitorować zachowania innych członków. Po drugie, cicha koordynacja musi mieć trwały charakter i być utrzymywana przez wszystkich członków, inaczej nie będzie przynosiła żadnemu z nich korzyści. Ostatecznie musi zachodzić pewność co do tego, że w przyszłości reakcje obecnych lub potencjalnych konkurentów czy też konsumentów nie będą w stanie zneutralizować tychże korzyści będących wynikiem współpracy między przedsiębiorcami.

Natomiast Komisja Europejska w Artykule z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE (obecnie art. 102 TFUE) w odniesieniu do praktyk abuzywnych o charakterze wykluczającym utrzymywała, że w celu ustalenia pozycji dominującej o charakterze kolektywnym przedsiębiorstwa wspólnie posiadające taką pozycję muszą się z „ekonomicznego punktu widzenia prezentować lub działać razem na określonym rynku jako

³³ Wyrok SPI w sprawie T-68/89, T-77/89 i T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 1992 r., s. II-1403, pkt 358.

³⁴ Wyrok SPI w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 1999 r., s. II-753, pkt 273–277, orzeczenie ETS w sprawie C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) i Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 2000 r., s. I-1365, pkt 35–45.

³⁵ Wyrok SPI w sprawie T-342/9 *Airtours plc przeciwko Komisji*, Zbiór Orzeczeń z 2002 r., s. II-2585, pkt 61–62.

wspólna jednostka”³⁶. Nie oznacza to jednak, że w każdej sytuacji muszą postępować identycznie. Wystarczy, że będą prowadziły taką samą politykę rynkową. Komisja przypominała, jakie formy mogą przybierać wzajemne powiązania między przedsiębiorcami posiadającymi kolektywną pozycję dominującą, a także przywołała wypracowane przez SPI w orzeczeniu *Airtours* trzy konstytutywne warunki istnienia kolektywnej pozycji dominującej.

Podsumowując wszelkie próby ujęcia w ramy i zdefiniowania kolektywnej pozycji dominującej, dla jej zaistnienia konieczne jest występowanie wzajemnych powiązań między przedsiębiorstwami o charakterze trwałym, umożliwiającym im niezależne od pozostałych uczestników rynku działanie oraz zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym.

1.1.2. Nadużywanie pozycji dominującej

Samo posiadanie pozycji dominującej zarówno indywidualnej, jak i kolektywnej nie przesądza jeszcze o tym, że każde podejmowane przez dominanta działanie będzie można uznać za bezprawne. Nie zmienia to faktu, że przedsiębiorstwa dominujące powinny zachować ostrożność przy podejmowaniu decyzji, gdyż spoczywa na nich szczególnego rodzaju odpowiedzialność wynikająca z posiadanej przez nich większej niż zwyczajowa zdolności wpływania (negatywnego i pozytywnego) na konkurencyjną strukturę rynku właściwego³⁷. Dlatego też zobowiązani są oni do niepodejmowania lub zaniechania wszelkich działań, które mogą wywoływać antykonkurencyjne skutki na danym rynku. To właśnie takie działania, określane jako nadużywanie pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, są zakazane przez unijne prawo konkurencji.

1.1.2.1. Podstawa prawna zakazu nadużywania pozycji dominującej

Przywoływany już wielokrotnie art. 102 TFUE dostarcza podstawy prawnej dla zakazu nadużywania pozycji dominującej. Stanowi on, co następuje: „Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nadużywanie takie może polegać w szczególności na: a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłuszných cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłuszných warunków transakcji; b) ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów; c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; d) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają

³⁶ Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE w odniesieniu do praktyk abuzywnych o charakterze wykluczającym, [dostęp: 20.11.2015], dostępny w Internecie: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

³⁷ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie anty-monopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 142.

związku z przedmiotem tych kontraktów”³⁸. Z treści tego przepisu można wnioskować, że aby dane działanie uznać za zakazane, należy udowodnić spełnienie trzech następujących przesłanek: istnienia pozycji dominującej na rynku właściwym, nadużycia tej pozycji dominującej oraz wywołania tym nadużyciem negatywnego wpływu na handel między państwami członkowskimi. Pierwsza z przesłanek świadczy o tym, że zakaz ten odnosi się tylko do szczególnej grupy przedsiębiorców, a mianowicie tych znajdujących się w pozycji dominującej. Druga z przesłanek wskazuje na to, że zakaz ten nie zabrania zdobywania i posiadania pozycji dominującej (pod warunkiem, że została ona zdobyta w drodze tzw. wzrostu wewnętrznego, a nie poprzez nielegalną koncentrację przedsiębiorców), gdyż często taki stan rzeczy może również pozytywnie oddziaływać na sytuację na rynku. Zabronione jest natomiast nadużywanie pozycji dominującej, tj. „takie wykorzystywanie tej pozycji, które odbywa się ze szkodą dla chronionych prawem antymonopolowym wartości”³⁹. Takie działanie może przybierać formę praktyki wykluczającej lub praktyki eksploatacyjnej. Istotne jest tutaj też kryterium geograficzne, a mianowicie fakt, że takie nadużycie musi wywoływać negatywny skutek na rynku wewnętrznym lub na jego istotnej części, aby mogło je regulować unijne prawo antymonopolowe. Zakaz zawarty w art. 102 TFUE zawiera w sobie także obowiązek niezwłocznego zaniechania dokonywanych nadużyć. Obowiązuje on z mocy samego prawa (*ex lege*). Znaczy to, że nie jest konieczne wydanie żadnego aktu przez organ ochrony konkurencji, które aktualizowałoby obowiązek jego przestrzegania. Postępowanie przeciwko nadużywającemu pozycji dominującej wszczyna Komisja Europejska. Do jego wszczęcia zobowiązane są również organy antymonopolowe państw członkowskich (o ile Komisja nie wszczęła postępowania wcześniej) niezależnie od zastosowania już przez nie krajowego prawa ochrony konkurencji. Wzajemne relacje proceduralne w tej kwestii regulowane są przez rozporządzenie nr 1/2003⁴⁰.

W związku z tym, że zakaz nadużywania pozycji dominującej jest przejawem ograniczania wolności działalności gospodarczej gwarantowanej przez prawo unijne (w formie swobód rynku wewnętrznego oraz związania się UE postanowieniami Karty Praw Podstawowych), ingerencja w tę wolność musi być uzasadniona ważnym interesem publicznym oraz mieć proporcjonalny charakter. Zarówno większość doktryny, jak i sądy unijne uważają, że zwiększenie efektywności ekonomicznej i maksymalizacja dobrobytu konsumentów stanowi właśnie taki istotny interes publiczny.

1.1.2.2. Cele zakazu nadużywania pozycji dominującej

Wyodrębnić możemy dwie grupy celów zakazu wynikającego z art. 102 TFUE, a mianowicie cele bezpośrednie i pośrednie⁴¹. Za bezpośredni cel zakazu uznaje się wyeliminowanie praktyk rynkowych podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące

³⁸ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...

³⁹ M. Szydło, *op. cit.*, s. 106.

⁴⁰ 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 (OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25), 32003R0001.

⁴¹ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2012, s. 79.

ograniczających konkurencję, a mianowicie praktyk wykluczających i praktyk eksploatacyjnych⁴². Natomiast pod pojęciem pośrednich celów zakazu kryje się ochrona pewnych istotnych z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji wartości. Jest nimi przede wszystkim skuteczna konkurencja na rynku, stanowiąca środek mający pozwolić na osiągnięcie efektywności ekonomicznej (alokacyjnej, ekonomicznej i produkcyjnej) na rynku. Dzięki zwiększeniu efektywności ekonomicznej, która uznawana jest za drugi pośredni cel zakazu, możliwe jest jednocześnie spełnienie trzeciego celu zakazu – maksymalizowanie dobrobytu konsumentów. Osiągnięcie tych celów sprzyja również podrzędnym celom, takim jak ochrona interesów przedsiębiorstw konkurujących z przedsiębiorstwem dominującym.

Wielu upierałoby się, że to przecież konkurencja jest naczelnym dobrem chronionym przez unijne regulacje. Jednakże należy stwierdzić, że osiągnięcie stanu konkurencji nie jest celem samym w sobie, a jedynie instrumentem, który sprzyjać ma osiągnięciu innych, licznych pozytywnych skutków powiązanych z efektywnością ekonomiczną i dobrobytem konsumentów⁴³. Tak bowiem kształtowane są obecne priorytety unijnej polityki antymonopolowej (choć art. 102 TFUE jest skonstruowany w taki sposób, aby być w stanie elastycznie dopasowywać się do każdej zmiany tej polityki). Pomimo tak ustalonych priorytetów sądy unijne wydają się czasami orzekać przeciwnie, nadal hołdując przekonaniom szkoły ordoliberalnej twierdzącej, że art. 102 TFUE powinien chronić przede wszystkim konkurentów dominanta oraz ich indywidualną wolność gospodarczą⁴⁴. Taki pogląd M. Szydło uznaje za przestarzały i nienadający się do stosowania w obecnych realiach rynkowych⁴⁵.

1.1.2.3. Istota i ustalanie nadużywania pozycji dominującej

Ustalenie, co tak naprawdę kryje się pod pojęciem nadużywania pozycji dominującej, jest o tyle trudne, że art. 102 TFUE wcale nie definiuje tego pojęcia⁴⁶. Znajdziemy w nim jedynie otwarty katalog przykładowych praktyk dominantów stanowiących działania zabronione przez prawo unijne. Wcale nie oznacza to, że w doktrynie i orzecznictwie nie podejmowano licznych prób zdefiniowania i usystematyzowania tego zjawiska.

Wyrok TSUE w sprawie *Hoffmann-La Roche* nadużycie pozycji dominującej definiuje jako zachowanie dominanta polegające na wywieraniu wpływu na strukturę rynku, na którym ze względu na samą „[...]” tylko obecność przedsiębiorstwa dominującego, stopień konkurencji jest już osłabiony i które to zachowanie, poprzez odwołanie do metod innych niż te które są stosowane w warunkach normalnej konkurencji [...], wywołuje taki efekt, że przeszkadza w utrzymaniu stopnia konkurencji wciąż istniejącego na tym rynku bądź też przeszkadza w rozwinięciu się tam konkurencji”⁴⁷. Natomiast w przekonaniu Komisji Europejskiej nadużyciem pozycji dominującej nazywamy praktyki wy-

⁴² A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 153.

⁴³ Artykuł Komisji Europejskiej z 2005 r.,..., s. 4 i 54.

⁴⁴ K. Kohutek, *op. cit.*, s. 60.

⁴⁵ M. Szydło, *op. cit.*, s. 119.

⁴⁶ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 139–140.

⁴⁷ M. Szydło, *op. cit.*, s. 123.

kluczające, których efektem jest zamknięcie konkurentom dostępu do rynku, ograniczające jednocześnie potencjalny dostęp do oferowanego przez nich konkurencyjnego towaru lub usługi⁴⁸. Takie działanie ma na celu wyeliminowanie z rynku lub osłabienie pozycji aktualnych konkurentów lub niedopuszczenie do wejścia na rynek potencjalnych nowych konkurentów. Zachowanie to szkodzi mechanizmowi konkurencji. Jednocześnie Komisja uważa, że zakaz wynikający z art. 102 TFUE nie zabrania praktyk wykluczających, których jedynym skutkiem byłoby zaszkodzenie konkurentom. Istotne jest to, czy takie działanie powoduje antykonkurencyjny skutek na rynku właściwym – skutek, który polegać może na zmniejszeniu efektywności alokacyjnej lub zaszkodzeniu dobrobytowi konsumentów, przy równoczesnym braku równoważących ten negatywny wpływ korzyści. A zatem kluczowe jest tutaj łączne wystąpienie co najmniej prawdopodobieństwa efektu wykluczenia oraz jego antykonkurencyjny charakter. Drugą z praktyk, do których wyeliminowania zmierza zakaz z art. 102 TFUE, są praktyki eksploatacyjne polegające na ekonomicznym wykorzystaniu konsumentów oraz kontrahentów posiadających słabszą niż dominant pozycję na rynku.

Jak już zostało to wspomniane, TSUE w wyroku z 1983 r. w sprawie *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin p. Komisji* orzekł, że nadużycie pozycji dominującej nie stanowi samo jej posiadanie. Jednakże fakt ten powoduje, że na przedsiębiorstwie dominującym spoczywa szczególnego rodzaju odpowiedzialność – obowiązek powstrzymywania się od podejmowania działań, które mogą zagrażać skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku właściwym⁴⁹. Wszelkie działania dominanta powinny być proporcjonalne do zamierzonych celów⁵⁰. Może zdarzyć się również tak, że zachowania, które w warunkach normalnej konkurencji uważane są za dopuszczalne, w chwili podjęcia ich przez przedsiębiorcę znajdującego się w pozycji dominującej uznane będą za nadużycie takiej pozycji⁵¹. Należy pamiętać, że nadużycie może wynikać nie tylko z działania przedsiębiorcy, ale również z pewnego rodzaju zaniechań. Co więcej, nadużycie jest kategorią obiektywną, brak winy wcale nie legalizuje działań o charakterze antykonkurencyjnym⁵².

Jednym z przejawów nadużywania pozycji dominującej o charakterze wykluczającym jest m.in. przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji – to znaczy zapobieganie bądź utrudnianie ukształtowaniu się takich warunków, które uznawane są za niezbędne dla powstania lub rozwoju konkurencji. Taką okolicznością, istotną z punktu widzenia poruszanej tematyki, jest zmniejszenie tempa rozwoju technologicznego⁵³. Przedsiębiorstwa dominujące na warunki te wpływać mogą w dwojaki sposób – poprzez działanie lub poprzez zaniechanie. Działanie może polegać np. na przyznaniu danemu przedsiębiorcy

⁴⁸ Wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. ...

⁴⁹ Wyrok TSUE z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin p. Komisji*, ECLI:EU:C:1983:313.

⁵⁰ Wyrok SPI z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-191/98 *Atlantic Container Line and Others p. Komisji*, ECLI:EU:T:2003:245.

⁵¹ Decyzja Komisji z dnia 15 czerwca 2005 r. w sprawie COMP/A. 37.507/F3 *AstraZeneca*.

⁵² A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie...*, s. 259.

⁵³ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 177.

wyłącznego prawa prowadzenia działalności gospodarczej na danym rynku albo na utrudnianiu życia innym przedsiębiorcom zmierzającym do ich całkowitego wyeliminowania z rynku. Takie zapobieganie rozwojowi konkurencyjnych warunków rynku nie musi odnosić się tylko i wyłącznie do rynku właściwego. Skutek ten przedsiębiorstwo dominujące może również wywoływać na rynku związanym – jest to zjawisko tzw. efektu dźwigni (*leveraging*) polegające na przenoszeniu pozycji dominującej z jednego rynku na drugi. Sytuacja ta bardzo często ma miejsce w sektorach gospodarki, w których występuje infrastruktura stanowiąca urządzenie kluczowe do prowadzenia danej działalności, której skopiowanie jest często nieopłacalne albo wręcz niemożliwe. Warto zauważyć, że przedsiębiorstwo dominujące niekoniecznie musi przenosić swoją pozycję na inny rynek (poprzez rozpoczęcie wykonywania na nim działalności gospodarczej), aby móc ograniczać rozwój konkurencji na takim rynku. Czasami wystarcza fakt, iż posiada ono na tyle silną pozycję na swoim rynku, że pozwala mu ona na wyznaczanie pewnych standardów wywierających pośredni skutek na drugim rynku.

Stosownie do orzeczenia SPI w sprawie *Compagnie maritime belge*, w niektórych szczególnych przypadkach również korzystanie z przepisów prawa (np. prawa własności intelektualnej) poprzez inicjowanie postępowań, może być odebrane jako tożsame z nadużywaniem posiadanej pozycji dominującej⁵⁴, w szczególności gdy podejmowane jest z intencją wywołania skutku antykonkurencyjnego. Jednakże niektórzy przedstawiciele doktryny nie zgadzają się, że wykorzystywanie praw własności intelektualnej musi świadczyć o nadużywaniu pozycji dominującej. M. Górską uważa, że aby takie działanie można było uznać za nadużycie, muszą występować dodatkowe, abuzywne okoliczności⁵⁵. A zatem o tym, czy odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualne stanowi nadużycie pozycji dominującej, rozstrzygać będą inne elementy towarzyszące odmowie kontraktowania.

2. Odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej jako nadużycie pozycji dominującej – pojęcie, przesłanki

2.1. Przypadek nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę kontraktowania jako wyjątek od zasady swobody umów

Wolność gospodarcza, a co za tym idzie wypływająca z niej swoboda kontraktowania, to jedno z naczelných wartości rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Przedsiębiorca będący w posiadaniu prawa własności intelektualnej co do zasady może w sposób dowolny swoim prawem dysponować, a także posługiwać się wszelkimi środkami w celu jego ochrony. Jednakże w niektórych sytuacjach, obwarowanych licznymi warunkami, swoboda ta doznawać może pewnych ograniczeń. Dzieje się tak, gdy odmowie

⁵⁴ Wyrok SPI z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 ITT *Promedia NV p. Komisji*, ECLI:EU:T:1998:183.

⁵⁵ M. Górską, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej*, [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność intelektualna. Zarys Prawa Własności Intelektualnej*, t. II, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 5.

kontraktowania towarzyszy nadużycie pozycji dominującej, w jakiej znajduje się przedsiębiorca⁵⁶.

Nadużycie pozycji dominującej przez odmowę kontraktowania może przyjąć dwójaki charakter – odmowy świadczenia (*refusal to supply*) lub odmowy udzielenia licencji (*refusal to license*)⁵⁷. Przedmiotem pierwszej z nich są rzeczy (*tangible property*), natomiast druga związana jest co do zasady z odmową dostępu do prawa własności intelektualnej. W literaturze prawa UE takie działania traktowane są jako pozacenowe praktyki wykluczające na rynku sąsiednim, inaczej zwane również wertykalnym wykluczeniem z rynku (*vertical foreclosure*), w przeciwieństwie do horyzontalnego wykluczenia z rynku opartego na praktyce cenowej mającej na celu wykluczenie z rynku właściwego dla podmiotu dominującego⁵⁸.

W doktrynie podejmowano również próby innego klasyfikowania przypadków odmowy kontraktowania, np. na te polegające na nielegalnym przenoszeniu siły rynkowej z jednego rynku na drugi, bardzo często na skutek wstrzymania dotychczasowych dostaw (*termination of supply cases*) oraz przypadki odmowy dostępu do urządzenia kluczowego (*access to essential facility cases*)⁵⁹. Różnica pomiędzy nimi polega na tym, że w przypadku zaprzestania dotychczasowych dostaw mamy do czynienia z niedozwolonym działaniem, które jest problemem behawioralnym, natomiast w przypadku spraw dotyczących urządzeń kluczowych problem ma bardziej strukturalny charakter – już samo posiadanie przez dominanta urządzenia kluczowego determinuje obowiązek kontraktowania z nowymi kontrahentami na niedyskryminujących warunkach. Dla wielu podział ten nie ma znaczenia praktycznego, gdyż oba te przypadki odnoszą się do pewnego dobra (elementu infrastruktury, surowca, prawa własności intelektualnej) znajdującego się we władaniu dominanta, które stanowi warunek konieczny gospodarczego funkcjonowania na rynku przez inne przedsiębiorstwa. Co więcej, bardzo często podkreśla się, że rozróżnienie na odmowę kontraktowania po raz pierwszy i na zerwanie dotychczasowych relacji kontraktowych z danym klientem nie ma i nie powinno mieć jakiegokolwiek znaczenia, gdyż obie te sytuacje traktowane są w jednakowy sposób. Gdyby przyjąć odmiennie i przypadki zerwania dotychczasowych relacji traktować z większym rygorem, jakoby automatycznie wiązały się z antykonkurencyjnymi pobudkami, mogłoby spowodować to niepożądane przez obie strony skutki. W takiej sytuacji przedsiębiorca stawałby się bardziej ostrożny, a czasami nawet skrajnie nieufny przy nawiązywaniu pierwszych relacji kontraktowych z nowymi kontrahentami. Obawiałby się bowiem potencjalnej niemożności późniejszego swobodnego kontraktowania. Takie zachowanie zdecydowanie nie miałoby pozytywnego wpływu na konkurencję na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 5.

⁵⁷ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 180.

⁵⁸ 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 – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008, s. 48.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 50.

2.2. Przesłanki pośrednio odnoszące się do prawa własności intelektualnej

Wydaje się, że nie sposób w pełni zobrazować odmowy licencjonowania bez omówienia reguł wypracowanych przez orzecznictwo w sprawach dotyczących odmowy świadczenia. Choć zasady te nie odnoszą się bezpośrednio do prawa własności intelektualnej, niejednokrotnie przywoływane były przez sądy rozpatrujące późniejsze sprawy dotyczące odmowy licencjonowania. Często nawet prowokowały dyskusję co do słuszności oraz możliwości zastosowania ich w odniesieniu do prawa własności intelektualnej i ewentualnej konieczności wypracowania odrębnych reguł.

Odmowa świadczenia naruszająca art. 102 TFUE, który stanowi, że „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi”⁶⁰, ma miejsce w sytuacji, gdy przedsiębiorca dominujący posiada przedmiot stanowiący warunek niezbędny dla wejścia przez konkurenta na rynek zajęty przez dominanta lub konkurowania na innym ściśle z nim powiązanym rynku⁶¹. Odmowę świadczenia można dalej podzielić na odmowę dalszej dostawy oraz domniemaną odmowę na skutek podniesienia cen do takiej wysokości, że dla kontrahenta nieopłacalnym staje się utrzymywanie relacji z dominantem. A zatem więź łącząca dominanta z kontrahentem zerwana może być w różnoraki sposób, przy czym, aby stanowiła nadużycie, musi mieć istotny wpływ na funkcjonowanie kontrahenta na rynku.

2.2.1. Reguła Commercial Solvents

Kwestia nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę świadczenia, a ściślej poprzez odmowę dotychczasowej dostawy, po raz pierwszy została poruszona przez TSUE w 1974 r. w wyroku w sprawie *Commercial Solvents p. Komisji*⁶². Przedsiębiorstwo Commercial Solvents Corporation (CSC) było jedynym na rynku dostawcą surowca niezbędnego do produkcji leku przeciwgruźliczego. Od wielu lat dostarczało ten produkt swojemu kontrahentowi, firmie Zoja zajmującej się produkcją leku na rynku związanym. Po pewnym czasie CSC zdecydował się na zerwanie dotychczasowych dostaw w związku z planowanym rozpoczęciem własnej produkcji leku przeciwgruźliczego, pozbawiając tym samym firmę Zoja jedyne źródło surowca i uniemożliwiając jej dalsze funkcjonowanie na rynku. TSUE uznał, że działanie CSC stanowiło nadużycie pozycji dominującej, gdyż doprowadziło do wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku sąsiednim leków przeciwgruźliczych. Na wykazanie abuzywnego charakteru działania istotny wpływ miał fakt, że CSC zaprzestał dostawy dopiero w momencie, gdy firma Zoja stała się jego bezpośrednim konkurentem. TSUE stwierdził, że przedsiębiorca znajdujący się w pozycji dominującej na rynku produkcji surowca, a co za tym idzie

⁶⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...

⁶¹ M. Górską, *op. cit.*, s. 6.

⁶² Wyrok TSUE z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation p. Komisji*, ECLI:EU:C:1974:18.

mający całkowitą kontrolę nad jego dostawą do producentów produktów pochodnych (*derivatives*), nie może odmówić dostarczenia surowca swoim dotychczasowym klientom tylko ze względu na fakt, że sam zamierza rozpocząć produkcję produktu pochodnego. Takie działanie jest sprzeczne z art. 102 TFUE i stanowi nadużycie pozycji dominującej, gdyż stwarza ryzyko eliminacji wszelkiej konkurencji na rynku sąsiadującym, jakim jest rynek produkcji leku przeciwgruźliczego. Jak można zauważyć, TSUE w orzeczeniu wyodrębnia dwa rynki – właściwy, którym jest rynek surowca, oraz sąsiedni, będący rynkiem produkcji leku. Rynek sąsiadujący nazywany jest również w doktrynie rynkiem związanym, komplementarnym, wtórnym lub pochodnym. CSC, będący monopolistą na rynku właściwym, poprzez odmowę dostawy surowca chciał jednocześnie zagarnąć rynek sąsiadujący. Wykształcona w tej sprawie zasada, zwana dalej regułą Commercial Solvents, stanowi, iż naruszeniem przez przedsiębiorcę dominującego art. 102 TFUE jest „odmowa wobec kontrahenta funkcjonującego na rynku ściśle związanym z rynkiem właściwym dla dominanta, której skutkiem byłoby wyeliminowanie całej konkurencji na tym rynku związanym”⁶³. Zatem okolicznością abuzywną towarzyszącą odmowie dostawy, która może wskazywać na nadużycie pozycji dominującej, jest ryzyko wyeliminowania konkurencji ze strony kontrahenta. Przesłanka ta przeistoczyła się w swoisty test przywoływany wielokrotnie w późniejszych rozstrzygnięciach i wraz z przesłanką braku obiektywnego uzasadnienia dla zachowania przedsiębiorcy dominującego stała się jednym z dwóch argumentów, które doczekały się rozwinięcia przez doktrynę urzędów kluczowych.

2.2.2. Doktryna urządzeń kluczowych (*essential facilities doctrine*)

Doktryna urządzeń kluczowych stanowiła odpowiedź na powracającą wciąż potrzebę stworzenia instrumentu reagowania na praktyki wykluczające w postaci odmowy kontraktowania. Do dnia dzisiejszego jej konstrukcja nadal nie została precyzyjnie i ostatecznie zdeterminowana przez orzecznictwo, dlatego też obecnie znajduje szerokie zastosowanie. W literaturze przedmiotu często pojawia się postulat przestrzegający przed nadmiernym używaniem tego narzędzia, gdyż stanowi on istotną ingerencję w przysługującą przedsiębiorcy swobodę kontraktowania i w dłuższej perspektywie może wywołać więcej negatywnych aniżeli pozytywnych konsekwencji⁶⁴.

Doktryna *essential facilities* nie różni się zanadto od reguły Commercial Solvents. Stanowi jej rozwinięcie i charakteryzuje się niemalże identycznymi przesłankami, jednakże inny jest zakres jej zastosowania. Podczas gdy reguła Commercial Solvents odnosiła się do przedmiotu, jakim był pożądaný surowiec, doktryna urządzeń kluczowych dotyczy głównie dostępu do infrastruktury⁶⁵. Natomiast kontrowersje pojawiają się podczas prób zastosowania jej do stanów faktycznych związanych z prawem własności intelektualnej.

⁶³ M. Górská, *op. cit.*, s. 7.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 8.

⁶⁵ A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz...*, s. 181.

Korzeni doktryny urządzeń kluczowych można doszukać się w orzecznictwie amerykańskim. W sprawie *United States p. Terminal Railroad Association* z 1912 r.⁶⁶ przedmiotem sporu był dostęp do mostu łączącego dwie części miasta. Poprzez fuzję dwóch spółek zapewniających infrastrukturę kolejową w mieście planowano zunifikować system infrastruktury w mieście. Ten pozornie szczytny cel spotkał się z zarzutem wyeliminowania wszelkich alternatywnych sposobów przedostania się do drugiej części miasta i wzbudził wątpliwości co do jego zgodności z amerykańską ustawą antymonopolową Sherman Act. Stanowiła ona, że o ile sama fuzja podmiotów nie konstytuuje jeszcze nadużycia, o tyle towarzyszące jej okoliczności w postaci warunków zmierzających do wprowadzenia zakazu korzystania z innych, alternatywnych środków transportu, które miały zostać pozbawione dostępu do infrastruktury, świadczą o próbie zmonopolizowania rynku. Zaplanowane działanie spółek wzbudzało podejrzenie co do ryzyka wyeliminowania alternatywnego sposobu transportu towarów świadczonego przez podmioty niepowiązane ze spółkami. Szczególnie niepokojące w uznaniu sądu amerykańskiego były znajdujące się w umowie stworzonej przez łączące się spółki zapisy dotyczące reguł pobierania opłat za przejazd przez most mające dyskryminacyjny charakter wobec innych przedsiębiorstw niewchodzących w strukturę dominanta⁶⁷.

Stosownie do orzeczenia sądu amerykańskiego doktryna urządzeń kluczowych to reguła stanowiąca, że przedsiębiorca, który w wyłączny sposób dysponuje narzędziem mającym „kluczowe” znaczenie dla funkcjonowania mechanizmu konkurencji, powinien to narzędzie udostępnić innym przedsiębiorcom na rozsądnych warunkach⁶⁸. W orzeczeniu wyjaśniono również specyfikę zajmowania pozycji monopolisty, która bezpośrednio związana jest z definicją urządzenia kluczowego. Stwierdzono, iż jest to posiadanie wpływu na los podmiotów, których funkcjonowanie uzależnione jest od możliwości korzystania z urządzenia kluczowego. Jednakże to funkcjonowanie niekoniecznie musi odnosić się wyłącznie do tego samego rynku, na którym występuje dominant, ale może również odnosić się do rynku z nim powiązanego. W konsekwencji sąd nie stwierdził nielegalności samej fuzji spółek, wskazując wręcz na pozytywny dla ogółu zainteresowanych skutek unifikacji systemu infrastruktury. Jednakże jednocześnie wydał sprzyjający konkurencji nakaz zmiany regulacji warunków dostępu do mostu, a co za tym idzie – opowiedział się za mniej rygorystycznym instrumentem karania dominantów za próby monopolizacji rynku. Sąd zobowiązał łączące się spółki do dopuszczenia do korzystania z urządzenia przez wszystkich przedsiębiorców (nie tylko tych powiązanych z Terminal Railroad Association) na możliwie równych warunkach. Ponadto w orzeczeniu tym wypracowano cztery przesłanki nadużycia pozycji dominującej w drodze odmowy dostępu do urządzenia kluczowego: 1) posiadanie przez monopolistę kontroli nad urządzeniem kluczowym; 2) niemożność stworzenia przez konkurentów alternatywy dla tego urządzenia; 3) odmowa dostępu do urządzenia; 4) możliwość

⁶⁶ *United States p. Terminal Railroad Ass'n* 224 U.S. 383 (1912).

⁶⁷ I.B. Nestoruk, *Uwagi w sprawie tzw. doktryny „essential facilities” oraz relacji między prawem autorskim a prawem konkurencji*, [w:] K. Lewandowski (red.), *Prawo autorskie a prawo konkurencji*, Poznań 2009, s. 153.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 154.

udostępnienia urządzenia. Orzeczenie to nie od razu stało się częścią doktryny. Nastąpiło to dopiero na skutek częstego przywoływania go w późniejszych sprawach rozstrzyganych przez sądy amerykańskie. W kolejnych orzeczeniach dokonano również egzemplifikacji pojęcia urządzenia kluczowego. W sprawie *Hecht p. Pro Football League*⁶⁹ stwierdzono, że urządzeniem kluczowym jest stadion sportowy, w sprawie *Otter Tail Power Co p. United States*⁷⁰ do zbioru takich urządzeń zaliczono również urządzenia sieciowe służące do przesyłu elektryczności, a w późniejszych orzeczeniach infrastrukturę telekomunikacyjną oraz różnego rodzaju budynki. Jak można zaobserwować, w literaturze i orzecznictwie wyliczenia przykładowych urządzeń kluczowych odnoszą się przede wszystkim do obiektów materialnych. Pojawia się zatem pytanie, czy możliwe jest zastosowanie tej doktryny do prawa własności intelektualnej, a ściślej do nowych technologii, które coraz częściej stają się łatwym narzędziem monopolizacji rynku. Orzeczenia dotyczące dóbr niematerialnych (takich jak: listy klientów, bazy danych) pojawiły się w Stanach Zjednoczonych stosunkowo szybko. W roku 1945 r. w sprawie *Associated Press p. United States*, w związku ze stosowaniem dyskryminujących warunków dotyczących członkostwa w agencji prasowej, poruszono kwestię ograniczenia dostępu do tworzonych przez agencję serwisów informacyjnych⁷¹. Orzeczenie to wzbudziło wiele kontrowersji – zarzucano mu przede wszystkim brak precyzyjnego wskazania urządzenia kluczowego.

Nie ma zatem definitywnego rozstrzygnięcia w kwestii możliwości stosowania doktryny urządzeń kluczowych wobec praw własności intelektualnej. Można tylko wspomnieć, że przeciwnicy takiego postępowania zarzucają doktrynie, iż łamie ona całkowicie założenia systemu ochrony prawa własności intelektualnej, podważając zasadność istnienia mechanizmów ochrony twórczej działalności człowieka. Takie posunięcie może mieć fatalne skutki w przyszłości, powodować utratę zainteresowania w podejmowaniu twórczego wysiłku, a w rezultacie prowadzić do zahamowania rozwoju technologicznego. Zwolennicy natomiast utrzymują, że doktryna urządzeń kluczowych radzi sobie całkiem dobrze w godzeniu sprzeczności ujawniających się w relacjach prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej oraz pozwala na zachowanie równowagi między wartościami chronionymi przez obie te dziedziny prawa. I. Nestoruk uważa, że wszelką krytykę kierowaną pod adresem doktryny urządzeń kluczowych należałoby raczej skoncentrować na niedoskonałościach i lukach charakteryzujących obie te dziedziny prawa. Autor proponuje kilka godnych uwagi rozwiązań, lecz równocześnie dostrzega, iż ze względu na zbyt szybkie tempo zmian powodowane dynamicznym rozwojem technologicznym niemal niemożliwe jest wypracowanie definitywnego remedium dla tego problemu⁷².

Na grunt prawa Unii Europejskiej doktryna *essential facilities* została przeniesiona dopiero dzięki decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *Sealink/B&I – Holyhead* z 1992 r. Brytyjskie przedsiębiorstwo Sealink oferujące usługi przepraw promowych znajdowało

⁶⁹ *Hecht p. Pro-Football, Inc.*, 312 F. Supp. 472 (D.D.C. 1970).

⁷⁰ *Otter Tail Power Co. p. United States* 410 U.S. 366 (1973).

⁷¹ *Associated Press p. United States* 326 U.S. 1 (1945).

⁷² I.B. Nestoruk, *op. cit.*, s. 166.

się w posiadaniu urządzenia kluczowego – portu Holyhead, z którego usług korzystało irlandzkie przedsiębiorstwo B&I oferujące przewozy między Wielką Brytanią a Irlandią. Sealink, wykorzystując swoją pozycję dominującą, próbowało zmienić rozkład przepraw promowych na bardziej dla siebie korzystny, ze szkodą dla B&I, który nie mógłby w rezultacie oferować swoim klientom usług o najwyższej jakości i zostałby postawiony w niekorzystnej konkurencyjnie pozycji. Spadek jakości spowodowany byłby dłuższym czasem oczekiwania na rozładunek oraz załadunek statku w związku z koniecznością przepuszczenia dwóch promów Sealink. TSUE rozstrzygnął, że Sealink rzeczywiście znajdowało się w pozycji dominującej, posiadało urządzenie kluczowe oraz nadużyło swojej pozycji poprzez zaoferowanie konkurentowi dostępu do tego urządzenia na mniej korzystnych i dyskryminujących warunkach⁷³.

Następnie doktryna ta rozwinięta została w sprawie *Oscar Bronner* z 1998 r.⁷⁴, gdzie zawężono jej stosowanie poprzez wydłużenie listy przesłanek warunkujących nadużycie pozycji dominującej i wskazanie na konieczność łącznego ich występowania. Austriacki wydawca Oscar Bronner żądał od przedsiębiorstwa Mediaprint dostępu do stworzonej przez nie ogólnokrajowej sieci dystrybucji czasopism do domów subskrybentów magazynu wydawanego przez Mediaprint. Po tym, jak firma odmówiła mu świadczenia tej usługi, zarzucił jej nadużywanie pozycji dominującej. Twierdził, że jako mały przedsiębiorca nie jest w stanie stworzyć sieci o podobnym zasięgu, dlatego też swoim działaniem Mediaprint wpłynęło na znaczne utrudnienie funkcjonowania przez niego na rynku czasopism i postawiło go w niekorzystnej konkurencyjnie sytuacji. Swoje racje argumentował tym, że Mediaprint zajmowało się dystrybucją również innego niż wydawanego przez siebie magazynu. Mediaprint w odpowiedzi na zarzuty Bronnera stwierdziło, że posiadanie pozycji dominującej nie zobowiązuje go do dotowania swoich konkurentów. Co więcej, dodało, że stworzenie własnej ogólnokrajowej sieci dystrybucji wymagało tak wielkich nakładów finansowych i organizacyjnych, iż udostępnienie tej sieci ogółowi wydawców austriackich czasopism znacznie przekroczyłoby naturalne możliwości tego systemu. Zapewniało, że wydawca, którego pismo obok własnego również dystrybuują, znajduje się w zupełnie innej sytuacji niż Bronner, gdyż usługa ta jest tylko elementem pakietu usług, które Mediaprint temu wydawcy oferuje.

Oceniając stan faktyczny, TSUE sformułował cztery przesłanki warunkujące nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę dostępu do urządzenia kluczowego, jakim rzekomo była sieć dystrybucji. Były one następujące: 1) możliwość wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku związanym, na którym funkcjonuje kontrahent żądający dostępu; 2) niezbędność usługi do prowadzenia działalności gospodarczej na rynku związanym; 3) brak potencjalnego lub faktycznego substytutu dla usługi; 4) brak obiektywnego uzasadnienia odmowy⁷⁵. W konsekwencji sąd uznał, że w przywołanej sytuacji nie doszło do nadużycia pozycji dominującej, a żądanie dostępu do sieci dystrybucji

⁷³ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 21 grudnia 1993 r., IV/34.689 - *Sea Containers p. Stena Sealink-Środek tymczasowy*.

⁷⁴ Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG p. Mediaprint Zeitungs*, ECLI:EU:C:1998:569.

⁷⁵ M. Górka, *op. cit.*, s. 8.

było nieuzasadnione, gdyż nie był to jedyny możliwy sposób dystrybucji czasopisma Oscara Bronnera. Sieć stworzona przez Mediaprint nie była niezbędna do prowadzenia działalności przez Oscara Bronnera i w przekonaniu TSUE nie stanowiła urządzenia kluczowego, gdyż stworzenie alternatywnego sposobu dystrybucji było możliwe (nawet jeśli ekonomicznie niedogodne). TSUE stwierdził, że istnieją również inne sposoby dystrybucji magazynów, np. za pośrednictwem kiosków, dlatego też nie można powiedzieć, że działanie Mediaprint wyeliminuje z rynku wszelką konkurencję, gdyż Bronner nadal może na nim funkcjonować. Ponadto TSUE dodał, że nie dostrzega żadnych technicznych, prawnych, a nawet ekonomicznych przeszkód uniemożliwiających stworzenie przez innego wydawcę lub kilku współpracujących ze sobą wydawców swojej własnej sieci dystrybucji.

TSUE przytoczył również równoległe toczącą się sprawę dotyczącą praw własności intelektualnych – *Magill* – gdzie stwierdzono, że obowiązek przymusowego udzielenia dostępu może być nałożony na przedsiębiorcę dominującego, jeśli występują „wyjątkowe okoliczności”⁷⁶, których w sprawie *Oscar Bronner* nie ustalono. W porównaniu do poprzednich orzeczeń odnoszących się do doktryny *essential facilities*, w sprawie *Oscar Bronner* pojawiła się nowa przesłanka – „obowiązek wykazania, że nie istnieje potencjalnie lub faktycznie alternatywny dostęp do urządzenia kluczowego”⁷⁷. Ponadto dookreślono pojęcie „niezbędności”, wskazując, że oznaczać ma ono „bycie niezastępowanym”, tzn. że dostęp do takiego urządzenia jest warunkiem koniecznym prowadzenia działalności na rynku sąsiadującym. Tak jak wcześniej zostało wspomniane, orzeczenie w sprawie *Oscar Bronner* spowodowało zawężenie stosowania reguły urządzeń kluczowych.

2.3. Przesłanki bezpośrednio odnoszące się do prawa własności intelektualnej

2.3.1. Zasada ogólna w sprawach *Deutsche Grammophon*, *AB Volvo p. Erik Veng*, *CICCRA* i *Maxicar p. Renault*

Zanim jednak TSUE sformułował „test wyjątkowych okoliczności”, trafiały do niego liczne sprawy, których rozstrzygnięcia miały istotny wpływ na późniejsze przypadki nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę kontraktowania. Główna zasada przywoływana bardzo często przy analizowaniu tego problemu prawnego została wyrażona w wyroku w sprawie *Deutsche Grammophon* z 1971 r.⁷⁸ Stwierdzono wtedy, iż przedsiębiorca posiadający utwór chroniony prawem i zwyczajnie wykonujący swoje prawo wyłączne nie znajduje się automatycznie w pozycji dominującej. A nawet, jeśli rzeczywiście jest dominantem, to zwyczajne wykonywanie przez niego prawa własności intelektualnej niekoniecznie musi od razu prowadzić do nadużycia. Dojdzie do niego

⁷⁶ Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 I C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) p. Komisji*, ECLI:EU:C:1995:98.

⁷⁷ Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG p. Mediaprint Zeitungs*, ECLI:EU:C:1998:569.

⁷⁸ Wyrok TSUE z dnia 8 czerwca 1971 r. w sprawie 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH p. Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1971:59.

natomiast dopiero wtedy, gdy przez swoje działanie dominant zacznie uniemożliwiać konkurencję na rynku. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w momencie, gdy pojawiają się okoliczności dające dominantowi przewagę umożliwiającą zniekształcanie lub zakłócenie skutecznej konkurencji⁷⁹. Nazywamy je działaniami o charakterze abuzywnym. Z orzeczenia w sprawie *Deutsche Grammophon* wynika zatem, iż fakt posiadania prawa własności intelektualnej oraz pozycji dominującej może, lecz niekoniecznie musi, stanowić podstawę żądania udzielenia licencji.

Orzeczeniem rozwijającym zasadę przyjętą w sprawie *Deutsche Grammophon* był wyrok w sprawie *Volvo p. Veng* z 1998 r.⁸⁰ Przedsiębiorstwo Volvo, będące posiadaczem zarejestrowanego wzoru przemysłowego, zwróciło się do sądu o stwierdzenie naruszenia jego wyłącznego prawa przez przedsiębiorstwo Veng, które bez uzyskania zgody Volvo wykorzystywało ich wzór do produkcji i sprzedaży identycznej części samochodu. Firma Veng broniła swojego stanowiska, zarzucając Volvo nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na wzór, która to odmowa uniemożliwiła stworzenie substytutu produktu. Ponadto oskarżano Volvo o ustalanie zbyt wygórowanych cen za części zamienne potrzebne do naprawy samochodów ich produkcji. W następstwie zgłoszenia tego roszczenia sąd krajowy zwrócił się do TSUE o rozstrzygnięcie wątpliwości prawnych, które pojawiły się w tej sprawie. TSUE orzekł, że firma Volvo rzeczywiście posiadała pozycję dominującą na rynku części zamiennych potrzebnych do naprawy samochodu. Rzecznik generalny Jean Mischo przywołał w swojej opinii uprzednie orzeczenia w sprawie *Deutsche Grammophon* czy sprawie *Sirena*, zgodnie z którymi posiadacz prawa wyłącznego z tytułu własności przemysłowej znajduje się w pozycji dominującej, jeśli ma możliwość zapobiegnięcia utrzymania efektywnej konkurencji w znacznej części rynku właściwego, zwłaszcza w odniesieniu do funkcjonowania i pozycji producentów oraz dostawców mogących sprzedawać produkty podobne lub stanowiące zamienniki dla produktów dominanta⁸¹. W analizowanej sprawie jedyny produkt, który może zastąpić produkt marki Volvo, musi mieć dokładnie taki sam kształt jak części zamienne produkowane przez producenta naprawianego samochodu, tj. przez dominanta. W związku z tym nie może istnieć i nie istnieje produkt będący substytutem, który nie naruszałby równocześnie prawa wyłącznego Volvo płynącego z zarejestrowanego wzoru. W tej sytuacji wszelkie próby stworzenia substytutu bez wcześniejszego uzyskania zgody Volvo byłyby nielegalne. W opinii Mischo producent samochodów będący posiadaczem zarejestrowanego wzoru przemysłowego i mający całkowite oraz wyłączne prawo do wytwarzania i dostarczania części zamiennych niezbędnych do naprawy samochodu w sytuacji, w której części te nie są zastępowalne przez części wyprodukowane w oparciu o inny wzór, znajduje się w pozycji dominującej w znaczeniu art. 102 TFUE. Dzieje się tak z powodu zarówno posiadania prawa wyłącznego, jak i faktu, że konsument nie może uzyskać substytutu dla produk-

⁷⁹ M. Górka, *op. cit.*, s. 9.

⁸⁰ Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87 *AB Volvo p. Eric Veng (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1988:477.

⁸¹ Opinia rzecznika generalnego J. Mischo z dnia 21 czerwca 1988 r. w sprawie C-53/87, ECLI:EU:C:1988:330.

tu dominanta. Dlatego też w tym stanie faktycznym firma Volvo rzeczywiście znajdowała się w pozycji dominującej⁸².

Należy jednak podkreślić, że sam fakt posiadania prawa płynącego z rejestracji wzoru przemysłowego nie świadczy jeszcze o posiadaniu pozycji dominującej. Tym bardziej nie można mówić o automatycznym jej nadużyciu. Zgodnie z wcześniejszymi wyrokami TSUE w sprawie *Parke, Davies and Co p. Probel, Centrafarm i inni*⁸³ z 1967 r., z nadużyciem pozycji dominującej mamy do czynienia dopiero, gdy dominant nadużywa ochrony przysługującej mu z tytułu patentu. Odmowa licencjonowania jako zwykłe wykonywanie prawa nie może samoistnie konstituować nadużycia pozycji dominującej. Do jego stwierdzenia konieczne jest występowanie dodatkowego elementu, takiego jak np. dyskryminujące warunki sprzedaży (odmowa dostarczenia części do niezależnych warsztatów zajmujących się naprawą) lub odmowa dalszego produkowania części do nieprodukowanych już, lecz znajdujących się wciąż w użytku, samochodów oraz narzucanie wygórowanych cen. Tak właśnie prezentowały się zarzuty kierowane pod adresem Volvo. Jednakże w orzeczeniu w sprawie *Parke, Davies and Co. p. Probel, Centrafarm i inni* uznano, iż wygórowane ceny wcale nie muszą stanowić o nadużyciu pozycji dominującej, gdyż twórca produktu jak najbardziej ma prawo do odzyskania kosztów produkcji, osiągnięcia odpowiedniego zysku, a co więcej, do zwrotu nakładów dokonanych na cele badawcze i rozwój technologiczny.

Ostatecznie TSUE orzekł, iż prawo posiadacza zarejestrowanego wzoru przemysłowego do zapobiegania produkcji, sprzedaży oraz importu produktu stworzonego bez jego zgody na podstawie tego wzoru przez osoby trzecie stanowi przedmiot jego prawa wyłącznego. Dlatego też nałożenie na niego obowiązku udzielenia takim osobom licencji na dostawę produktów zawierających w sobie ten wzór, nawet za odpowiednim wynagrodzeniem, prowadziłoby do pozbawienia go istoty jego prawa wyłącznego. W związku z tym odmowa licencjonowania nie może sama w sobie konstituować nadużycia pozycji dominującej. Jednakże taki sposób wykonywania prawa wyłącznego może być uznany za sprzeczny z art. 102 TFUE, jeśli powiązany jest z pewnymi abuzywnymi zachowaniami ze strony dominanta, takimi jak arbitralna odmowa dostarczenia części zamiennych do niezależnych warsztatów, ustalanie cen na niesprawiedliwym poziomie albo decyzja zaprzestania dalszej produkcji części dla konkretnego modelu, nawet jeśli samochody tego modelu nadal znajdują się w użyciu.

Sprawa *CICCRA i Maxicar p. Renault* z 1988 r.⁸⁴ dotyczyła bardzo podobnych okoliczności co sprawa *Volvo p. Veng* z tą różnicą, że przedmiotem sporu były chronione zarejestrowanym wzorem przemysłowym części ozdobne samochodu. Reakcja TSUE była niemalże identyczna. Stwierdził on, że odmowa licencjonowania w celu

⁸² E. Stępień, *Nakazanie udzielenia licencji przymusowej w wyniku nadużywania pozycji dominującej w świetle orzecznictwa wspólnotowego*, [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2008, s. 40-41.

⁸³ Wyrok TSUE z dnia 29 lutego 1968 r. w sprawie 24-67 *Parke, Davies and Co p. Probel, Centrafarm and Others*, ECLI:EU:C:1968:11.

⁸⁴ Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 53/87 *CICCRA and Maxicar p. Renault*, ECLI:EU:C:1988:472.

zapobiegnięcia produkcji i sprzedaży substytutu opartego na chronionym wzorze stanowi istotę prawa wyłącznego, jakie przysługuje firmie Renault. Natomiast wszelkie próby niestosowania w tej sytuacji krajowej legislacji mającej za zadanie chronić własność przemysłową podważałyby sens istnienia takiego prawa. Dodał, że zasady odnoszące się do swobody przepływu towarów w ramach Unii Europejskiej nie wyłączają stosowania ustawodawstwa państw członkowskich przyznającego uprawnionemu z tytułu zarejestrowanego wzoru prawa odmowy licencjonowania. A zatem nie stanowi nadużycia pozycji dominującej wykonywanie prawa wyłącznego poprzez upewnienie się, iż żadna osoba trzecia nie będzie produkować, sprzedawać, importować lub eksportować produktów identycznych do produktu stworzonego przez uprawnionego. Takie działanie nie jest abuzywną metodą eliminowania konkurencji na rynku. TSUE wymienił również przykładowe zachowania noszących znamię abuzywności i mogących świadczyć o nadużyciu pozycji dominującej, które były zbieżne z katalogiem wykreowanym w orzeczeniu w sprawie *Volvo p. Veng*. Rozwinął nieco bardziej kwestię niesprawiedliwych i wyższych od oferowanych przez konkurentów cen oraz orzekł, że wyższe ceny same w sobie nie świadczą o nadużyciu pozycji dominującej, gdyż posiadacz zarejestrowanego wzoru ma prawo odzyskania zainwestowanego w jego stworzenie kapitału. Ponownie utrzymano zasadę, iż sam fakt uzyskania ochrony na gruncie prawa własności przemysłowej nie jest jednoznaczny z nadużyciem pozycji dominującej. Z kolei wykonywanie takiego prawa wyłącznego może być zakazane (zgodnie z art. 102 TFUE) tylko wtedy, gdy towarzyszy mu dodatkowe, abuzywne działanie ze strony dominanta. Kryterium owo wkrótce miało zostać zastąpione nowym testem mającym pomóc skutecznie ustalić, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej.

2.3.2. „Test wyjątkowych okoliczności” w orzeczeniu w sprawie *Magill*

Orzeczenie TSUE z 1995 r. w sprawie *Magill*⁸⁵ jest jednym z najważniejszych wyroków odnoszących się do problematyki odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej. Wraz ze sprawą *IMS Health* stanowią dwa szstandarowe rozstrzygnięcia, które wielokrotnie przywoływane były w sytuacjach nadużywana pozycji dominującej do czasu pojawienia się na horyzoncie sprawy *Microsoft*.

Przedsiębiorstwo *Magill* chciało wprowadzić na rynek nowy, nieoferowany dotąd produkt – zbiorczy, cotygodniowy program telewizyjny wszystkich stacji telewizyjnych w Irlandii i Irlandii Północnej. Dotychczas każda z tych stacji (RTE, ITV i BBC) osobno publikowała swoją własną dzienną ramówkę, równocześnie zastrzegając sobie prawo do publikacji cotygodniowych zestawień przez osoby trzecie. Zewnętrzne dzienniki i periodyki mogły uzyskać licencję jedynie na publikację informacji dostarczonych im wcześniej przez stacje, dotyczących programu zaledwie jedno- lub wyjątkowo dwudniowego. Co więcej, licencja ta obciążona była dodatkowymi obostrzeniami, np. w postaci konieczności uzyskania autoryzacji wyboru pozycji polecanych przez magazyny w danym tygodniu. Próba wprowadzenia na rynek tygodniowego, zbiorczego programu telewizyj-

⁸⁵ Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 I C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) p. Komisji*, ECLI:EU:C:1995:98.

nego przez Magill spotkała się z gwałtowną reakcją wspomnianych trzech stacji telewizyjnych, które błyskawicznie uzyskały sądowy zakaz publikacji tego produktu. W następstwie tej decyzji Magill wniósł skargę do Komisji Europejskiej, zarzucając stacjom telewizyjnym naruszenie art. 102 TFUE. Komisja w swojej decyzji nałożyła na te przedsiębiorstwa obowiązek zaprzestania sprzecznego z prawem działania oraz obowiązek udzielenia licencji na niedyskryminacyjnych warunkach i za rozsądną ustaloną opłatą. Stacje telewizyjne wystąpiły o zawieszenie wykonania decyzji oraz próbowały się od niej odwołać. Sąd Pierwszej Instancji odrzucił ich wnioski, a sprawa trafiła przed TSUE. Komisja utrzymywała, że działanie stacji telewizyjnych miało zdecydowanie abuzywny charakter, gdyż wyeliminowało z rynku nowy produkt ze szkodą dla konsumentów oraz ograniczyło i zamierzało nadal ograniczać handel między państwami członkowskimi UE. Przeciwna strona utrzymywała, że SPI źle zinterpretował pojęcie nadużycia pozycji dominującej wypływające z przepisów unijnych, błędnie ustalił wpływ działania stacji telewizyjnych na rynek wewnętrzny UE oraz nie wziął pod uwagę postanowień konwencji berneńskiej z 1886 r. RTE dodało, iż Komisji Europejska nie ma wystarczających kompetencji do nałożenia obowiązku przymusowego licencjonowania na posiadacza prawa wyłącznego. Co więcej, zarzucano, że uzasadnienie wyroku SPI nie spełnia wymagań prawa do obrony.

Kluczowym argumentem stron były jednak zarzuty niezgodnej z prawem unijnym interpretacji nadużycia pozycji dominującej. Próbuąc udowodnić abuzywny charakter działania stacji telewizyjnych, SPI odniósł się do problemu relacji między krajowym prawem własności intelektualnej a zasadami ogólnymi Unii Europejskiej odnoszącymi się do prawa konkurencji. Według sądu pogodzenie tych dwóch obszarów prawa powinno być przeprowadzone w taki sposób, aby chronione pozostawało legalne wykonywanie praw własności intelektualnej i równocześnie wykluczone było jego niewłaściwe wykonywanie mogące prowadzić do sztucznych podziałów na rynku wewnętrznym UE oraz do wypaczenia reguł rządzących unijnym prawem konkurencji. Sąd stwierdził, iż rzeczywiście możliwa jest derogacja od swobody przepływu towarów, ale tylko w konkretnych przypadkach usprawiedliwionych ochroną własności przemysłowej lub handlowej (podobnie jak w sprawie *Deutsche Grammophon*). SPI uznał, że co do zasady ochrona przedmiotu prawa własności intelektualnej zezwala jego posiadaczowi na zastrzeżenie sobie wyłącznego prawa do reprodukcji utworu, jednakże sposób, w jaki w sprawie *Magill* wykonywano to prawo, był ewidentnie sprzeczny z celem art. 102 TFUE. Sąd stwierdził, że zachowanie dominanta nie spełniało pierwotnej funkcji art. 36 TFUE, tj. ochrony autorskich praw osobistych oraz prawa do wynagrodzenia za twórczy wysiłek, a co za tym idzie – nie respektowało zasad zawartych w art. 102 TFUE. W związku z tym, że krajowe prawo własności intelektualnej okazało się sprzeczne z wartościami prawa unijnego, sąd w tej sytuacji przyznał prymat unijnemu prawu konkurencji. SPI orzekł, że poprzez zastrzeżenie wyłącznego prawa reprodukcji utworu, dominant uniemożliwił pojawienie się na rynku nowego produktu, który z dużym prawdopodobieństwem mógłby skutecznie konkurować z produktami dominanta. W taki sposób stacje telewizyjne wykorzystały swoje prawo wyłączne w celu ustanowienia

monopolu na rynku sąsiadującym. SPI stwierdził, że zachowanie eliminujące wszelką konkurencję na rynku nie mieści się w rozumieniu istoty prawa własności intelektualnej. Pomimo przysługującej dominantowi w tej sytuacji ochrony prawnoautorskiej działania stacji nie powinno się kwalifikować jako słusznego przejawu obrony swojego prawa. Nie dość, że jest ono sprzeczne z art. 102 TFUE, to stoi także na drodze do wypracowania zgodnego koegzystowania prawa własności intelektualnej i swobody przepływu towarów oraz swobody konkurencji.

Przedsiębiorstwa dominujące broniły swoich racji na wiele sposobów. Powoływały się przede wszystkim na orzeczenie w sprawie *Volvo p. Veng* ustanawiające zasadę, że wykonywanie prawa własności intelektualnej, np. przez odmowę udzielenia licencji, nie może samo w sobie być postrzegane jako nadużycie. Co więcej, przedsiębiorstwa wskazywały, że prawo do reprodukcji jest podstawowym prawem wypływającym z istoty prawa własności intelektualnej – niejako wynagrodzeniem w postaci wyłącznego prawa sprzedaży produktów zawierających w sobie chroniony utwór. W argumentacji stacji telewizyjnych pojawia się także kwestia prawa do wprowadzenia produktu na rynek, która była już wcześniej poruszana przez sądy unijne, a prawo to zostało uznane za specyficzny element prawa własności intelektualnej. Strony utrzymywały również, że uprawniony wcale nie musi uzasadniać odmowy udzielenia licencji, ponieważ taki wymóg nie znajduje poparcia w dotychczasowym orzecznictwie unijnym, a ponadto stanowi niejednoznaczne kryterium podważające zasadę pewności prawa. Strony zarzucały Komisji Europejskiej i SPI, że prawo własności intelektualnej widzą jedynie jako konglomerat prawa do autorstwa i prawa do wynagrodzenia za korzystanie, ignorując zupełnie pozostałe elementy w nim się mieszczące, co z kolei stoi w sprzeczności z ustawodawstwem państw członkowskich oraz postanowieniami konwencji berneńskiej. Finalnym, zwięzłym argumentem stacji telewizyjnych był zarzut nieustalenia posiadania pozycji dominującej z ekonomicznego punktu widzenia, a jedynie z punktu widzenia posiadania prawa własności intelektualnej, co według stron zostało uznane za niewystarczające.

W swoim orzeczeniu TSUE powtórzył zasadę wynikającą z wyroku w sprawie *Deutsche Grammophon* i przyznał, że samo posiadanie prawa własności intelektualnej rzeczywiście nie przesądza o posiadaniu pozycji dominującej. Nie zmieniało to jednak faktu, że SPI miało rację w kwestii faktu posiadania jej przez oskarżone przedsiębiorstwa. Były one jedynym źródłem informacji koniecznych do stworzenia nowego produktu przez firmy takie jak Magill, a tym samym miały monopol na te informacje oraz znajdowały się w pozycji, która pozwalała im na wyeliminowanie skutecznej konkurencji na rynku cotygodniowych, zbiorczych programów telewizyjnych. Jeśli natomiast chodzi o nadużycie ustalonej już pozycji dominującej, TSUE stwierdził, że stacje myliły się co do tego, że wykonywanie prawa wyłącznego nie może być rozpatrywane w świetle art. 102 TFUE. Brak standaryzacji i harmonizacji prawa własności intelektualnej na szczeblu prawa unijnego pozwala na stosowanie w takich sytuacjach prawa krajowego państw członkowskich, zgodnie z którym zwyczajne wykonywanie prawa wyłącznego przez dominant może nie stanowić nadużycia. Jednakże w pewnych okolicznościach

nazwanych w sprawie *Magill* „okolicznościami wyjątkowymi”, takie działanie może zawierać w sobie pierwiastek abuzywny⁸⁶. Tak właśnie stało się w przypadku stacji telewizyjnych, które posłużyły się swoim prawem jako narzędziem, które pozwolić miało im na powstrzymanie *Magill*, a także innych potencjalnych konkurentów, przed wprowadzeniem na rynek sąsiadujący nowego produktu. Za „wyjątkowe okoliczności” tego stanu faktycznego możemy uznać brak rzeczywistego lub potencjalnego substytutu dla oferowanego przez *Magill* produktu. Na rynku istniały bowiem tylko 24-godzinne i 48-godzinne przewodniki po programach telewizyjnych. Tygodniowe przewodniki oferowane wyłącznie przez dominantów przedstawiały ramówkę tylko jednej, konkretnej stacji. Na rynku powstała zatem luka, którą mógłby wypełnić produkt zaspokajający potrzebę konsumentów w postaci możliwości zadecydowania z wyprzedzeniem o planach związanych z oglądaniem telewizji na przestrzeni całego tygodnia. Takie zapotrzebowanie zdaniem sądu powinno być konkretne, ciągłe, regularne i potencjalne.

Przedsiębiorcy dominujący, nie udzielając licencji na korzystanie ze swojego utworu, nie pozostawili widzom (swoim klientom) żadnego alternatywnego wyboru jak wykupienie poszczególnych programów telewizyjnych od każdej ze stacji. Takie działanie doprowadziło do niepojawienia się na rynku nowego produktu, którego dominanci sami nie oferowali, a na które istniało potencjalne zapotrzebowanie ze strony konsumentów. Poprzez odmowę dostępu do podstawowych informacji koniecznych do stworzenia nowego produktu, wyeliminowali całą konkurencję i doprowadzili do zarezerwowania dla siebie rynku sąsiadującego. W takim ewidentnie abuzywnym zachowaniu TSUE dopatrzył się naruszenia art. 102 TFUE i stwierdził, że strony niedostatecznie uzasadniły odmowę licencjonowania.

Jak można zauważyć, TSUE stworzył swoisty test – „test wyjątkowych okoliczności” – których wystąpienie miało pomóc w ustaleniu, czy odmowa udzielenia licencji konstituuje nadużycie pozycji dominującej. Do katalogu tych przesłanek zalicza się następujące warunki: uniemożliwienie pojawienia się nowego produktu, na który istnieje zapotrzebowanie; zarezerwowanie sobie przez uprawnionego z tytułu prawa własności intelektualnej rynku sąsiadującego poprzez wyeliminowanie wszelkiej konkurencji na tym rynku; brak obiektywnego uzasadnienia dla odmowy licencjonowania⁸⁷. Jednym z defektów wyroku TSUE był brak przesądzenia, czy wszystkie te elementy powinny występować łącznie. Tę wątpliwość rozwiązano dopiero w kolejnych orzeczeniach.

W sprawie *Magill* nadano szczególnego znaczenia pierwszej przesłance – kryterium „nowego produktu” – który nie był wcześniej oferowany przez dominantów, a na którego istniało zapotrzebowanie konsumentów. Zatem działanie polegająca na udaremnianiu pojawienia się takiego produktu możemy dołączyć do katalogu działań abuzywnych równoznacznych z nadużyciem pozycji dominującej. Równocześnie przesłanka ta wpisuje się w treść art. 102 TFUE, a mianowicie w „ograniczenie produkcji, rynku lub postępu technologicznego na szkodę konsumentów”⁸⁸. Kryterium „nowego produk-

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ M. Górka, *op. cit.*, s. 11–12.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 11.

tu” miało być remedium na konflikt między prawem własności intelektualnej a unijnym prawem konkurencji, próbą dostosowania reguły Commercial Solvents do specyfiki prawa własności intelektualnej, a także wyważeniem interesów dominanta i konkurentów z rynku sąsiadującego⁸⁹. Pojęcie „nowego produktu” doczekało się doprecyzowania w orzeczeniu z 1997 r. w sprawie *Tiercé Ladbroke*⁹⁰. Sąd uznał wtedy, że spełnienie tego kryterium jest uzależnione od potencjalnego zapotrzebowania na nowy produkt, które powinno być „stałe, regularne i odnoszące się konkretnie do tego produktu”⁹¹. Sąd przyznał, że alternatywą dla kryterium „nowego produktu” może być kryterium „niezbędności”, którego spełnienie wskazuje na potencjalne naruszenie art. 102 TFUE. Reguła, która wykształtowała się w tym orzeczeniu, brzmiała następująco – do nadużycia pozycji dominującej może dojść, gdy odmowa dotyczy „produktu lub usługi, które są niezbędne do prowadzenia określonej działalności w tym sensie, że nie ma dla nich żadnego rzeczywistego ani potencjalnego substytutu”⁹². W rozpatrywanej sprawie przedsiębiorstwo Tiercé Ladbroke zarzucało innemu przedsiębiorstwu posiadającemu wyłączne prawo organizowania zakładów wzajemnych we Francji nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na transmisję obrazu i dźwięku z francuskich wyścigów konnych w lokalach przyjmujących zakłady wzajemne, których właścicielem było belgijskie przedsiębiorstwo Tiercé Ladbroke. SPI oddalił skargę Tiercé, ponieważ uznał, że możliwość takiej transmisji nie była warunkiem niezbędnym do prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwo, jaką była działalność bukmacherska. Dowodem na to, że transmisja nie była czynnikiem niezbędnym do funkcjonowania przedsiębiorstwa, był fakt uzyskiwania przez firmę wysokich dochodów w okresie, w którym transmisja nie była oferowana klientom.

Natomiast, jeśli chodzi o przywoływany przez stacje telewizyjne argument braku wpływu ich działania na rynek wewnętrzny UE, TSUE uznał, że nie jest konieczne wykazanie rzeczywistego wpływu. Wystarczy, że miały one taką możliwość. Przedsiębiorstwa swoim zachowaniem wykluczyły wszelkich potencjalnych konkurentów na obszarze geograficznym Irlandii i Wielkiej Brytanii oraz zmodyfikował konkurencję na tym rynku w takim stopniu, iż istniała realna szansa oddziaływania na potencjalne umowy handlowe między Irlandią a Wielką Brytanią. W odpowiedzi na zarzuty pozostawiania w sprzeczności z konwencją berneńską TSUE przypomniał, że Unia Europejska nie jest związana postanowieniami tej umowy międzynarodowej. Jednakże stacje telewizyjne twierdziły, że pomimo iż Unia Europejska nie jest stroną konwencji, to od zawsze zachęcała państwa członkowskie do respektowania jej postanowień. W odpowiedzi, TSUE stwierdził, że sprawa *Magill* dotyczy tylko i wyłącznie państw będących członkami Unii Europejskiej i nie istnieje możliwość zastosowania w takiej sytuacji postanowień konwencji berneńskiej przed regułami unijnego prawa konkurencji. Ponadto TSUE uznał, że zmiany w konwencji berneńskiej dokonano bez przestrzegania odpowiedniej proce-

⁸⁹ *Ibidem*, s. 12.

⁹⁰ Wyrok SPI z dnia 12 czerwca 1997 r. w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*, ECLI:EU:T:1997:84.

⁹¹ M. Surdek, *op. cit.*, s. 62.

⁹² Wyrok SPI w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*.

dury, a Wielka Brytania ratyfikowała je już po przystąpieniu do UE, natomiast Irlandia w ogóle nie zdążyła ich do tego czasu ratyfikować. Dlatego też nie można mówić w tej sytuacji o jakiegokolwiek niezgodności prawa UE z prawem międzynarodowym.

2.3.3. Test IMS Health

Po raz kolejny TSUE pochylił się nad problematyką nadużycia pozycji dominującej w sprawie rozgrywającej się ponownie w środowisku farmaceutycznym. Jednakże tym razem przedmiotem sporu nie był, jak w przypadku sprawy *Commercial Solvents*, surowiec niezbędny do produkcji leku, a chroniona prawem własności intelektualnej metoda pozyskiwania informacji⁹³. Przedsiębiorstwo IMS Health zajmowało się śledzeniem sprzedaży produktów farmaceutycznych na terenie Niemiec. Pozyskane dane dostarcza swoim klientom (laboratoriom) w oparciu o stworzoną przez siebie metodę – strukturę cegiełkową złożoną z 1860 r. lub 2847 cegiełek odpowiadających określonemu obszarowi geograficznemu w Niemczech. Cegiełki zostały stworzone na podstawie różnorodnych kryteriów: granic gmin, kodów pocztowych, gęstości zaludnienia, połączeń komunikacyjnych oraz rozmieszczenia aptek i lekarzy. W celu wykreowania produktu, który jak najbardziej odpowiadałby potrzebom klientów, IMS Health zaprosiło do grupy roboczej przedsiębiorstwa farmaceutyczne, wraz z którymi pracowało nad udoskonaleniem swojego produktu. Co więcej, jak udało się ustalić TSUE, IMS Health nieodpłatnie dostarczyło system cegiełkowy aptekom i gabinetom lekarskim. Dzięki takim poczynaniom, wkrótce produkt ten przeobraził się w rynkowy standard, do którego klienci IMS Health dostosowali własne systemy informacyjno-dystrybucyjne. W momencie, kiedy inne firmy postanowiły wprowadzić na rynek swoje własne systemy, żadne z przedsiębiorstw farmaceutycznych nie chciało nabywać ich produktów, gdyż swoją dotychczasową organizację zdążyły oprzeć już na produkcie IMS Health, a korzystanie z innych systemów wiązałoby się z dodatkowymi nakładami finansowymi. Kierowane brakiem sukcesu własnego systemu przedsiębiorstwo NDC (założone po odejściu z IMS Health przez jej byłego dyrektora) rozpoczęło sprzedaż danych w oparciu o system cegiełkowy IMS Health.

Na wniosek IMS Health sąd wydał orzeczenie, w którym zakazał NDC używania struktury cegiełkowej oraz jakiegokolwiek innej stanowiącej jej pochodną z powodu naruszenia prawa autorskich do bazy danych (tak bowiem nazwał strukturę stworzoną przez IMS Health). NDC złożyło skargę do Komisji Europejskiej, utrzymując, że IMS Health poprzez odmowę udzielenia licencji na użycie struktury cegiełkowej naruszyło art. 102 TFUE. Komisja w swojej decyzji nakazała IMS Health udzielenia licencji, gdyż – jak stwierdziła – w sprawie pojawiły się „wyjątkowe okoliczności”. System stworzony przez IMS Health stał się standardem na rynku, a obiektywnie nieuzasadniona odmowa udzielenia licencji groziłaby wyeliminowaniem wszelkiej konkurencji na danym rynku. Bez tej struktury niemożliwe byłoby konkurowanie z IMS Health. SPI zawiesił wykonanie decyzji, a Komisja ostatecznie sama ją wycofała.

⁹³ Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG p. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257.

W rezultacie pytania prejudycjalnego skierowanego przez sąd krajowy w tej sprawie, TSUE wydał orzeczenie, w którym poruszono kwestie, których rozstrzygnięcia domagało się NDC. Przede wszystkim chciano uzyskać odpowiedź na pytanie, czy odmowa udzielenia licencji na wykorzystanie chronionego prawem autorskim systemu przez IMS Health, w sytuacji, w której potencjalni klienci odrzucają jakiegokolwiek nowy produkt stworzony w oparciu o inny system, przesądza o abuzywnym charakterze zachowania. Co więcej, domagano się ustalenia, czy udział konsumentów w tworzeniu chronionego prawem systemu, a także poczynione przez nich pierwotnie nakłady finansowe są istotne przy ocenie abuzywnego działania.

W sprawie *IMS Health* mamy do czynienia z sytuacją, w której konkurent znajduje się w niekorzystnej sytuacji z powodu niezbyt pozytywnego nastawienia konsumentów wobec jego produktu powodowanego wcześniejszym udziałem w tworzeniu innego systemu, do którego zdążyli dostosować całą swoją działalność. W związku z tym NDC nie jest w stanie zaoferować alternatywnego produktu, który miałby szansę odnieść sukces na rynku. Pytanie, jakie w tym momencie się rodzi, jest następujące – czy rzeczywiście prawo do wykorzystania systemu IMS Health jest konieczne, aby konkurent mógł wejść na rynek zdominowany przez IMS Health.

IMS Health utrzymywało, że udział użytkowników w tworzeniu systemu powinien działać na jego korzyść, gdyż jest dowodem na istnienie konkurencji. Pokazuje jego determinację do uzyskania przewagi konkurencyjnej w sposób zgodny z prawem – poprzez oferowanie konsumentom produktu bardziej dostosowanego do ich potrzeb. NDC spierało się natomiast, że taka współpraca doprowadziła do swoistego uzależnienia konsumentów od produktu stworzonego przez dominanta. Na poparcie przekonania o niezbędności systemu IMS Health w dostaniu się na rynek, NDC przywołało orzeczenie w sprawie *Oscar Bronner*, w którym ustalono, iż o niezbędności przesądza możliwość stworzenia przez konkurenta opłacalnej alternatywy dla produktu dominanta. Według NDC w zaistniałej sytuacji nie było to możliwe ze względu na przeszkody ekonomiczne i prawne.

W odpowiedzi na kierowane wobec siebie przez strony zarzuty TSUE uznał, że aby ustalić, czy dany produkt lub usługa są niezbędne dla funkcjonowania przedsiębiorstwa na danym rynku, konieczne jest ocenienie, czy istnieją alternatywne rozwiązania dla tych produktów lub usług – nawet, jeśli miałyby one okazać się mniej korzystne dla przedsiębiorcy – oraz czy rzeczywiście istnieją przeszkody prawne i ekonomiczne mogące uniemożliwić lub znacząco utrudnić stworzenie takich substytutów (np. w porozumieniu z innymi przedsiębiorstwami). Zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Oscar Bronner* wystarczającą przeszkodą ekonomiczną jest sytuacja, w której niemożliwa staje się produkcja wykreowanego przez przedsiębiorstwo produktu lub usługi na skalę porównywalną do produkcji prowadzonej przez przedsiębiorstwo dominujące. TSUE przyznał, że IMS Health rzeczywiście stworzył pewną zależność użytkowników od jego systemu i w sytuacji, w której zdecydowaliby się oni na nabycie od innych przedsiębiorstw danych opartych na innym systemie, musieliby oni dokonać nadzwyczajnych nakładów organizacyjnych i finansowych, aby dostosować się do nabytego nowego produktu. Aby konsument zdecydował się na taki krok, konkurent musiałby oferować naprawdę wyjąt-

kowe warunki nabycia swojego produktu. To z kolei mogłoby prowadzić do tego, że jego funkcjonowanie na rynku na skalę podobną do tej dominanta, okazałoby się niemożliwe z ekonomicznego punktu widzenia. Jak można zatem zauważyć, TSUE przyznał, że w celu ustalenia działania abuzywnego naruszającego art. 102 TFUE konieczne jest wzięcie podczas tej oceny pod uwagę udziału użytkowników w tworzeniu systemu oraz nakładów finansowych, jakie mieliby oni ponieść w związku z przerzuceniem się na użytkowanie nowego produktu.

Zarówno IMS, NDC, jak i Komisja w swojej argumentacji odwoływały się do orzeczenia w sprawie *Magill*, jednakże każde z nich przyjmowało odmienną interpretację wypracowanych w tym rozstrzygnięciu warunków. IMS Health utrzymywał, że wszystkie trzy przesłanki „testu wyjątkowych okoliczności” powinny być spełnione łącznie i dlatego też uważał, że nie ma on obowiązków udzielenia licencji, gdyż NDC nie próbuje wprowadzić nowego produktu na rynek sąsiadujący, a chce tylko wykorzystać system IMS Health do wprowadzenia na rynek właściwy swojego niemalże identycznego produktu. Natomiast NDC przekonywał, że wręcz przeciwnie oferować chce całkiem nowy produkt. Zgadzał się ze stanowiskiem Komisji co do faktu, iż dla uznania działania IMS Health za abuzywne nie jest jednak wcale konieczne istnienie rynku sąsiadującego (tzn. takiego, którego stworzyłby produkt NDC i który byłby zależny od rynku właściwego systemów cegiełkowych) – wystarczy bowiem, że dominant posiada pewną „infrastrukturę” niezbędną do konkurowania z nim już na rynku właściwym.

W odpowiedzi na argumenty stron TSUE przywołał ugruntowaną w doktrynie zasadę pochodzącą z orzeczenia w sprawie *Volvo p. Veng*, która stanowi, że odmowa udzielenia licencji sama w sobie nie konstytuuje nadużycia pozycji dominującej. Jednakże przypomniał, że w wyjątkowych okolicznościach taka odmowa może zawierać w sobie pierwiastek abuzywnego działania. Jak już była mowa w orzeczeniu w sprawie *Magill*, dominant nadużywa swojej pozycji w sytuacji, gdy uniemożliwia pojawienie się na rynku sąsiadującym nowego produktu, na który istnieje potencjalne zapotrzebowanie konsumentów. Ponadto przez takie działanie stwarza ryzyko wyeliminowania wszelkiej konkurencji na takim rynku, a odmowa udzielenia licencji nie jest obiektywnie uzasadniona. Te trzy przesłanki muszą być kumulatywnie spełnione, aby można było mówić o nadużyciu pozycji dominującej.

W celu ustalenia w sprawie *IMS Health* występowania warunku wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku sąsiadującym, TSUE przywołał orzeczenie w sprawie *Oscar Bronner*. W szczególności zwrócił uwagę na konieczność ustalenia, czy w danym przypadku rzeczywiście istnieje rynek sąsiadujący i czy odmowa dostępu do produktu uniemożliwia funkcjonowanie konkurenta na tym rynku poprzez pozbawienie go sposobu dystrybucji swojego produktu. Rynkiem sąsiadującym (*downstream market*) nazywamy rynek produktu nowego, który powstać może dzięki dostępowi do produktu lub usługi rynku właściwego (*upstream market*) – te dwa rynki powinny być ze sobą w określony sposób powiązane.

Dlatego też w analizowanej sprawie należało rozstrzygnąć, czy system stworzony przez IMS Health tworzył rynek właściwy i był produktem niezbędnym dla rynku

sąsiadującego baz danych dotyczących regionalnej sprzedaży produktów farmaceutycznych. IMS Health argumentował, że nie sprzedawał nikomu swojego systemu cegiełkowego, a jedynie dane uzyskane przy jego użyciu. System ten miał być jego atutem mającym pomóc mu w konkutowaniu na rynku baz danych, który uważał za rynek właściwy, a nie jak NDC za rynek sąsiadujący.

Biorąc pod uwagę, że w tej sprawie nie istniał rynek rzeczywisty, TSUE potwierdził, że wystarczające jest istnienie rynku potencjalnego lub nawet hipotetycznego. Takie stwierdzenie doprowadziło do licznych głosów sprzeciwu. Oznaczałoby to bowiem, że sam fakt posiadania dobra chronionego przez prawo własności intelektualnej automatycznie kreuje rynek właściwy i zobowiązuje posiadacza do dzielenia się tym dobrem, nawet jeśli nie wykonuje on swojego prawa, np. poprzez dystrybucję⁹⁴.

Jeśli chodzi natomiast o przesłankę zapobiegnięcia pojawienia się nowego produktu na rynku, TSUE przypominał, że w sytuacji ścierania się dwóch interesów – praw posiadacza prawa własności intelektualnej (prawa z tytułu prawa własności intelektualnej oraz swobody kontraktowania) oraz swobody konkurencji – prawu konkurencji prymat można przyznać tylko w momencie, gdy odmowa udzielenia licencji wiązać będzie się z uniemożliwieniem rozwinięcia się rynku sąsiadującego ze szkodą dla konsumentów. Dlatego też takie zachowanie dominanta może być uznane za nadużycie tylko wtedy, gdy konkurent nie ogranicza się do zduplikowania produktu dominanta już oferowanego na rynku sąsiadującym, ale zamierza stworzyć nowy produkt, na który istnieje potencjalne zapotrzebowanie ze strony konsumentów. Wyodrębnienie tej przesłanki spotkało się z krytyką ze strony doktryny. Pojęciu „nowy produkt” zarzucano zbytnią niejasność, za błąd uważano brak dalszego rozwinięcia i wyjaśnienia tego wyrażenia przez sąd w treści wyroku. Według M. Surdek bardziej odpowiednie byłoby posłużenie się terminem „niebędący substytutem”, gdyż miał on już ugruntowane w orzecznictwie znaczenie⁹⁵. W obecnym stanie trudno było bowiem stwierdzić, czy TSUE chodziło o produkt całkiem nowy czy tylko o produkt udoskonalony.

Podsumowując, odmowa udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej – tutaj w postaci systemu stworzonego przez IMS Health niezbędnego do zaprezentowania danych dotyczących sprzedaży produktów farmaceutycznych – może stanowić nadużycie pozycji dominującej, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki: przedsiębiorstwo domagające się udzielenia licencji zamierza wprowadzić na rynek sąsiadujący produkt dotąd nieoferowany przez dominanta, na który istnieje potencjalne zapotrzebowanie konsumentów; odmowa nie jest obiektywnie uzasadniona oraz powoduje zarezerwowanie sobie rynku sąsiadującego przez dominanta poprzez wyeliminowanie wszelkiej konkurencji na tym rynku. Co więcej, zaangażowanie użytkowników w tworzenie systemu oraz kosztą związane z rozpoczęciem użytkowania alternatywnego produktu przez potencjalnych użytkowników muszą być brane pod uwagę przy ocenie, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej.

⁹⁴ M. Surdek, *op. cit.*, s. 65.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 65.

Najistotniejsze implikacje, jakie miało orzeczenie w tej sprawie, to przede wszystkim potwierdzenie i uporządkowanie dotychczasowych kryteriów ustalenia nadużycia pozycji dominującej, a także wskazanie, iż muszą one występować łącznie. Niektórzy uważają, że wyrok ten potwierdził stosowanie w Unii Europejskiej „doktryny urządzeń kluczowych” do spraw związanych z prawem własności intelektualnej oraz jednocześnie dopasował tę doktrynę do specyfiki tej dziedziny prawa – tzn. nadal uwzględniał dystynkcję na dobra materialne i niematerialne⁹⁶. Użycie „doktryny urządzeń kluczowych” wobec tych ostatnich obwarowane było bowiem surowszymi warunkami dzięki wprowadzeniu kryterium nowego produktu.

Jednakże orzeczenie to wywołało również duże kontrowersje. Oprócz tego, że mocno krytykowane było użycie pojęcia „nowego produktu”, z niezadowolaniem spotkało się również szerokie ujęcie rynku sąsiadującego (tzn. uznanie rynku potencjalnego oraz hipotetycznego). Takie założenie prowadzi bowiem do sytuacji, w której prawa własności intelektualnej zawsze będą mogły stanowić odrębny hipotetyczny rynek, nawet jeśli posiadacz nie będzie chciał ich sprzedawać. Aby móc stosować „doktrynę urządzeń kluczowych”, istnieć powinny dwa rynki, a funkcjonowanie na jednym z nich uzależnione powinno być od dostępu do urządzenia oferowanego na tym drugim. Według krytyków w sprawie *IMS Health* istniał tylko jeden rynek, dlatego też „doktryna urządzeń kluczowych” nie powinna być w niej zastosowana, a posiadanie prawa własności było tylko atutem konkurencyjnym przedsiębiorstwa i nie kreowało obowiązku dzielenia się nim z osobami trzecimi.

W Stanach Zjednoczonych orzeczenie to okrzyknięto wyrokiem sprzyjającym bardziej konkurentom dominanta aniżeli samej konkurencji. Jednakże przez wielu wyrok ten nadal był bagatelizowany. Uważano go bowiem jedynie za aberrację – odchylenie od normalności spowodowane nietypowym stanem faktycznym⁹⁷. Nie przewidywano, że podobne sprawy jeszcze kiedykolwiek trafią przed TSUE. Były to jednak płonne nadzieje, gdyż kilka lat później światło dzienne ujrzała wzbudzająca jak dotychczas największe kontrowersje sprawa *Microsoft*.

2.3.4. Analiza przesłanek nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji, które pojawiły się w orzecznictwie do czasu sprawy *Microsoft*

Analiza orzecznictwa poprzedzającego wyrok w sprawie *Microsoft* i odnoszącego się pośrednio lub bezpośrednio do odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej ewidentnie wskazuje na występowanie problemu, jakim jest nieuchwytność granicy między istnieniem a wykonywaniem prawa własności intelektualnej. Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, iż konfuzja ta powodowana jest specyfiką praw własności intelektualnej, które w swojej istocie zakładają wyłączność oraz skuteczną ich ochronę wobec osób trzecich. Wyrok w sprawie *Magill* ich zdaniem jest nieporozumieniem, gdyż błędnie zrównuje fakt posiadania prawa własności intelektualnej z posiada-

⁹⁶ *Ibidem*, s. 64.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 65.

niem pozycji dominującej, a dalej z jej nadużyciem w wyniku zwyczajnego wykonywania swojego prawa. C. Miller utrzymuje, że w przypadku posiadania prawa własności intelektualnej nieistotny jest dodatkowy fakt posiadania pozycji dominującej, gdyż już na tym etapie posiadacz prawa własności intelektualnej jest w stanie wpływać na innych uczestników obrotu gospodarczego⁹⁸. Dlatego też posiadanie prawa własności intelektualnej zawsze będzie zakłócało konkurencję.

Niezależnie od głosów sprzeciwu orzeczenia w sprawach *Magill* i *IMS Health* potwierdziły, iż wykonywanie prawa własności intelektualnej jak najbardziej podlega prawu konkurencji oraz może w wyjątkowych okolicznościach stanowić nadużycie pozycji dominującej. Przed zaprezentowaniem stanowiska sądu w traktowanym jako przełomowe orzeczeniu w sprawie *Microsoft* warto byłoby dokonać kompilacji i łącznej analizy dotychczasowo wypracowanych elementów, których pojawienie się miało przesądzać o nadużyciu pozycji dominującej.

Jednym z kryteriów było zapobiegnięcie pojawieniu się nowego produktu, na który istnieje zapotrzebowanie ze strony konsumentów. Przesłanka ta budziła wiele zastrzeżeń w doktrynie ze względu na zbytnią ogólnikowość wyrażenia oraz brak rozwinięcia jej treści przez orzecznictwo. TSUE w sprawie *IMS Health* ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że odmowa udzielenia licencji może stanowić nadużycie pozycji dominującej tylko w sytuacji, gdy uniemożliwia wprowadzenie przez ubiegającego się o licencję przedsiębiorcę nowego produktu lub usługi, a nie tylko powielenie produktów lub usług już oferowanych przez dominanta na rynku wtórnym⁹⁹. Były to jedyne wskazówki, których udzielił TSUE w tej sprawie, pozostawiając ostateczne ustalenie spełnienia przesłanki w gestii sądów krajowych.

Jak zatem należy rozumieć pojęcie „nowego produktu”? Wśród doktryny ujmowano je zarówno w sposób wąski, jak i szeroki. Jednym z najczęściej prezentowanych poglądów było przekonanie, że „nowym produktem” określać powinno się tylko taki, który nie stanowi zamiennika dla produktu już oferowanego i tworzy nowy rynek sąsiadujący względem rynku właściwego. Jednakże, jak pokazało orzeczenie w sprawie *IMS Health*, „nowy produkt” niekoniecznie oznaczać musiałby zupełnie odrębny od istniejącego produktu wytwór. Wystarczy, że byłby jego duplikatem wzbogaconym o nowe właściwości. Okazało się zatem, że wbrew temu, co zdążono do tej pory ustalić, produkt kwalifikujący się pod określenie „nowy” nie tworzyłby odrębnego rynku sąsiadującego.

O ile w sprawie *Magill* jak najbardziej mieliśmy do czynienia z zupełnie nowym, nieoferowanym dotychczas produktem, o tyle niekoniecznie było tak w przypadku sprawy *IMS Health*. W tym stanie faktycznym na rynek próbowano wprowadzić duplikat istniejącego produktu wyposażony w rzekomo nowe funkcje. Ścieranie się tych dwóch odmiennych opinii prowadzi do pytania o stopień nowości, jaki musi zostać zaprezentowany przez produkt, aby spełniona została przesłanka testu *Magill/IMS Health*. Na poziom ten wpływ może mieć kilka różnych czynników: nowość na rynku, cena, jakość, istotne ulepszenie. Pierwszy z nich – nowość – rzeczywiście równoznaczny jest ze speł-

⁹⁸ M. Górka, *op. cit.*, s. 14.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 15.

nieniem przesłanki „nowego produktu”, natomiast kolejne cechy nie wykluczają możliwości wystąpienia imitacji produktu już oferowanego. Kryterium „nowości produktu” jest na tyle niejednoznaczne, iż może okazać się, że w przesłance tej zmieści się nawet taki sam produkt, ale oferowany w znacznie korzystniejszej cenie albo na korzystniejszych warunkach niż produkt pierwotny¹⁰⁰. Mimo iż spora część doktryny podtrzymuje, że produktem nowym możemy nazwać tylko taki, który dotychczas nie istniał na rynku lub który jest zdecydowanie ulepszoną wersją starego, to nie można wykluczyć sytuacji, w której za produkt nowy zostanie uznany towar, w którym dokonano tylko nieznacznych modyfikacji. W obliczu dynamicznie rozwijającego się rynku nowych technologii nawet stopień modyfikacji może okazać się trudny do ocenienia w kontekście przesłanki „nowego produktu”. Istnieje wiele produktów, których immamentną cechą jest właśnie stałe unowocześnianie samych komponentów, a nie zmiana całego produktu¹⁰¹. Pojawiają się także głosy opowiadające się za tym, aby nawet zmiany hipotetyczne, mogące stanowić przedmiot zainteresowania ze strony konsumenta, traktować jako spełniające przesłankę „nowego produktu”¹⁰².

Nadal jednak nie ma pewności, jak odnosić się do sytuacji, w której przedsiębiorca chciałby oferować produkt będący komplementarnym w stosunku do produktu pierwotnego. Nie byłby to bowiem produkt nowy ani nawet substytut już istniejącego, tylko towar mający ułatwić korzystanie z produktu pierwotnego lub taki, którego sens użytkowania uzależniony byłby od spełnienia wymogu interoperacyjności z produktem pierwotnym.

Innym sposobem interpretowania wyrażenia „nowy produkt” jest ten proponowany przez Ch. Ahlborn, D. Evans i J. Padilla. Twierdzą oni bowiem, że nowym produktem nazwać można tylko taki, który „zaspokaja potrzeby konsumentów w sposób dotąd nieoferowany przez istniejące produkty”¹⁰³. Postulują oni wąską interpretację pojęcia, która zakładałaby konieczność oferowania możliwości dotąd niespotykanych na rynku. Produkt nie musiałby być całkiem nowy, ale powinien oferować zupełnie odmienne od dotychczasowych możliwości. Podobnie uważa A. Michalak, który utrzymuje, że za nowy produkt należy uznawać tylko „nową wersję rynkową, a nie jedynie ulepszenie bądź modyfikację istniejącego produktu”¹⁰⁴.

W doktrynie pojawia się również pogląd, jakoby kryterium „nowego produktu” niekoniecznie miało sprawdzać się we wszystkiego rodzaju sytuacjach związanych z konkurencją na rynku. O ile „konkurowanie przez imitację” rzeczywiście jest niedopuszczalne, o tyle już „konkurowanie przez substytucję” nie jest sprzeczne z prawem¹⁰⁵. Czasami uważane jest wręcz za sprzyjające rozwojowi i postępowi technologicznemu. Należy jednak mieć na uwadze, że substytutem będzie tylko produkt niebędący powieleniem już oferowanego, a taki, który zawiera ulepszenia odpowiadające na zapotrzebowanie konsumentów.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 15.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 15.

¹⁰² *Ibidem*, s. 16.

¹⁰³ *Ibidem*, s. 16.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 16.

¹⁰⁵ *Ibidem*, s. 16.

Zdaniem J. Drexla, gdy barierą pojawienia się na rynku substytutu jest brak dostępu do prawa własności intelektualnej, za uzasadnione należy uznać żądanie uzyskania licencji na korzystanie z niego. Odmowa oznaczałaby bowiem znaczne utrudnienie dopuszczalnej „konkurencji poprzez substytucję”. J. Drexl nadmienia, że gdy na niepowojenie się nowego produktu na rynku wpływ mają czynniki zewnętrzne, np. w postaci efektu przywiązania konsumentów do danego standardu, a nie samo prawo własności intelektualnej, wtedy niemożliwe jest zastosowanie testu „nowego produktu” i nie dojdzie do naruszenia art. 102 TFUE.

Zupełnie inaczej na problem nowości produktu zapatrują się ekonomiści. Nie zgadzają się oni z obiema przyjętymi w doktrynie interpretacjami pojęcia, gdyż ich zdaniem konsumenci nie przywiązują się do produktu jako takiego, a do jego właściwości czy oferowanych funkcji. F. Leveque uważa, że kryterium nowości spełni zarówno produkt posiadający całkiem nowe właściwości, jak i ten, który oferuje ich ulepszoną wersję. Według ekonomistów przy ocenie spełnienia przesłanki testu Magill/IMS Health powinno się brać pod uwagę to, czy konsument będzie skłonny zapłacić za „nowy produkt”, którym jest dokonane ulepszenie.

W teście Magill/IMS Health mamy do czynienia również z przesłanką „niezbędności” – tj. sytuacji, w której w celu prowadzenia działalności gospodarczej na rynku sąsiadującym konieczne jest uzyskanie licencji na prawo własności intelektualnej tworzącego rynek właściwy. Aby móc ustalić, czy rzeczywiście taki dostęp jest niezbędny, należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy istnieją alternatywne sposoby stworzenia produktu lub usługi, nawet jeśli miałyby okazać się mniej korzystne dla konkurenta zamierzającego wkroczyć na rynek sąsiedni, oraz czy pojawiają się w danej sprawie przeszkody ekonomiczne i prawne mogące utrudnić lub uniemożliwić takie działanie. Jak stwierdził TSUE, dla potrzeby wykazania takich przeszkód sąd krajowy ustalić musiałby, że stworzenie produktu w sposób alternatywny nie jest dla przedsiębiorcy konkurującego opłacalne na skalę porównywalną do tej, w jakiej funkcjonuje dominant. Z opłacalnością wiąże się natomiast kwestia udziału innych podmiotów (np. konsumentów) w tworzeniu danego produktu, a także koszty związane z dostosowaniem swojej działalności do nowego produktu. Zbytne przykładanie uwagi do tych okoliczności zostało mocno skrytykowane przy okazji wyroku w sprawie *IMS Health*. Dla wielu jednak zaangażowanie konsumentów w proces tworzenia produktu przesądzało o jego większej wartości na rynku.

Kolejną przesłanką wyodrębnioną w orzecznictwie poprzedzającym sprawę *Microsoft* był brak uzasadnienia dla odmowy udzielenia licencji. Kryterium to nie doczekało się bardziej szczegółowego rozwinięcia w żadnym z orzeczeń. Oskarżone o nadużycia strony usiływały bronić swoich racji argumentem „istoty prawa wyłącznego”, które sąd uznał za niewystarczające dla umotywowania słuszności odmowy licencjonowania¹⁰⁶. Pojawiła się zatem idea, jakoby ochrona „zachęty do innowacji” była w stanie ostatecznie przekonać sąd. Jedną z najbardziej trapiących kwestii była sytuacja, w której przedsiębiorca dominujący odmawiał udzielenia licencji ze względu na własne próby wpro-

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 20.

wadzenia na rynek nowego produktu odpowiadającego potrzebom konsumentów. Żadne z orzeczeń nie udzieliło odpowiedzi na to pytanie, a nie da się ukryć, że negatywne rozstrzygnięcie w tej kwestii mogłoby prowadzić do „zamrożenia działalności innowacyjnej”¹⁰⁷.

Ostatnią przesłanką składającą się na test Magill/IMS Health było wyeliminowanie wszelkiej konkurencji na rynku sąsiednim. Wielu autorów twierdzi, że nie powinna ona stanowić odrębnego kryterium, gdyż stanowi niejako część składową „przesłanki niezbędności”. Odmowa udzielenia licencji przez posiadacza produktu lub usługi niezbędnych do funkcjonowania na rynku sąsiednim automatycznie eliminuje wszelką konkurencję na tym rynku. Dlatego też wyodrębnienie tej przesłanki wydaje się być sztuczne. Jak można zauważyć, kryterium to zakłada istnienie dwóch rynków – właściwego i sąsiadującego. Rynek właściwy kreuje produkt lub usługi oferowane przed dominanta, natomiast rynek sąsiadujący to taki, na którym funkcjonowanie przez przedsiębiorcę konkurującego uzależnione jest od dostępu do produktu lub usługi oferowanego przez dominanta na rynku właściwym. Taki rynek nie musi faktycznie istnieć, wystarczy, że jest potencjalny lub nawet hipotetyczny. Kluczowe będzie wyodrębnienie występowania dwóch powiązanych ze sobą etapów produkcji. Powiązanie to powinno polegać na tym, że produkt z rynku właściwego (pierwotnego) jest niezbędny do dostarczenia produktu na rynku sąsiadującym (wtórnym).

W takim rozumowaniu można jednak zauważyć pewną sprzeczność, a mianowicie to, że pewne stadia produkcji można wyodrębnić tylko na istniejącym już rynku. Nasuwa się zatem pytanie, jak w takiej sytuacji traktować powinno się dopuszczenie przez sąd występowania rynku zaledwie potencjalnego albo hipotetycznego. V. Korah twierdzi, że dzięki temu dominant będzie w stanie w bardzo prosty sposób uniknąć spełnienia tej przesłanki poprzez udzielenie licencji kontrahentowi niebędącemu w stanie zagrozić jego pozycji na rynku (tzw. *bonsai competition*)¹⁰⁸. Nie będzie musiał obawiać się zagrożenia ze strony konkurencji, a równocześnie nie spowoduje wyeliminowania wszelkiej konkurencji na danym rynku.

Test Magill/IMS Health, mimo że bardzo często krytykowany, został powszechnie przyjęty przy rozstrzyganiu spraw z zakresu nadużycia pozycji dominującej w wykonywaniu prawa własności intelektualnej. Gdy na horyzoncie pojawiła się sprawa *Microsoft*, rozpoczęły się żywe dyskusje nad tym, w jaki sposób „test wyjątkowych okoliczności” zostanie dostosowany do tak nietypowego stanu faktycznego.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 20.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 19.

3. Odmowa dostępu do informacji o interoperacyjności stanowiąca nadużycie pozycji dominującej poprzez wykonywanie prawa własności intelektualnej – na przykładzie sprawy *Microsoft*

Obawy związane ze sprawą *Microsoft* wynikały przede wszystkim z nietypowego stanu faktycznego, którego główny element stanowił specyficzny charakter rynku, na którym funkcjonowało i nadal funkcjonuje przedsiębiorstwo Microsoft i jego konkurenci. Stosunkowo młody rynek nowych technologii stał się w ostatnich czasach niezwykle ważnym sektorem gospodarki, a dzięki swojemu niemalże nieograniczonemu zasięgowi geograficznemu wykreował arenę globalnej konkurencji¹⁰⁹. Poza kolosalnymi przychodami rynek ten generuje również wiele sytuacji spornych pomiędzy prześcigającymi się za pomocą innowacyjnych rozwiązań przedsiębiorstwami. Z uwagi na jego dynamiczny rozwój oraz nieprzewidywalność ustawodawca często nie nadąża z wprowadzaniem regulacji prawnych odnoszących się do produktów będących na nim przedmiotem obrotu. To z kolei negatywnie wpływa na efektywność kontroli antymonopolowej i sprawia, że rynek ten jest bardziej podatny na próby zniekształcenia istniejącej na nim konkurencji.

Prawa własności intelektualnej, stanowiące klucz do funkcjonowania na rynku nowych technologii, pozwalają przedsiębiorcom nie tylko na odzyskanie zainwestowanego kapitału, ale umożliwiają im również osiągnięcie wyjątkowej pozycji na rynku. Charakterystyczna dla tego rynku „superdominacja”, powodowana efektem sieci i standaryzacją produktu sprawia, że coraz częściej przedsiębiorcy pod płaszczykiem ochrony swoich praw wyłącznych usiłują przemycić działania o ewidentnie antykonkurencyjnych pobudkach. Pomimo wielu negatywnych następstw takiego postępowania niełatwo w jednoznaczny sposób rozstrzygnąć kwestię przymuszania przedsiębiorców do dzielenia się owocami ich wieloletniej pracy. Często bowiem możliwość odzyskania zainwestowanego kapitału pobudza przedsiębiorców do podejmowania dalszych innowacyjnych działań w celu nieustannego ulepszania swojego produktu, co może mieć tylko i wyłącznie pozytywny wpływ na dobrobyt konsumenta. Także rozprzestrzeniające się zjawisko standaryzacji produktu ma swoje korzyści, czasami nawet przewyższające te płynące z zagwarantowania konsumentowi większego wyboru. Pozbawianie dominantów ochrony ich prawa wyłącznego może prowadzić do sytuacji, w której innowacyjność na rynku zostanie całkowicie zamrożona. Trudno jednak przewidzieć reakcję przedsiębiorcy, gdyż równie prawdopodobne jest, że dominant pozbawiony wszelkiej konkurencji osiadzie na laurach i nie będzie w żaden sposób motywowany do rozwijania swojego potencjału innowacyjnego. Kolejną charakterystyczną cechą rynku nowych technologii jest to, że taką pozycję również szybko można zarówno zdobyć, jak i utracić – nieprzewidywalność i nieustanny wyścig technologiczny mogą sprawić, że rozkład sił na rynku błyskawicznie się zmieni, a poprzedni dominant nękany rygorystycznym prawem antymonopolowym nie zdąży odzyskać poczynionych nakładów.

¹⁰⁹ K. Chałubińska-Jentkiewicz, M. Karpiuk, *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2015, s. 31.

W związku z nietypowymi okolicznościami sprawy wydawać by się mogło, że wyrok TSUE będzie miał równie rewolucyjny charakter. Opinie w tej kwestii są jednak podzielone. Część doktryny błyskawicznie okrzyknęła orzeczenie TSUE mianem nowego testu cechującego się innowacyjnymi rozwiązaniami, ale pojawiło się również wiele głosów niezadowolenia. Niektórzy zarzucali wyrokowi TSUE zbyt tradycyjne podejście do sprawy, zwłaszcza w świetle zapowiadanych zmian w sposobie interpretacji art. 102 TFUE, która miała przyjąć bardziej ekonomiczny wymiar¹¹⁰. Co więcej, wielu komentatorom nie podobało się także to, jak mocno ekwilibrystycznych zabiegów dopuścił się TSUE, aby móc do zaistniałego stanu faktycznego zastosować już wypracowane w orzecznictwie przesłanki. Doprowadziło to do sytuacji, w której zamiast rozwiązać wątpliwości poprzez doprecyzowanie przesłanek nadużycia pozycji dominującej, wprowadzono jeszcze większy chaos i niepewność co do obowiązującego prawa. To z kolei będzie miało niemały wpływ na podejmowane przed przedsiębiorstwa funkcjonujące na rynku nowych technologii działania.

Microsoft Corporation to zdecydowanie jedno z najbardziej liczących się i wpływowych przedsiębiorstw na tym rynku. Jest ono producentem jednego z najpowszechniej rozpoznawanych na świecie produktów – systemu operacyjnego Windows, który stał się faktycznym standardem na rynku i stanowi nie lada wyzwanie dla przedsiębiorstw chcących konkurować z Microsoft. Dlatego też każde podejmowane przez Microsoft działanie od razu budzi zainteresowanie nie tylko konkurentów, ale i organów antymonopolowych oraz spotyka się z wnikliwą analizą pod kątem wywoływania negatywnego efektu na stan konkurencji i dobrobyt konsumenta.

Trudno się zatem dziwić, że kiedy spółka z Redmond odmówiła udzielenia licencji na informacje dotyczące interoperacyjności ze swoim systemem, w przemyśle nowych technologii wybuchła burza co do legalności tej decyzji. Przedsiębiorstwo Sun Microsystems zajmujące się dostarczaniem systemów operacyjnych dla grup roboczych wniosło na Microsoft skargę do Komisji Europejskiej. Zarzucało mu naruszenie art. 102 TFUE, a mianowicie nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia dostępu do informacji o interoperacyjności, które umożliwiałoby mu i pozostałym konkurentom Microsoft utrzymanie się na rynku systemów operacyjnych dla grup roboczych. To, co sprawia, że dostęp do tych informacji jest kluczowy, to fakt, iż pozwalają one na kompatybilność i współpracę z powszechnie użytkowanym systemem Windows. Jest to funkcjonalność, której oczekują klienci decydujący się na zakup produktu innego niż standardowy. Bardzo szybko pojawiły się głosy krytyczne wobec rzeczywistej niezbędności tych informacji. Niektórzy uważali, że dostęp do nich ułatwi konkurentom skopiowanie produktu Microsoft, a nie stworzenie atrakcyjnego dla konsumentów nowego produktu. Inni nazwali te informacje „dogodnymi”, mającymi zaledwie zaoszczędzić trudów i czasu, których wymagałoby zastosowanie alternatywnych rozwiązań, których według argumentacji Microsoft było co najmniej kilka. Liczne kontrowersje towarzyszyły nie tylko zastosowaniu „przesłanki niezbędności”, ale niemal wszystkich wypracowanych dotychczas przez sądy unijne przesłanek.

¹¹⁰ E. Stępień, *op. cit.*, s. 90.

Zanim jednak zaprezentowane i przeanalizowane zostanie stanowisko TSUE w tej sprawie oraz ze względu na szczególnie zasięg geograficzny problemu Microsoft, warto zapoznać się z dotychczasowym orzecnictwem sądów amerykańskich, traktującym o relacjach prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Jak się bowiem okazuje, zasady wypracowane przez tamtejsze sądy wcale nie są zbieżne z europejskim orzecnictwem i dlatego sprawa *Microsoft* potoczyła się dwoma różnymi torami.

3.1. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w orzecnictwie sądów amerykańskich

Naczelna zasada rządząca prawem własności intelektualnej wypracowana została w orzeczeniu w sprawie *Continental Paper Bag p. Eastern Paper Bag*¹¹¹. Wtedy też Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził, że właściciel prawa własności intelektualnej nie jest zobowiązany ani do korzystania ze swojego prawa, ani do udzielania licencji na takie korzystanie osobom trzecim. Dlatego też działanie właściciela polegające na pozwaniu konkurenta za naruszenie jego prawa, chociażby miało na celu tylko i wyłącznie wyeliminowanie konkurencji, nie stanowi z jego strony nadużycia. W przeciwieństwie do rozstrzygnięć sądów unijnych, na gruncie prawa amerykańskiego uważa się, że przedsiębiorstwo, które legalnie uzyskało patent, nie może ponosić odpowiedzialności wynikającej z ustawy Sherman Act za odmowę udzielenia licencji zmierzającą do utrzymania nabytego zgodnie z prawem monopolu. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której takie zachowanie będzie prowadziło do odpowiedzialności. Podobne przypadki trafiały do rozstrzygnięcia przez sądy amerykańskie dość rzadko i rozstrzygano w nich na zasadzie wyjątku od generalnej zasady. Dotyczyły też raczej stanów faktycznych, w których wykonywanie prawa własności intelektualnej wykraczało poza zakres przedmioty tego prawa. Orzeczenia te można podzielić na dwie grupy: pierwszą, w której prawo własności intelektualnej strony chciały traktować jako urządzenie kluczowe, i drugą, w której odmowa licencjonowania uważana była przez strony za działanie ograniczające konkurencję, prowadzące do monopolu i tym samym naruszające ustawę Sherman Act.

W pierwszej kategorii istotny wpływ na dalsze rozstrzygnięcia miał test stworzony przez sąd w sprawie nie dotyczącej bezpośrednio prawa własności intelektualnej. W orzeczeniu *MCI p. AT&T*¹¹² przedstawione zostały cztery przesłanki, których łączne spełnienie przesądzało o zasadności żądania dostępu do urządzenia kluczowego: 1) znajdowanie się urządzenia kluczowego w posiadaniu monopolisty; 2) niemożliwość zduplikowania urządzenia przez żądającego licencji; 3) odmowa dostępu do urządzenia, w sytuacji gdy 4) takie udostępnienie było możliwe w normalnym toku prowadzenia działalności gospodarczej¹¹³.

Sąd amerykański dwukrotnie orzekał o niespełnieniu tego testu – w sprawie *Intergraph Corp. p. Intel Corp.* oraz *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.* W pierwszej z nich

¹¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Continental Paper Bag p. Eastern Paper Bag*, 210 U.S. 405 (1908).

¹¹² Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *MCI p. AT&T*, 512 U.S. 218 (1994).

¹¹³ M. Surdek, *op. cit.*, s. 56.

przedsiębiorstwo Intel żądało udzielenia dostępu do mikroprocesorów produkowanych przez Intergraph Corp., jego zdaniem niezbędnych do prowadzenia działalności polegającej na produkcji i sprzedaży komputerów stacjonarnych. Sąd orzekł, że stan faktyczny nie czyni zadość warunkom testu, gdyż przedsiębiorstwa te nie konkurowały ze sobą na rynku właściwym¹¹⁴.

Natomiast w sprawie *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.*¹¹⁵ sąd amerykański uznał, że doktryna urządzeń kluczowych stosowana może być jedynie w przypadkach monopolu naturalnego albo monopolu utrzymywanego przez państwo. Ponadto, aby urządzenie uznać za niezbędne, musi być ono niezbędne zarówno dla utrzymania indywidualnej zdolności konkutowania, ale także ogólnej konkurencji na rynku. Sąd podkreślił, że nawet monopolisci mają prawo do udoskonalania swoich produktów i nie powinno się tego prawa ograniczać ze względu na ryzyko wyeliminowania konkurencji, gdyż prowadzić może to do zamrożenia aktywności innowacyjnej.

Nadal kontrowersyjna pozostawała kwestia uznawania prawa własności intelektualnej za urządzenia kluczowe. Do tej pory sądy amerykańskie nie zdecydowały się na jej ostateczne rozstrzygnięcie. Co więcej, można dopatrzeć się coraz większego odstępowania od stosowania doktryny *essential facilities*. Zarzuca się jej to, iż sprzeczna jest z celami prawa konkurencji, ponieważ w dłuższej perspektywie zniechęca przedsiębiorstwa do podejmowania inwestycji związanych z takimi urządzeniami. Sądy amerykańskie uważają również, że nie posiadają wystarczających kompetencji ani instrumentów pozwalających im na podejmowanie decyzji o wysokości opłat za udzielenie dostępu do takich urządzeń.

Podobną ostrożnością cechują się wobec ingerencji prawa antytrustowego w prawo własności intelektualnej. Dlatego procesujące się strony bardzo często odwołują się do argumentu monopolistycznych zamiarów podmiotu będącego w posiadaniu prawa własności intelektualnej. Takie działanie z jego strony wykraczałoby bowiem poza zakres przedmiotowy jego prawa, a dla jego przeciwników jest jedyną szansą na zwyciężenie w sporze. I w taki właśnie sposób w sprawie *Xerox*¹¹⁶ podmioty, którym producent kserokopiarek odmówił dostarczenia produktów zamiennych do naprawy, próbowały przekonać sąd o swoich racjach. W odpowiedzi firma Xerox broniła się uzyskaniem patentu zapewniającego jej ochronę prawną ich produktu i możliwość odmowy udzielenia na niego licencji. Sąd przyznał jej rację i stwierdził, że prawo z patentu daje firmie możliwość kontrolowania rynku naprawy kopiarek. Jednocześnie przytoczył okoliczności, w których odmowa udzielenia licencji mogłaby być ograniczona. Stałoby się tak, gdyby patent nabyto w wyniku oszustwa; pozew o naruszenie patentu był oczywiście bezzasadny albo odmowa zmierzała do monopolizacji rynku. W rezultacie sąd amerykański w sprawie *Xerox* ustanowił nieobalalne domniemanie legalności takiej odmowy i nie wyraził zgody na dalsze badanie motywów przedsiębiorstwa¹¹⁷.

¹¹⁴ *Intergraph Corp. p. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

¹¹⁵ *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.*, 995 F. Supp. 728 (S. D. Tex. 1998).

¹¹⁶ *CSU p. Xerox*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

¹¹⁷ M. Surdek, *op. cit.*, s. 58.

Bardzo podobnymi okolicznościami faktycznymi charakteryzowała się sprawa *Data General*¹¹⁸. Twórca programu diagnostycznego służącego do naprawy sprzętu komputerowego odmówił dalszej dostawy swojego produktu firmom zajmującym się niezależną naprawą. Mimo to firmy nadal korzystały z jego oprogramowania, uznając jego działanie za próbę zmonopolizowania rynku. W przeciwieństwie do wyroku w sprawie *Xerox* tym razem sąd przychylił się ku koncepcji obalalnego domniemania legalności odmowy. Pod tym pojęciem kryć się miało przekonanie, że taka odmowa jest uzasadniona istotą prawa własności intelektualnej, tj. jego wyłącznością, i stanowi działanie dopuszczalne przez prawo, nawet jeśli spowodować miałyby szkodę dla konsumenta. Ograniczenia jednak doznaje w przypadku prowadzenia do monopolizacji rynku. Sąd w analizowanej sprawie nie odnalazł podstaw do stwierdzenia obalenia domniemania. Inne rozstrzygnięcie podważałoby sens ochrony patentowej i prawnoautorskiej oraz mogłoby w niekorzystny sposób wpłynąć zarówno na działalność innowacyjną ze strony uprawnionego, jak i na działalność konkurencyjną na rynku. Dlatego sąd w swoisty sposób przyznał priorytet prawu autorskiemu oraz korzyściom płynącym z innowacji i za bezzasadne uznał wnikanie w motywy odmowy udzielenia licencji.

Sprawy *Xerox* i *Data General* były do siebie bardzo zbliżone zarówno pod względem okoliczności faktycznych, jak i ostatecznych rozstrzygnięć sądów. Różniły się jedynie kwestią możliwości obalenia domniemania legalności. W obu przypadkach sąd stwierdził, że wnikanie w umotywowanie odmowy udzielenia licencji jest nieuzasadnione. Natomiast sprawa *Image Technical*¹¹⁹ przyjęła nieco inny kierunek i sąd doszedł do konkluzji, że konieczne jest wzięcie pod uwagę ignorowane wcześniej motywy. Firma Kodak, po tym jak odmówiła dalszych dostaw swojego produktu, toczyła wieloletni spór z dotkniętymi przez odmowę podmiotami. Jednak w przeciwieństwie do *Xerox* czy *Data General* argumentem ochrony wynikającej z patentu posłużyła się zdecydowanie za późno. W związku z tym sąd po przeanalizowaniu stanu faktycznego pod kątem domniemania legalności odmowy orzekł, że domniemanie to zostało w tym wypadku skutecznie obalone. Okazało się bowiem, że tylko część produktów Kodak była chroniona patentem, a przedsiębiorstwo posłużyło się tym argumentem tylko w celu zamaskowania swojego rzeczywistego celu, jakim była chęć zmonopolizowania rynku¹²⁰.

Obserwacja orzeczniczej aktywności sądów amerykańskich pozwala dojść do wniosku, że prawo amerykańskie co do zasady uznaje argument prawa własności intelektualnej za wystarczający dla uzasadnienia odmowy udzielenia licencji. Istnieją jednak pewne okoliczności, w których zasada ta dozna ograniczeń. Posługiwanie się tym argumentem regularnie zwalczane jest przez sądy w przypadkach, w których dostrzegają one monopolistyczne zamiary uprawnionych podmiotów. Porównując amerykańską linię orzeczniczą do europejskiej, śmiało można stwierdzić, iż sądy amerykańskie bardziej przychylne są ochronie praw własności intelektualnej aniżeli prawa konkurencji. Nikogo zatem nie zdziwi fakt, że sprawa *Microsoft* (jak wiele innych z udziałem tego

¹¹⁸ *Data General p. Grumman Systems Support*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).

¹¹⁹ *Image Technical Services p. Eastman Kodak*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

¹²⁰ M. Surdek, *op. cit.*, s. 59.

przedsiębiorstwa) zakończyła się zawarciem ugody z Departamentem Sprawiedliwości USA. Istotną różnicą między unijnym a amerykańskim systemem ochrony konkurencji jest występowanie w USA prywatnoprawnej drogi dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych wynikających z naruszenia reguł konkurencji ustanowionych w ustawie Sherman Act. Pomimo licznych przypadków oddziaływań orzecznictwa amerykańskiego na wyroki sądów unijnych w sprawach z prawa konkurencji sprawy z pogranicza tych dwóch dziedzin pozostają wyjątkiem. Ze względu na bardzo częsty globalny zasięg takich konfliktów prawnych, nierzadko pomiędzy przedsiębiorstwami mającymi olbrzymi wpływ na światową gospodarkę, korzystne dla obu porządków prawnych byłoby wypracowanie zbliżonych katalogów przesłanek, których spełnienie uruchamiałoby odpowiedzialność za naruszenie reguł konkurencji.

3.2. Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Microsoft* (w Unii Europejskiej)

W przeciwieństwie do sądów amerykańskich sądy unijne podchodzą do zagadnienia przestrzegania reguł konkurencji bardzo rygorystycznie. Pomimo że art. 102 TFUE został skonstruowany w taki sposób, aby umożliwić dopasowanie go do aktualnie panujących realiów i priorytetów w prawie ochrony konkurencji, nadal podejście sądów unijnych wydaje się nie nadążać za potrzebami nowo powstałych rynków rządzących się zupełnie innymi zasadami. Jak pokazuje wyrok w sprawie *Microsoft*, sądy unijne wzbraniają się przed stworzeniem nowego, skrojonego na miarę rynku nowych technologii, testu i kurczowo trzymają się tego, co zostało wypracowane wiele lat temu. Przed wydaniem wyroku w sprawie *Microsoft* wielu przedstawicieli doktryny wierzyło, że nadszedł moment, w którym sąd unijny zdecyduje się na podjęcie odważnego, odwracającego dotychczasowy kierunek prawa konkurencji kroku. Ku zdziwieniu i niezadowoleniu wielu tak się jednak nie stało.

3.2.1. Przebieg postępowania przed Komisją Europejską

Jak już wcześniej zostało wspomniane, przedsiębiorstwo Sun Microsystems w poszukiwaniu alternatywnych sposobów na poprawienie swojej niekorzystnej sytuacji na rynku, opierając się na art. 3 rozporządzenia 17¹²¹, w 1998 r. złożyło skargę do Komisji Europejskiej w sprawie rzekomego naruszenia ówczesnego art. 82 (obecnie art. 102 TFUE). Nadużycie to w postaci odmowy przekazania informacji oraz technologii zapewniających „poprawną współpracę systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych z systemem operacyjnym Windows dla komputerów osobistych”¹²² miało w istotny sposób uniemożliwiać konkurowanie na rynku systemów operacyjnych dla grup roboczych. Zanim jednak Komisja wydała decyzję, sprawa *Microsoft* przez 10 lat była przedmiotem długotrwałego postępowania antymonopolowego. W 2000 r. i 2001 r.

¹²¹ Rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. z 1962 r., Nr 13, str. 204).

¹²² T. Skoczny, *Sprawa Microsoft przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft ...*, s. 29.

Komisja przedstawiła Microsoft ostateczne zarzuty odnoszące się zarówno do interoperacyjności klient-serwer, jak i serwer-serwer, a także do niebędącej przedmiotem tej analizy, ale stanowiącej równie interesujące nadużycie sprzedaży związanej. Microsoft, idąc na liczne ustępstwa w trakcie trwania postępowania (np. na kontrolowany dostęp do wypracowanych przez siebie technologii), liczyło na to, że sprawa przed unijnym organem antymonopolowym potoczy się w podobny sposób jak w Stanach Zjednoczonych i zostanie zawarta ugoda. Stało się jednak inaczej i w 2004 r. Komisja Europejska wydała decyzję, w której stwierdziła naruszenie pozycji dominującej na dwóch z trzech zdefiniowanych w decyzji rynkach właściwych, do których należały: rynek systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych i rynek odtwarzaczy strumieniowych. Na dwóch pierwszych Microsoft znajdował się w pozycji dominującej, posiadając około 90% udziału na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, gdzie jego produkt stał się *de facto* standardem w dziedzinie systemów operacyjnych, oraz około 60% na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych, gdzie Windows konkutował z takimi produktami jak Novella, Linux czy Unix. Ten drugi rynek charakteryzowały bariery wejścia w postaci silnego pośredniego efektu sieci ze względu na silne powiązanie zarówno handlowe, jak i technologiczne pomiędzy nim a rynkiem systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. Komisja stwierdziła, że Microsoft nadużył swojej pozycji dominującej poprzez przeniesienie jej z rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych na dwa pozostałe rynki. Komisja stwierdziła, że „odmowa udostępnienia informacji dotyczących interoperacyjności oraz nie udzielenie zezwolenia na ich wykorzystanie w celu opracowania i rozprowadzenia na tym rynku systemów operacyjnych konkurencyjnych wobec produktów Microsoft”¹²³ nie jest działaniem obiektywnie uzasadnionym. W ramach kary na Microsoft została nałożona grzywna w wysokości, która miała uwzględniać znaczną zdolność finansową przedsiębiorstwa i równocześnie wywoływać wobec niego wystarczający efekt odstrasżający. Uwzględniony został również długi (ponad 5 lat) czas trwania naruszenia. Ostatecznie grzywna została ustalona na 497 196 304 euro. Jednocześnie Komisja Europejska zażądała zaniechania stosowania praktyk, które stanowiły naruszenie art. 102 TFUE poprzez wykonanie nałożonych na Microsoft środków zaradczych oraz powstrzymanie się od kolejnych działań mogących mieć podobny skutek jak wykazane nadużycie. Jako środki zaradcze mające na celu wyeliminowanie skutków działania Microsoft i przywrócenie poprawnego funkcjonowania konkurencji na rynku właściwym Komisja nakazała przedsiębiorstwu udostępnić informacje o interoperacyjności, na bieżąco je aktualizować oraz ustanowić mechanizm umożliwiający innym przedsiębiorstwom zapoznanie się z zakresem i warunkami korzystania z takich informacji¹²⁴. Komisja była przekonana, że jej decyzja stanowi precyzyjne i proporcjonalne ustanowienie zasad dla przyszłych działań Microsoft. Co więcej, obok wyżej wymienionych konsekwencji Komisja zdecydowała się na ustanowienie mechanizmu monitorowania wykonania przez

¹²³ *Ibidem*, s. 32.

¹²⁴ *Ibidem*, s. 33.

Microsoft nałożonych środków. Mechanizm ten miał obejmować powołanie specjalnego pełnomocnika do spraw monitorowania, niezależnego od Microsoft, który miał kontrolować, czy informacje przekazywane konkurującym przedsiębiorstwom są kompletne i właściwe. Zaskakujące było to, że to samo Microsoft miało zaproponować taki mechanizm, a w razie niesatysfakcjonującego Komisję rezultatu zastrzegła sobie ona prawo narzucenia własnego mechanizmu w drodze decyzji.

Według Górskiej decyzja Komisji Europejskiej stanowiła „imponującą wolę od tradycyjnego [...] ugruntowanego podejścia do odmowy udzielenia licencji”¹²⁵. Prawa własności intelektualnej zostały potraktowane na równi z innymi formami prawa własności w sytuacjach odmowy udzielenia dostępu do nich, co przywołuje na myśl powrót do zasady Commercial Solvents. Górka wskazuje, że w swojej decyzji Komisja Europejska stworzyła dwa nowe testy: „test całości okoliczności” i „test zachęty do innowacyjności”¹²⁶. Pierwszy z nich miał odnosić się do okoliczności, w których odmowa udzielenia licencji stanowić będzie nadużycie art. 102 TFUE. Według niej Komisja Europejska doszła do wniosku, że nie istnieje zamknięty i wyczerpujący katalog „wyjątkowych okoliczności”, dlatego przy ocenie indywidualnych stanów faktycznych należy brać pod uwagę całość okoliczności. Tak skonstruowany test jest bardzo obszerny i przesądza o uniwersalnym zastosowaniu do różnego rodzaju sytuacji faktycznych. Autorka zwraca tutaj uwagę na jedną z okoliczności, która w znaczny sposób działa na niekorzyść Microsoft, a mianowicie fakt, że do momentu osiągnięcia pozycji dominującej na rynku właściwym przedsiębiorstwo prowadziło politykę „otwartego dostępu do informacji”, a odmowa dotyczyła jego dotychczasowego kontrahenta. Istotną okolicznością jest tutaj również występowanie „efektu sieci”¹²⁷ – sytuacji, w której produkt staje się standardem na rynku, a przyzwyczajeni do niego (jego poziomu, zasięgu, funkcjonalności *etc.*) konsumenci nie chcą korzystać z innych alternatywnych produktów, nawet jeśli są one nowocześniejsze. Taki stan powoduje powstanie istotnej bariery wejścia na rynek dla nowych przedsiębiorstw. Dlatego też zdaniem Górskiej pozycja dominująca powstaje nie na skutek wykonywania prawa własności intelektualnej, ale jako następstwo efektu tak silnego przyzwyczajania konsumentów do danego produktu.

Z kolei „test zachęty do innowacyjności” stanowił odpowiedź na argument Microsoft, że udzielenie licencji doprowadzi do skopiowania jego produktu przez konkurentów. Ów test polega na wyważaniu dwóch interesów: negatywnego wpływu licencji na innowacyjność dominanta i pozytywnego wpływu na cały przemysł. Komisja doszła do wniosku, że w tych okolicznościach faktycznych przeważa ten drugi interes. W przeciwnym razie doszłoby do wyeliminowania całej konkurencji na rynku i postawienia Microsoft w sytuacji, w której nie działałyby na niego żadne bodźce zachęcające do działalności innowacyjnej.

¹²⁵ M. Górka, *op. cit.*, s. 21.

¹²⁶ *Ibidem*, s. 21.

¹²⁷ E. Stępień, *op. cit.*, s. 84.

3.2.2. Przebieg postępowania przed Sądem Pierwszej Instancji

W odpowiedzi na decyzję Komisji Europejskiej Microsoft złożył odwołanie do Sądu Pierwszej Instancji i domagał się zastosowania środków tymczasowych w postaci zawieszenia wykonania nakazu zaniechania oraz środków zaradczych zawartych w decyzji Komisji aż do czasu rozstrzygnięcia w sprawie głównej. Komisja dobrowolnie zawiesiła owe środki aż do czasu rozstrzygnięcia przez SPI w sprawie wniosku o zawieszenie wykonania decyzji. Po wysłuchaniu ustnym przed prezesem SPI sąd oddalił wniosek Microsoftu. Uznał, że mimo iż warunek *fumus boni iuris* (istnienie sporu zasługującego na rozstrzygnięcie przez sąd) został spełniony, to firmie Microsoft nie grozi żadna poważna i nieodwracalna szkoda, a sprawa nie ma charakteru pilnego. Microsoft bowiem argumentował, iż upowszechnienie specyfikacji protokołów komunikacyjnych doprowadzi do naruszenia prawa własności intelektualnej, wolności gospodarczej, a także spowoduje nieodwracalne zmiany warunków na rynku¹²⁸. Co więcej, wpłynie na obniżenie wartości systemu Windows poprzez naruszenie pierwotnej koncepcji jego budowy, a także negatywnie odbije się na reputacji przedsiębiorstwa. Sprawa główna ciągnęła się niemal przez 3 lata przed coraz to szerszym składem SPI – zaczynając od czwartej izby SPI w składzie zwykłym, na wielkiej izbie sądu skończywszy. Przez 2 lata postępowanie odbywało się w formie pisemnej, a w 2006 r. rozpoczęła się procedura ustna. Ostateczny wyrok SPI zapadł 17 września 2007 r. W skardze dotyczącej sprawy głównej Microsoft domagał się uchylenia decyzji Komisji Europejskiej, uchylenia lub istotnego obniżenia wysokości grzywny oraz obciążenia Komisji kosztami postępowania. Przedsiębiorstwo zarzucało Komisji, że popełniła błąd, uznając, że Microsoft naruszył art. 102 TFUE. Argumentowało, że informacje dotyczące wypracowanej przez nie technologii nie są niezbędne do zapewnienia kompatybilności i w związku z tym odmowa udzielenia dostępu do nich nie utrudnia wprowadzenia na rynek nowego produktu oraz nie eliminuje całej konkurencji na rynku związanym. Microsoft zarzucał także Komisji naruszenie zobowiązań wynikających z TRIPS, której stroną jest Unia Europejska. Co więcej, utrzymywał, że mechanizm monitorowania narzucony przez Komisję był bezprawny i stanowił przekroczenie kompetencji Komisji, gdyż nie miała prawa delegować na podmiot zewnętrzny swoich uprawnień dochodzeniowych i wykonawczych oraz nie miała prawa obciążać kosztami sprawowanej przez siebie kontroli osoby kontrolowanej, tj. Microsoft. Jako ostateczny argument przeciwko decyzji Komisji Microsoft powoływał się na zasadę „prawnej nowości stwierdzenia nadużycia”, której zaistnienie przesądzałoby o braku podstaw do nałożenia na naruszające przedsiębiorstwo kary grzywny, zwłaszcza w tak zawyżonej postaci jak w sprawie *Microsoft*¹²⁹.

SPI nieusatsfakcjonowany argumentacją Microsoft oddalił jego odwołanie i uznał, że Komisja wystarczająco udowodniła swoje ustalenia co do naruszenia przez przedsiębiorstwo art. 102 TFUE, a co za tym idzie – utrzymał w mocy karę grzywny i środki zaradcze. Odrzucił argument przedsiębiorstwa co do „nowej interpretacji prawa” – według jego uznania działanie Microsoft nie stanowiło nowej formy nadużycia, a przedsię-

¹²⁸ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 36.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 37.

biorstwo mogło – zwłaszcza po orzeczeniu w sprawie *Magill* – przewidzieć, że jego zachowanie będzie uznane za naruszenie. Równocześnie SPI stwierdził nieważność mechanizmu monitorowania wprowadzonego przez Komisję, przyznając, że przekroczyła swoje uprawnienia. O ile Komisja rzeczywiście ma prawo kontroli wykonania wydanej przez nią decyzji, nie ma ona prawa obciążać kosztami takiej kontroli podmiotu decyzji oraz nie miała prawa nakazania firmie Microsoft zaproponowania mechanizmu takiej kontroli, gdyż nie jest uprawniona do delegowania swoich kompetencji w tym zakresie.

3.2.3. Analiza wyroku SPI – przesłanki uznania odmowy udzielenia licencji na dostęp do informacji o interoperacyjności za nadużycie pozycji dominującej

Jak już wcześniej wspomniano, SPI orzekł, że Microsoft dopuścił się naruszenia art. 102 TFUE, który stanowi, że „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi”¹³⁰. Jednocześnie zakwalifikował nadużycie Microsoft do praktyki z art. 102 lit. b) TFUE, tj. „ograniczenia produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów”¹³¹. SPI przypomniał wcześniejsze orzeczenia sądów unijnych, w których przyznano, że posiadanie pozycji dominującej samo w sobie nie jest nadużyciem, ale podmiot znajdujący się w takiej pozycji ma szczególnie obowiązek upewnienia się, że jego działania nie naruszają stanu skutecznej i niezakłóconej konkurencji na danym rynku. Swoboda kontraktowania może być w takich wyjątkowych przypadkach ograniczona, a odmowa udzielenia dostępu lub licencji może wtedy stanowić nadużycie oraz wystarczającą przesłankę dla ingerencji w wykonywanie prawa wyłącznego.

W swoim wyroku SPI zdecydował się nie rozważać stanu faktycznego odnoszącego się do zarzutu Microsoft co do tego, że Sun Microsystems wcale nie żądał dostępu do informacji o interoperacyjności. SPI zgodził się w tej kwestii z ustaleniami Komisji. Bardzo szybko również rozprawił się z zarzutem odnoszącym się do naruszenia zobowiązań wypływających ze związania konwencją TRIPS, stwierdzając, że nie ma ona pierwszeństwa przed prawem unijnym.

Na wstępie swojej analizy SPI musiał pochylić się nad pytaniem, czy sprawa *Microsoft* w istocie stanowi przypadek odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należało rozważyć, czy informacje, do których dostępu żądało Sun Microsystems, rzeczywiście mogą być zaliczone do kategorii przedmiotów chronionych prawem własności intelektualnej. Jeśli bowiem okazałoby się, że tak nie jest, to zastosowanie miałyby test urządzeń kluczowych, który jest mniej surowy niż test odnoszący się do praw własności intelektualnej (test *IMS Health*).

¹³⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Lizbona...

¹³¹ *Ibidem*.

Microsoft utrzymywał, że informacje o interoperacyjności (protokoły komunikacyjne: „zestaw reguł, według których systemy operacyjne dla serwerów połączone w sieć wchodzi w rozmaite interakcje i komunikują się ze sobą”¹³²) mają charakter innowacyjny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a część z nich chroniona jest nawet przez patenty. Co więcej, wykazywał, że opisy protokołów komunikacyjnych stanowią przedmiot ochrony prawa autorskiego. Z wszystkimi powyższymi argumentami Komisja starała się polemizować. Uważała, że argument objęcia informacji ochroną wynikającą z patentu jest mało przekonujący, gdyż Microsoft powołał się na taką ochronę dopiero pod sam koniec trwania postępowania i nie był w stanie wykazać więcej niż jednego zarejestrowanego patentu. Komisja nie zgadzała się również z tym, że protokoły stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jej zdaniem to nie samowolna decyzja przedsiębiorstwa przesądza o zakwalifikowaniu danych informacji do takiej ochrony. Ponadto twierdziła, że wartość gospodarcza tych informacji ma swoje źródło nie w innowacyjnym charakterze, a w pozycji, jaką Microsoft zajmuje na rynku. Jeśli natomiast chodzi o objęcie ochroną prawnautorską, zdaniem Komisji sposób, w jaki konkurujące przedsiębiorstwo chciało użyć tych informacji (tj. implementacja do własnego systemu operacyjnego), wcale nie prowadziły do naruszenia prawa autorskiego, ale do powstania nowego – odrębnego i oryginalnego – utworu.

SPI zdecydował się ostatecznie nie rozstrzygać w tej kwestii ze względu na to, iż Komisja Europejska przychyliła się do Microsoft i w swojej decyzji zachowanie przedsiębiorstwa traktowała jako przypadek odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej, a co za tym idzie, interpretowała go zgodnie z kryteriami testu Magill/IMS Health. Mimo pewnego niedosytu, jaki pozostawia decyzja SPI co do nieporuszenia tej kwestii, zdaniem M. Surdek Komisja postąpiła bardzo rozważnie, decydując się na zastosowanie bardziej surowego testu IMS Health, gdyż „pochopna i nieuzasadniona ingerencja prawa własności intelektualnej może przynieść negatywny efekt w postaci zmniejszenia innowacyjności”¹³³. Dlatego w sytuacjach, w których pojawiają się wątpliwości, bezpieczniejszym wyjściem jest potraktowanie danego zachowania jako odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej.

Pomimo zgodzenia się z kwalifikacją stanu faktycznego dokonanej przez Komisję SPI zastrzegł, że nie należy automatycznie stosować kryteriów „testu wyjątkowych okoliczności” z orzeczeń Magill i IMS Health, lecz pod uwagę należy brać wszelkie wyjątkowe okoliczności, które niekoniecznie muszą pokrywać się z tymi z wypracowanego uprzednio przez sądy unijne testu. Przykładowymi wyjątkowymi okolicznościami charakteryzującymi stan faktyczny w sprawie *Microsoft* było to, że odmowa dotyczyła „informacji zapewniających interoperacyjność na rynku oprogramowań, do osiągnięcia której ustawodawstwo unijne przywiązywało dużą uwagę”¹³⁴, zaistnienie zjawiska zwanego *leveraging*, tj. przeniesienia nadzwyczajnej siły rynkowej posiadanej na rynku pierwotnym na rynek związany w celu wyeliminowania konkurencji na tym rynku

¹³² M. Surdek, *op. cit.*, s. 70.

¹³³ *Ibidem*, s. 71.

¹³⁴ *Ibidem*, s. 71.

oraz zaprzestanie polityki „otwartego dostępu” w momencie wprowadzenia nowego produktu na rynek (tj. Windows 2000). Niezależnie od wprowadzenia nowego „testu całości okoliczności” nadal konieczne jest wykazanie istnienia dwóch rynków – właściwego (podstawowego) i związanego (sąsiadującego). Nieistotne jest tutaj, że produkty nie są oddzielnie przedmiotem obrotu – wystarczające jest wyróżnienie dwóch faz produkcji, gdzie jedna z nich uzależniona jest od drugiej (tj. produkt z pierwszej fazy jest niezbędny do wytworzenia produktu finałowego). Taki stan faktyczny przesądza o istnieniu dwóch powiązanych ze sobą rynków. Co więcej, Komisja twierdziła, że w sprawie *Microsoft* zostały spełnione (choć nie musiały) przesłanki z testu Magill/IMS Health: kryterium niezbędności, kryterium wykluczenia konkurencji, kryterium nowego produktu, kryterium braku obiektywnego uzasadnienia. Dlatego też SPI uznał, że najpierw oceni, czy przesłanki z poprzednich testów rzeczywiście zostały spełnione, a dopiero w następnej kolejności pochylił się nad nowymi okolicznościami indywidualnego stanu faktycznego.

3.2.3.1. Kryterium niezbędności

Pierwszym z kryteriów, nad którymi pochylił się SPI, była przesłanka niezbędności dostępu do prawa własności intelektualnej. Aby móc w pełni przeanalizować tę kwestię, należy najpierw zdefiniować przedmiot, który w tej sprawie miał być niezbędny do prowadzenia działalności gospodarczej na danym rynku związanym. Informacje o interoperacyjności w tej konkretnej sprawie to „informacje oraz technologie zapewniające interoperacyjność, tj. poprawną współpracę systemu operacyjnego dla serwerów grup roboczych z systemem operacyjnym Windows dla komputerów osobistych (stacji roboczych)”¹³⁵. Wydawać by się mogło, że interoperacyjność stanowi najcenniejszy przymiot danego produktu, ale tak naprawdę jest tylko ona jedną z wielu funkcjonalności charakteryzujących oprogramowanie. Jednakże, jak utrzymuje Górska, interoperacyjność ma duże znaczenie dla konkurencji na rynku nowych technologii, zwłaszcza gdy rynek jednocześnie cechuje się silnym „efektem sieciowym”.

W ustalaniu spełnienia przesłanki niezbędności Komisja Europejska kierowała się dwustopniowym testem. Po pierwsze, badała, jaki poziom interoperacyjności musi zostać osiągnięty, aby zapewnić nie tylko utrzymanie się konkurentów na rynku, ale także skuteczną konkurencję. Po drugie, czy informacje, których dotyczyła odmowa, rzeczywiście były niezbędne do osiągnięcia tego poziomu interoperacyjności. W przekonaniu *Microsoft* dostęp do takich informacji umożliwiłby konkurentom stworzenie produktu identycznego do systemu oferowanego przez *Microsoft*. W wyroku SPI uznał, że informacje, do których dostępu żądało przedsiębiorstwo *Sun Microsystems*, były zaledwie specyfikacjami, na podstawie których niemożliwe byłoby napisanie takiego samego kodu źródłowego. Ponadto *Microsoft* twierdził, że istnieje co najmniej pięć alternatywnych metod zapewnienia interoperacyjności z systemem Windows. SPI nie przyjął jednak tej argumentacji, gdyż sam *Microsoft* przyznał, że owe metody nie pozwolą na osiągnięcie takiego samego stopnia interoperacyjności, jak poprzez udzielenie dostępu do

¹³⁵ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 29.

tych informacji. Microsoft ripostował stwierdzeniem, że SPI błędnie założył, że dany poziom interoperacyjności pozwoli konkurentom na utrzymanie się na rynku. Jego zdaniem nie istniał żaden związek przyczynowy między odmową a zdolnością utrzymania się na rynku, gdyż dotychczas konkurencja taka na rynku funkcjonowała. Ponownie SPI nie zgodził się z argumentacją Microsoft, przypominając, że powodem braku takiego związku jest fakt, że Microsoft zaledwie co wprowadził na rynek nowy produkt w postaci Windows 2000 i dlatego nie nastąpił jeszcze skutek w postaci eliminacji konkurencji. Według SPI stopniowe eliminowanie konkurencji nadal stanowi eliminowanie wywołujące odpowiedzialność danego podmiotu. To, że skutek nie jest natychmiastowy, wcale nie przesądza, że dany produkt nie jest niezbędny.

SPI stwierdził, że podjęte przez przedsiębiorstwo próby argumentacji nie podlegają w pełni kontroli sądu, gdyż oparte są na skomplikowanych analizach ekonomicznych, do których zbadania sądy unijne nie mają narzędzi. Mimo to doszedł do wniosku, że informacje o interoperacyjności rzeczywiście mają kluczowy charakter dla utrzymania się na rynku. Powodowane jest to tym, że oprogramowanie nie działa w izolacji, a często o wyborze produktu przez konsumenta decyduje możliwość zintegrowania go z posiadanymi lub wcześniej zakupionymi innymi produktami. Ten fakt, oczywista dominacja Microsoft na rynku oraz system operacyjny, który stał się standardem, sprawiają, że konsumenci często decydują się na zakup Windows, pomimo iż zdają sobie sprawę, że inne produkty są lepsze lub nowocześniejsze.

3.2.3.2. Kryterium eliminacji konkurencji

Kolejnym kryterium istotnym dla ustalenia nadużycia jest przesłanka eliminacji konkurencji na rynku. W dotychczasowym orzecznictwie mówiono o eliminacji wszelkiej konkurencji. Microsoft swoją argumentację opierał na wcześniejszych wyrokach, które mówiły o „prawdopodobieństwie eliminacji”, które miało graniczyć z pewnością. Dlatego nie podobało mu się, że w swojej decyzji Komisja Europejska postanowiła inaczej sformułować to kryterium, a mianowicie jako „ryzyko eliminacji”. Zdaniem firmy Microsoft rozszerzenie zakresu zastosowania tej przesłanki i błędne (zbyt wąskie) zdefiniowanie rynku związanego wpłynęło na negatywną ocenę jego postępowania. Przedsiębiorstwo uważało bowiem, że na rynku istnieje konkurencja w postaci takich przedsiębiorstw jak: Sun Microsystems, IBM, Novell czy Red Hat. SPI nie zgodził się z tą argumentacją i uznał, że zaproponowana przez Komisję definicja rynku sąsiadującego jest poprawna. Co więcej, SPI uznał spór o różnicę między prawdopodobieństwem a ryzykiem za bezzasadny. Według niego nigdy nie istniało takie rozróżnienie, gdyż byłoby ono sprzeczne z celem art. 102 TFUE (tj. „utrzymaniem niezakłóconej konkurencji”). Nielogiczne byłoby oczekiwanie z podjęciem akcji przeciwko naruszającemu do momentu, w którym z rynku wyeliminowana zostałaby cała konkurencja. Według SPI ze względu na specyfikę rynku nowych technologii (m.in. zjawisko „efektu sieciowego”) Komisja słusznie zastosowała art. 102 TFUE przed całkowitym wyeliminowaniem konkurencji. W takiej sytuacji mogłoby bowiem okazać się niemożliwe przywrócenie wyeliminowanej już konkurencji (tj. przywrócenie rynku do poprzedniego stanu konkurencji).

Kolejną zmianą wprowadzoną do tego kryterium było sformułowanie go w taki sposób, że dla jego spełnienia wystarczająca byłaby eliminacja wszelkiej „skutecznej” (efektywnej) konkurencji – tj. albo przez całkowite wyeliminowanie z rynku (na skutek nierentowności prowadzonej przez konkurenta działalności) lub przez zepchnięcie do nisz rynkowych (tzw. *bonsai competition*). Minimalna obecność konkurentów w takich niszach nie jest wystarczająca, aby rynek był w stanie utrzymać przymiot konkurencyjnego. Nie stanowi to bowiem skutecznej konkurencji.

Przy okazji analizy tej przesłanki pojawił się również spór co do poprawności ustalenia posiadania przez Microsoft pozycji dominującej na rynku związanym. Zgodnie z orzeczeniem sądu fakt ten nie miał w tej sytuacji znaczenia, gdyż nastąpiło zjawisko tzw. *leveragingu*, tj. przeniesienia pozycji z rynku właściwego na rynek związany. Jak już zdążono ustalić, Microsoft posiadał miażdżącą przewagę na rynku właściwym oscylującą w granicach 90%. Co więcej, rynek związany charakteryzowały wysokie bariery wejścia na rynek spowodowane „efektem sieci”, brakiem interoperacyjności, a także silnymi powiązaniem technologicznymi i handlowymi z rynkiem systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. Gwałtowny wzrost udziału Microsoft na rynku związanym i równoczesny spadek w udziale w tym rynku przedsiębiorstw konkurujących z Microsoft przesądziły o tym, że SPI uznał, iż istnieje ryzyko eliminacji wszelkiej skutecznej konkurencji na rynku związanym.

3.2.3.3. Kryterium nowego produktu

Kolejnym spornym elementem było kryterium powstania nowego produktu. Microsoft utrzymywał, że w jego sprawie ta przesłanka nie zachodzi, gdyż dodanie zaledwie jednej cechy do produktu nie może być traktowane jako stworzenie nowego. Jak już wcześniej zostało wspomniane, przedsiębiorstwo argumentowało, że udzielenie licencji na informacje o interoperacyjności wywoła sytuację, w której konkurenci spróbują naśladować lub najzwyczajniej skopiują produkt Microsoft, w którego stworzenie przedsiębiorstwo zainwestowało znaczne nakłady. Takie działanie spowoduje natomiast osłabienie innowacyjności zarówno Microsoft, jak i jego konkurentów. W odpowiedzi na te zarzuty SPI stwierdził, że przesłankę „nowego produktu” należy interpretować w świetle art. 102 TFUE lit. b), a mianowicie jako „ograniczanie produkcji, rynków lub rozwoju technologicznego ze szkodą dla konsumentów”¹³⁶. SPI uznał, że zastosowanie tutaj znajdzie treść wyroków w sprawach *Magill* i *IMS Health* w odniesieniu do przesłanki nowego produktu – choć tam rzeczywiście do czynienia mieliśmy z powstaniem nowego produktu. Zatem sąd doszedł do wniosku, że możliwa jest szersza interpretacja tego kryterium – nie tylko jako zapobiegnięcia powstaniu nowego produktu, ale również jako ograniczenia postępu technicznego ze szkodą dla konsumentów. Ograniczenie to polegało na tym, że konsumenci poprzez zamknięcie w środowisku systemu operacyjnego Windows (poprzez brak interoperacyjności z innymi systemami) zostali pozbawieni możliwości wyboru innych produktów¹³⁷. Co więcej, takie zamknięcie miało wpływ nie

¹³⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...

¹³⁷ M. Surdek, *op. cit.*, s. 77.

tylko na konsumentów, ale również na działanie konkurentów, którzy przekonani o niemożliwości znalezienia popytu na swój produkt pozbawiony funkcjonalności w postaci kompatybilności z produktem Microsoft zaprzestali jakiegokolwiek wysiłku innowacyjnego i ulepszenia swoich produktów. Ponadto SPI nie zgodził się z Microsoft, że dostęp do informacji o interoperacyjności przyczyni się do skopiowania produktu. Ponownie przywołał fakt, że informacje, o które prosiło przedsiębiorstwo Sun Microsystems, to zaledwie specyfikacje protokołów komunikacyjnych (tj. „opisu tego, jak systemy operacyjne Windows komunikują się i ze sobą współpracują”¹³⁸). Przed takim działaniem wzbraniać się będą same konkurujące przedsiębiorstwa, gdyż wcale nie działałoby to na ich korzyść. Albowiem, aby przykuć uwagę potencjalnych konsumentów i zyskać przewagę konkurencyjną, ich produkt powinien wyróżniać się na tle produktu oferowanego przez Microsoft.

Zatem SPI w celu rozstrzygnięcia sporu ponownie musiał balansować interesy płynące z jednej strony z ochrony prawa własności intelektualnej i wolności gospodarczej, a z drugiej z ochrony wolnej konkurencji. Uznał, że ten drugi interes przeważa, jeśli odmowa stanowi przeszkodę dla rozwoju rynku związanego ze szkodą dla konsumentów¹³⁹. Do takiej przeszkody zakwalifikować można również „zakłócenie rozwoju technologicznego danego produktu”¹⁴⁰, a nie jedynie uniemożliwienie stworzenia nowego produktu. Co więcej, przykładowe działania ujęte w art. 102 TFUE wcale nie muszą wywoływać bezpośrednio szkody dla konsumentów. Również szkoda taka wywołana w sposób pośredni, np. poprzez osłabienie „konkurencyjnej struktury rynku”¹⁴¹, będzie spełniała przesłankę z art. 102 TFUE. Zdaniem M. Surdek takie podejście sądu unijnego zdaje się prezentować wpływy szkoły ordoliberalnej w prawie ochrony konkurencji, a mianowicie skoncentrowanie się na utrzymaniu konkurencyjnej struktury rynku zamiast na rzeczywistych skutkach ekonomicznych praktyk rynkowych podejmowanych przez konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa. Autorkę dziwi taka postawa SPI, zwłaszcza w kontekście zapowiadanej przez Komisję Europejską reformy w postaci bardziej ekonomicznego podejścia w stosowaniu art. 102 TFUE¹⁴².

3.2.3.4. Kryterium braku obiektywnego uzasadnienia

Ostatnim sposobem na przekonanie SPI do własnych racji było wykazanie przez Microsoft obiektywnego uzasadnienia dla jego działań – jednej z negatywnych przesłanek testu Magill/IMS Health oraz części nowego testu Microsoft. W przeciwieństwie do pozostałych przesłanek ciężar dowodu w przypadku tej spoczywa na przedsiębiorstwie dominującym, któremu zarzuca się nadużycie tej pozycji. Następnie to Komisja Europejska zobowiązana jest do wykazania, że argumenty oskarżonego o nadużycia nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Microsoft powołanie się na ochronę płynącą z prawa własności intelektualnej powinno być wystarczającym uzasadnieniem dla odmowy

¹³⁸ *Ibidem*, s. 70.

¹³⁹ M. Górską, *op. cit.*, s. 25.

¹⁴⁰ *Ibidem*, s. 25.

¹⁴¹ M. Surdek, *op. cit.*, s. 78.

¹⁴² Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE...

udzielenia licencji. SPI nie zgodził się ze zdaniem przedsiębiorstwa, wskazując, iż gdyby rzeczywiście tak było, test Magill/IMS Health nigdy nie znalazłby zastosowania, a przecież to właśnie on ustanowił odstępstwo od wolności gospodarczej, jaką stanowi swoboda udzielenia licencji wybranym kontrahentom.

Ponadto przedsiębiorstwo przekonywało o wielkich nakładach poczynionych w celu stworzenia tej niezwykle cennej technologii i o tym, że dzielenie się z konkurentami owocami własnej innowacyjności nie będzie miało pozytywnego wpływu na jego dalsze działania innowacyjne. Ponownie SPI nie podzielił zdania Microsoft. W jego przekonaniu o wartości informacji, których tak bardzo chciał chronić dominant, świadczy wyłącznie fakt, że stanowią one kluczowy warunek dla utrzymania się konkurentów na rynku związanym. Co do zahamowania innowacyjności Microsoft, SPI wyraził się równie krytycznie – uznał, że argument ten jest zbyt ogólny, nieodnoszący się do konkretnego produktu, a dotychczasowe udzielanie takich licencji przez Microsoft (które stanowi powszechne zjawisko na rynku nowych technologii) przemawia w tej kwestii na niekorzyść dominanta.

Co więcej, Microsoft zarzucał Komisji zastosowanie nieznajdującego oparcia w orzecznictwie „testu równoważenia innowacyjności”, który miałby polegać na uznaniu, że „jeśli udzielenie licencji przyczyniłoby się do wzrostu innowacyjności netto na całym rynku i jeśli takie pozytywne skutki przeważałyby negatywne konsekwencje nałożenia obowiązku udzielenia licencji dla innowacyjności przedsiębiorcy dominującego”¹⁴³, to nieudzielenie w takiej sytuacji licencji stanowiłoby naruszenie art. 102 TFUE. Przedsiębiorstwo argumentowało, że takie podejście jest niedopuszczalne ze względu na niski poziom precyzyjności, nieprzewidywalność oraz brak możliwości ujęcia w liczbach negatywnego wpływu obowiązku licencjonowania na innowacyjność przedsiębiorstwa. SPI w odpowiedzi na ten zarzut stwierdził, że Komisja Europejska wcale nie zastosowała takiego testu, a jedynie badała, czy uzasadnianie przez Microsoft odmowy negatywnym wpływem na jego innowacyjność rzeczywiście stanowi interes mogący przewyższyć test wyjątkowych okoliczności. Zdaniem SPI tak się jednak nie stało, gdyż udzielenie licencji jest powszechną praktyką na rynku nowych technologii (stosowaną również przez samo Microsoft) i wcale nie spowoduje skopiowania produktu.

Microsoft nie podobało się również to, że Komisja w swojej argumentacji przywoływała ugodę zawartą w tej samej sprawie między przedsiębiorstwem a organem antymonopolowym Stanów Zjednoczonych. Microsoft twierdził, że te dwa obowiązki licencjonowania znacznie się od siebie różnią. Ten nałożony w ugodzie rządził się mniej surowymi warunkami, a do tego został czasowo ograniczony. Natomiast nałożony przez Komisję był bezterminowy, bez prawa licencji wzajemnej oraz na warunkach i za wynagrodzeniem podlegającymi wyłącznej dyskrekcji Komisji. SPI nie wydawał się być przekonany rozróżnieniem dokonywanym przez Microsoft i stwierdził, że skoro wykonanie takiej ugody nie miało negatywnych skutków na innowacyjność Microsoft, to wykonanie obowiązku nałożonego przez Komisję takich rażących skutków również mieć nie będzie.

¹⁴³ M. Surdek, *op. cit.*, s. 79.

3.2.4. Ocena wyroku SPI w sprawie *Microsoft* i stosunek nowo wypracowanego testu do testu Magill/IMS Health

Przy ocenie znaczenia wyroku w sprawie *Microsoft* dla przyszłych przypadków nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji warto zastanowić się, jak bardzo orzeczenie to różni się od uprzednio wypracowanego testu Magill/IMS Health. Czy stanowi ono przełomową nową zasadę mającą na zawsze odwrócić sposób rozstrzygania spraw z zakresu prawa ochrony konkurencji, czy nadal pozostaje nam czekać na wypracowanie nowego testu odpowiadającego wszelkim potrzebom rynku nowych technologii.

Jeśli chodzi o nowości, jakie pojawiły się w wyroku SPI, to jako jedną z nich można wymienić uznanie przez SPI, że katalog przesłanek ujętych w teście Magill/IMS Health nie jest wyczerpujący. Spełnienie wszystkich czterech z nich jest wystarczające, ale nie niezbędne dla uznania danej praktyki za nadużycie. Tym samym SPI wprowadził nowy test zwany „testem całości okoliczności”¹⁴⁴. Ponadto doprecyzowane zostały przesłanki „nowego produktu” i „eliminacji konkurencji”, co doprowadziło do obniżenia poziomu trudności udowodnienia ich spełnienia oraz poniekąd naruszyło równowagę między prawem własności intelektualnej a prawem konkurencji. Jedną z największych kontrowersji okazała się być reinterpretacja kryterium „nowego produktu”, która pozwoliła na poszerzenie i odejście od literalnego rozumienia tego pojęcia. Od tej pory do tej przesłanki kwalifikować będziemy również ograniczenie postępu technicznego – m.in. modyfikację, ulepszenie produktu. Takie nowe podejście spotkało się z krytyką doktryny, albowiem stanowiło istotne odejście od testu Magill/IMS Health. Skupiono się na skutku, jaki wywołuje odmowa udzielenia licencji. Jedną z najbardziej istotnych wątpliwości pojawiających się w związku z nową interpretacją tej przesłanki jest ustalenie granicy między tym, co nosi znamię nowości, a co nie. Czy pod tym pojęciem kryje się produkt kompletnie nowy czy zaledwie udoskonalony? Czy produkt imitujący mieści się w tej definicji? Czy jakiegokolwiek ulepszenie przesądza o nowym charakterze, a przede wszystkim – z czyjej perspektywy należy oceniać nowość produktu? Jeśli bowiem zdecydujemy, że perspektywa konsumenta jest w tej sytuacji najistotniejsza, nadal pozostaje nam odpowiedzieć na pytanie, czy takie elementy jak: nowe cechy, funkcje, parametry, ulepszony jeden z parametrów stanowią nowość w świetle wyroku SPI w sprawie *Microsoft*.

Doprecyzowanie kryterium „eliminacji konkurencji” polegało na wskazaniu, że nie wystarczy, aby na rynku utrzymywała się jakakolwiek konkurencja, a powinna to być konkurencja skuteczna. Ponadto SPI uznał, że nie należy czekać na całkowite wyeliminowanie konkurencji z rynku, wystarczy tylko ryzyko takiego wyeliminowania, albowiem inna interpretacja tej przesłanki mijałaby się z celem art. 102 TFUE. Jednocześnie stwierdził, że jego interwencja w sprawie *Microsoft* nastąpiła w ostatnim możliwym momencie przed całkowitym wyeliminowaniem konkurencji. W ocenie doktryny zabiegi, jakimi posłużył się SPI, dokonując tej oceny, miały bardzo ekwilibrystyczny charakter.

¹⁴⁴ Wyrok SPI z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, ECLI:EU:T:2007:289.

Kolejnym zagadnieniem, które wzbudziło wiele kontrowersji, było pojęcie „niezbędności”. Zdaniem SPI dostęp do informacji o interoperacyjności jest kluczowy, zwłaszcza gdy rynek charakteryzuje silny efekt sieci, a produkt, którego dotyczą owe informacje, stanowi faktyczny standard na rynku. Co więcej, zagwarantowanie interoperacyjności ma istotny wpływ na gamę produktów, w których może wybierać konsument (co z kolei ma zapewnić jego dobrobyt), a także odgrywa istotną rolę w stymulowaniu interoperacyjności. Zdaniem wielu zarówno SPI, jak i Komisja Europejska nie poświęciły wystarczającej uwagi temu problemowi. Nie podjęto prób analizy, czy istnieją alternatywne metody stworzenia produktu kompatybilnego z systemem operacyjnym Windows. Według R. Pardolesi i A. Renda informacje o interoperacyjności są ważne, ale nie na tyle, aby uznać je za niezbędne, gdyż istnieją alternatywne sposoby na osiągnięcie tych samych rezultatów bez konieczności odwoływania się do specyfikacji, których Sun Microsystems żądało od Microsoft¹⁴⁵. Natomiast SPI zdecydował się zaledwie na ograniczenie się do określenia dwóch etapów produkcji, co stanowiło przeniesienie akcentu z przesłanki „istnienia rynku” na przesłankę „niezbędnego wkładu”. Podejście SPI na pewno nie stanowi przejawu stosowania testu z wyroku IMS Health – trudno się dziwić, skoro nie pozwalały na to same okoliczności faktyczne – w sprawie *Microsoft* inny był cel uzyskania licencji (nie była to możliwość zaoferowania nowego produktu). Dlatego też oparcie się na przesłankach testu Magill/IMS Health sprzeczne byłoby z poczuciem słuszności¹⁴⁶, w związku z czym wypracowano nowy test. D. Ridyard krytycznie odnosi się do przyjętej przez SPI interpretacji „niezbędności”, utrzymując, że stanowi ona odejście od koncepcji „urządzeń kluczowych” na rzecz koncepcji „urządzeń dogodnych”¹⁴⁷. Według niego istnieją alternatywne rozwiązania. Jednakże wymagają poniesienia znacznych kosztów, co oczywiście nie może przesądzać o uzyskaniu dostępu do informacji za niezbędny, lecz SPI zdaje się twierdzić inaczej.

Zdaniem M. Surdek wyrok w sprawie *Microsoft* wcale nie może być określony mianem przełomowego, gdyż jest on zaledwie kontynuacją dotychczasowej linii orzeczniczej i potwierdza regułę, że na przedsiębiorstwo dominujące można nałożyć obowiązek udzielenia licencji tylko w przypadku wystąpienia wyjątkowych okoliczności¹⁴⁸. Inni natomiast twierdzą wręcz przeciwnie i krytykują SPI za brak literalnego zastosowania wypracowanych wcześniej przesłanek. Z oceną Surdek zgadza się T. Skoczny, który uważa, że co prawda orzeczenie w sprawie *Microsoft* wejdzie do historii stosowania unijnych reguł konkurencji, ale tylko ze względu na interpretację pojęć „interoperacyjności” i „sprzedaży związanej”. Poza tym wyrok nie jest niczym więcej niż modyfikacją dotychczasowych testów, ale nie na tyle istotną, aby móc uznawać ją za „nową interpretację prawną”¹⁴⁹. Autor ocenił postępowanie SPI jako agresywne podejście do praktyk superdominanta, które w ostateczności (w przypadku sprzedaży związanej) doprowadziło do stworzenia produktu uboższego, który nie znalazł dla siebie popytu na rynku. Skutek

¹⁴⁵ M. Górka, *op. cit.*, s. 27.

¹⁴⁶ *Ibidem*, s. 30.

¹⁴⁷ *Ibidem*, s. 29.

¹⁴⁸ M. Surdek, *op. cit.*, s. 81.

¹⁴⁹ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 42.

ten obrazuje, jak bardzo formalne pozostaje podejście SPI do spraw z zakresu prawa konkurencji pomimo postulowanej w dokumencie dyskusyjnym¹⁵⁰ zmiany w kierunku ekonomicznego stosowania art. 102 TFUE. Takiego zwrotu doczekamy się jednakże zdaniem T. Skocznyego dopiero w momencie, kiedy przedsiębiorstwa dominujące zdadzą sobie sprawę, że to na nich spoczywa ciężar „dowodu z efektywności”¹⁵¹. W związku z tym to one muszą wypracować instrumenty jej pomiaru. Orzeczenie w sprawie *Microsoft* przejdzie do historii jako przykład nieskutecznej obrony przedsiębiorstwa dominującego wskutek zbytniego skupienia się na dowodach z orzecznictwa aniżeli na analizach ekonomicznych. W tym wypadku zawinił również sąd, który w sposób niewystarczający zweryfikował spełnienie przesłanek. Stało się tak z kilku powodów, a mianowicie: braku oparcia na analizie ekonomicznej (skoncentrowanie się jedynie na faktach), nieprecyzyjnym określeniu rynku właściwego (co zaważyło na ocenie, czy w ogóle mamy do czynienia z pozycją dominującą), braku wyposażenia sądów i organów antymonopolowych w instrumenty pozwalające na analizę ekonomiczną w takim zakresie, w jakim wymagała tego sprawa *Microsoft*¹⁵².

Pomimo tak istotnych braków zwolennicy wyroku SPI uważali, że zastosowanie przez sąd „testu zachęty do innowacyjności” stanowiło wyraz ekonomicznego podejścia do sytuacji nadużycia pozycji dominującej oraz próbę naprawienia defektów prawa własności intelektualnej. Test ten postrzegany jest przez wielu przedstawicieli doktryny jako słuszny wybór przy ważeniu dwóch spornych interesów w tej sprawie, ponieważ za priorytet uznaje pozytywny wpływ na poziom innowacyjności całego przemysłu. Z kolei przeciwnicy stosowania „testu zachęty do innowacyjności” wskazują na jego mało precyzyjny charakter oraz zbyt wielkie uproszczenia. Za główną jego wadę uznają jednak fakt, że oceny wartości prawa własności intelektualnej dokonuje w swojej dyskrekcji organ antymonopolowy, co bardzo szybko może doprowadzić do zahamowania rozwoju i innowacji poprzez spowodowanie spadku wartości rynkowej takich praw.

Ekonomiści krytykują SPI za to, że w swoim wyroku opowiedział się za „konkurencją na rynku” zamiast za bardziej wartościową „konkurencją dla rynku”¹⁵³. Ich zdaniem ta druga powoduje, że konkurenci starają się stworzyć innowacyjny i przełomowy produkt w celu odebrania pozycji lidera obecnemu dominantowi. Natomiast „konkurencja na rynku” w perspektywie długoterminowej może prowadzić do spowolnienia rozwoju i postępu technologicznego. Co ciekawe, ani Komisja Europejska w swojej decyzji, ani SPI w swoim wyroku, nigdzie nie uzasadnili, dlaczego opowiedzieli się właśnie za „konkurencją na rynku”, co stanowi bardzo istotną wadę orzeczenia w sprawie *Microsoft*.

Również zapowiadane w dokumencie dyskusyjnym skoncentrowanie się na dobrobycie konsumentów przy stosowaniu unijnych reguł konkurencji nie znalazło potwierdzenia w wyroku SPI. Właśnie ten fakt wskazuje na wielki rozdźwięk między amerykańskim a unijnym podejściem do prawa ochrony konkurencji i powoduje, że do Unii Europejskiej docierają krytyczne głosy zza oceanu. Thomas Barnett w swoim oświad-

¹⁵⁰ Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE...

¹⁵¹ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 43.

¹⁵² M. Górka, *op. cit.*, s. 30.

¹⁵³ *Ibidem*, s. 30.

czeniu z 17 września 2007 r. stwierdził, że wyrok w sprawie *Microsoft* może spowodować „schłodzenie innowacji i osłabienie konkurencji”¹⁵⁴. Jednocześnie przypominał, że celem prawa konkurencji powinien być dobrobyt konsumenta, a nie ochrona konkurentów. Warto zaznaczyć, że mimo iż *Microsoft* zawarł z amerykańskim organem antymopolowym ugodę co do obowiązku licencjonowania, to nigdzie nie stwierdzono, aby rzeczywiście dopuścił się naruszenia prawa ochrony konkurencji. Według M. Surdek problemy z wprowadzeniem w życie wspomnianego postulatu wynikają z tego, że sądy unijne nadal znajdują się pod silnym wpływem szkoły ordoliberalnej koncentrującej się na ochronie konkurencyjnej struktury rynku, podczas gdy w USA propaguje się szkołę chicagowską, która za nadrzędny cel przyjmuje ochronę konsumentów¹⁵⁵. Co więcej, automatyczne kwalifikowanie praktyk przedsiębiorstw jako abuzywnych uznaje za szkodliwe dla dobrobytu konsumentów oraz mogące mieć wpływ na zahamowanie konkurencyjności na rynku. Nie zawsze opanowanie rynku przez jeden produkt (przez tzw. efekt sieci) musi mieć negatywny wpływ na dobrobyt konsumenta. Wysoki poziom innowacyjności na rynku wcale nie przesądza o wyłącznych korzyściach płynących z takiego stanu rzeczy – idealnym przykładem może tutaj być wyścig w patentowaniu wynalazków. Należy również pamiętać o tym, że nie można mieć całkowitej pewności co do tego, że udzielenie licencji rzeczywiście doprowadzi do sytuacji (wzorcowej, niemal zawsze zakładanej przez sądy przy orzekaniu w podobnych sprawach), w której konkurenci zaczną udoskonalać swoje produkty o nowe funkcje istotne dla konsumentów czy po prostu poprzestaną oni na konkurencji cenowej z *Microsoft*.

Największym jednak problemem okazuje się brak pewności prawa. Zdaniem M. Górskiej „nieprecyzyjność, skrótowość wyjaśnień przekłada się na brak jasnych, konkretnych wytycznych dla przedsiębiorców”¹⁵⁶. Orzeczenie SPI pozostawia więcej pytań niż odpowiedzi – jest to stan, którego z całą pewnością nikt nie spodziewał się po tak długotrwałym postępowaniu i zapowiadany przełomowy charakterze. Niekorzystnie wpływa to na sytuację przedsiębiorców, którzy nie dość, że muszą borykać się z niejasnymi przesłankami mającymi wpływ na niepewność obrotu gospodarczego, to równocześnie na nich spoczywa ciężar dowodu „obiektywnie uzasadnionej odmowy”, który jest kosztowny i skomplikowany¹⁵⁷. Co więcej, jak wynika z wyroku SPI, przedsiębiorcy dominujący na rynku nie mogą powoływać się w tej sytuacji na ochronę płynącą z prawa własności intelektualnej czy na ryzyko zmniejszenia własnej innowacyjności. Ponadto informacje poufne zdaniem SPI nie zasługują na szczególną ochronę, co z kolei M. Surdek uważa za wadę orzeczenia, gdyż między informacjami, o które spór toczył się w sprawie *Microsoft*, a tymi z orzeczenia *IMS Health* czy *Magill* zachodzi spora różnica – te ostatnie bowiem były informacjami powszechnie dostępnymi w przeciwieństwie do informacji o interoperacyjności. Przedsiębiorcy nie otrzymali żadnych wskazówek co do tego, w jaki sposób należy taki dowód przeprowadzać. Natomiast nawet, jeśli uda im się przekonać SPI co do zasad-

¹⁵⁴ T. Barnett, *Statement on European Microsoft Decision*, 17.09.2007, [dostęp: 20.03.2016], dostępny w Internecie: <http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/2007/226070.htm>.

¹⁵⁵ M. Surdek, *op. cit.*, s. 85.

¹⁵⁶ M. Górską, *op. cit.*, s. 30.

¹⁵⁷ *Ibidem*, s. 30.

ności swojej argumentacji, to w następnej kolejności ciężar dowodu przechodzi na Komisję Europejską. Oznacza to, że do Komisji należy ostatnie słowo w danej sprawie. Trudno jest z nim również polemizować, gdyż sądy nie posiadają odpowiednich narzędzi do zwerifikowania ostatecznych twierdzeń Komisji opartych na analizach ekonomicznych. Zdaniem M. Górskiej ciężko ostatecznie ocenić orzeczenie SPI, gdyż z jednej strony widać, że sąd próbował dostosować się do potrzeb rynku nowoczesnych technologii, a z drugiej strony mamy tutaj do czynienia ze zbyt daleko posuniętymi, niebezpiecznymi uproszczeniami zaważającymi nad oceną prawidłowości wydanego przez SPI wyroku¹⁵⁸. SPI, zamiast zastosować wcześniej wypracowany test i wyjaśnić powstałe uprzednio związane z nim niejasności, postanowił stworzyć nowy test i jeszcze bardziej skomplikować linię orzeczniczą sądów unijnych.

Tym, co cechowało wszystkie poprzednie orzeczenia odnoszące się do odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, było zbyt przywiązywanie uwagi do indywidualnych okoliczności faktycznych każdej ze spraw. Takie podejście doprowadziło do tego, że nie zostały wypracowane precyzyjne i uniwersalne przesłanki nadające się do zastosowania do wielu stanów faktycznych. „Test całości okoliczności” miał stanowić remedium dla tego problemu, gdyż pozwala on na poprawną ocenę stanu faktycznego, a jednocześnie zgodny jest z art. 102 TFUE. Daje możliwość objęcia treścią tego przepisu wiele różnych sytuacji, natomiast wyroki w sprawie *Magill* czy *IMS Health* zawężyły zakres jego zastosowania. Taki kierunek mógł natomiast doprowadzić do tego, że poważne nadużycia pozostawałyby niesankcjonowane. „Test całości okoliczności” według Górskiej to wyraz potrzeby „zapewnienia skuteczności i wymaganej elastyczności prawu konkurencji”¹⁵⁹. Jednakże autorka uważa, że SPI powinien uzasadnić jego użycie w bardziej przekonujący i wolny od niedopowiedzeń sposób. W szczególności dlatego, że owo orzeczenie miało stać się wskazówką nie tylko dla sądów i organów rozstrzygających w przyszłości w podobnych sprawach, ale także dla przedsiębiorców podejmujących działania, które potencjalnie mogą stanowić nadużycie.

Jednakże krytycy orzeczenia SPI utrzymują, że wyrok ten nie ma żadnego znaczenia dla innych niż Microsoft przedsiębiorstw, gdyż SPI wyraźnie zaznaczał wyjątkowy charakter tej sprawy i wskazywał, że kryteria zakwalifikowania jako nadużycia należy oceniać w ścisłym powiązaniu ze stanem faktycznym sprawy *Microsoft*. Takie podejście miało uspokoić przedsiębiorców co do obaw przed rosnącą ingerencją prawa antymonopolowego w ich praktyki i prawa własności intelektualnej. Każdorazowe ocenianie w kontekście konkretnego stanu faktycznego wydaje się być słuszne, ale znacznie bardziej wartościowe byłoby osiągnięcie stanu pewności praw poprzez stworzenie wskazówek – np. zestawu dających się obalić domniemań – ułatwiających przedsiębiorcom ocenę, czy ich działanie rzeczywiście można uzasadnić negatywnym wpływem udzielenia licencji na innowacyjność. Brak pewności prawa i bardzo rygorystyczne wobec dominujących przedsiębiorstw podejście unijnych organów antymonopolowych sprawiają, że takie firmy bardziej narażone są na stanie się obiektem skarg kierowanych do Komisji

¹⁵⁸ *Ibidem*, s. 30.

¹⁵⁹ *Ibidem*, s. 31.

Europejskiej. Może też zdarzyć się tak, że w związku z takim stanem amerykańskie przedsiębiorstwa zamiast do organów antytrustowych USA swoje skargi kierować będą do Komisji Europejskiej, gdyż to w UE będą miały większe szanse na uzyskanie korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

3.3. Wpływ wyroku w sprawie *Microsoft* na późniejsze sprawy odmowy udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej

O tym, czy wyrok SPI w sprawie *Microsoft* ostatecznie uznany zostanie za przełomowy, świadczyć będzie jego wpływ na późniejsze sprawy odnoszące się do obowiązku licencjonowania informacji o interoperacyjności, które w przyszłości trafią pod analizę sądów unijnych. Niewiele czasu musiało upłynąć od wyroku, żeby do Komisji Europejskiej trafiły dwie kolejne skargi na działanie Microsoft. Pierwsza została zainicjowana przez ECIS (*European Committee for Interoperable Systems*), organizację, w której skład wchodzi największe przedsiębiorstwa na rynku nowych technologii (m.in. Adobe Systems, IBM, Oracle, RealNetworks i Sun Microsystems). Ponownie dotyczyła ona dostępu do informacji o interoperacyjności w odniesieniu do takich produktów jak Office, Outlook czy NET Framework. ECIS zarzucała firmie Microsoft działanie naruszające zasady wolnej konkurencji mogące skutkować ograniczeniem wyboru konsumentów co do produktów konkurencji. Ponadto skrytykowała celowe nieuwzględnienie w pakiecie Office obsługi formatu Open Document, pomimo jego powszechnego stosowania na rynku gwarantującego interoperacyjność różnych pakietów biurowych i umożliwiającego konkurencję na rynku takiego oprogramowania. Udział pakietu Microsoft Office na tym rynku to niemal 95%¹⁶⁰. Wszystkie jego elementy (Word, Excel, PowerPoint, Outlook) stanowią *de facto* standardy na rynku w odpowiednich dla siebie kategoriach. Pozycja Microsoft na tym rynku, granicząca z monopolem, doprowadziła do tego, że przedsiębiorstwo to osiadło na laurach i przestało udoskonalać swój produkt, co miało szkodliwy wpływ na dobrobyt konsumentów. Sam Bill Gates, założyciel Microsoft, przyznaje, że jedyną presją, z jaką potencjalnie może borykać się przedsiębiorstwo, jest okoliczność, w której konsumenci zdecydują się nie aktualizować programu do najnowszej wersji¹⁶¹. Bardzo wolne jak na standardy panujące na tym rynku proponowanie nowszych wersji (zwłaszcza między rokiem 1997 a 2007) oraz mała istotność wprowadzanych zmian przesądzały o tym, że pozycja, którą zajmuje Microsoft, wcale nie działa korzystnie na jego innowacyjność. Dopiero w 2007 r., kiedy Google rozpoczęło pracę nad internetowym edytorem tekstu, Microsoft kompletnie zmienił interfejs pakietu Office i – co mało zaskakujące – zdecydował się na wprowadzenie nowego formatu plików, niekompatybilnego z powszechnie używanym przez jego konkurentów.

Otwarcie sprawy przez Komisję Europejską nastąpiło w styczniu 2008 r., jednakże na skutek decyzji podjętej w grudniu 2009 r. przez Microsoft, ECIS zdecydował się

¹⁶⁰ *To Pay or Not to Pay: The World of Office Suites Opens Up*, KNOWLEDGE@W.P. CAREY, Arizona State Univ. School of Business, Oct. 10, 2007.

¹⁶¹ D. Kirkpatrick, *Gates and Ozzie: How to Escape E-Mail Hell*, FORTUNE, June 27, 2005, s. 169–172.

wycofać wniesioną skargę. Microsoft zgodził się na udostępnienie niektórych informacji o interoperacyjności i podporządkowanie się pewnym standardom kompatybilności. ECIS uznał, że taka propozycja go satysfakcjonuje, ale będzie obserwować implementację tych zobowiązań w życie. Wygląda na to, że Microsoft wyciągnął wnioski z wyroku SPI i zdał sobie sprawę, że nie może ryzykować ponownego postępowania antymonopolowego, gdyż bardzo prawdopodobne jest, że decyzja po raz kolejny byłaby dla niego niekorzystna. Również Komisja Europejska zapowiedziała uważne monitorowanie wpływu decyzji Microsoft na dany rynek.

Druga skarga została złożona przez przedsiębiorstwo OPERA – dostawcę przeglądarki internetowej – i dotyczyła praktyk Microsoft związanych z oferowaną przez dominanta przeglądarką Internet Explorer. Ponownie do pewnego czasu Microsoft posiadał pozycję dominującą na rynku przeglądarek internetowych. Dopóki miał konkurentów, na bieżąco starał się aktualizować swój produkt, jednakże w momencie, kiedy pozbył się swojego największego konkurenta, Netscape, zaprzestał swojej działalności innowacyjnej. Taka agresywna polityka udoskonalania swojego produktu na etapie wchodzenia na rynek i zaprzestanie działalności innowacyjnej w momencie wyeliminowania konkurencji i ustanowienia pozycji dominującej to cecha charakterystyczna dla praktyk rynkowych Microsoft¹⁶².

Microsoft szybko jednak dostał nauczkę po tym, jak w grudniu 2009 r. Google wprowadził na rynek przeglądarkę Google Chrome na zasadach *open source* i bardzo szybko stał się dominantem na rynku przeglądarek internetowych, wygrywając z Internet Explorer i plasując się ponad takimi przeglądarkami jak Mozilla Firefox czy Opera. Taki stan rzeczy pokazuje, że Microsoft osiadł na laurach przez swoją pozycję dominującą, a jego argument co do obiektywnego uzasadnienia odmowy udzielenia licencji, którym próbował ratować się w postępowaniu przed SPI, a mianowicie zahamowanie ich innowacyjności był bezzasadny. To samozadowolenie (wynikające z braku efektywnej konkurencji) doprowadziło do osłabienia ich innowacyjności.

W swojej skardze OPERA skarżyła się na to, że Microsoft wykorzystuje dominującą pozycję systemu operacyjnego Windows ze skutkiem ograniczającym konkurencję na rynku przeglądarek. Działanie, które potępiali, to sposób, w jaki Microsoft przy instalacji systemu operacyjnego oferował instalację konkurencyjnych dla Internet Explorer przeglądarek. W oknie wyboru pojawiającym się podczas instalacji wyświetlanych było tylko 5 najpopularniejszych przeglądarek, co w istotny sposób wpływało na wybór konsumentów i obniżenie pozycji rynkowej mniejszych producentów. Ta sprawa, podobnie jak ta zapoczątkowana przez ECIS, również została zamknięta w grudniu 2009 r., gdyż Microsoft zgodził się zaoferować użytkownikom tzw. *ballot screen* (przewijane menu) pozwalające na swobodny (pozbawiony sugestii ze strony Microsoftu) wybór przeglądarki internetowej.

¹⁶² Walter S. Mossberg, *For Tabbed Browsing and Other New Tricks*, Try Explorer's Rivals, WALL ST. J., Jan. 8, 2004.

3.4. Sprawa *Apple France* jako przykład niestwierdzenia nadużycia pozycji dominującej poprzez wykonywania prawa własności intelektualnej

Warto również wspomnieć o sprawie, w której nie doszło do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej poprzez wykonywanie prawa własności intelektualnej. W listopadzie 2004 r. przed FCA (*French Competition Authority*), francuski organ antymonopolowy, trafiła skarga przedsiębiorstwa *Virgin Mega przeciwko Apple France* (francuskiej filii amerykańskiego przedsiębiorstwa operującego na rynku nowych technologii) na odmowę udzielenia licencji na technologię DRM (*Digital Rights Management*). Technologia Apple – zwana Fairplay – pozwalała przedsiębiorcy na zapewnienie interoperacyjności między jego platformą umożliwiającą zakup i pobranie utworów muzycznych a urządzeniami komplementarnymi, m.in. zewnętrznym urządzeniem w postaci przenośnego odtwarzacza muzyki, zwanego iPod. Pobrana muzyka mogła być odtwarzana przez kolejny produkt Apple, dostarczany użytkownikom bezpłatnie program iTunes. To, co stanowiło o nowatorskim charakterze rozwiązania zastosowanego przez Apple, to sposób transferu pobranych utworów na urządzenia zewnętrzne (iPod) – który chroniony był właśnie przez technologię DRM. Utwory pobrane z platform innych niż iTunes mogły być odczytane przez odtwarzacz iPod tylko, jeśli ich dostawcy mieli dostęp do interfejsów i specyfikacji stworzonych przez Apple. Virgin Mega chciało, aby pobrane z jego platformy utwory mogły być odtwarzane na urządzeniu Apple. FCA miało w tej sprawie ocenić, czy działanie Apple narusza unijne prawo konkurencji i czy znajdzie tutaj zastosowanie doktryna urządzeń kluczowych oraz w jakim stopniu możliwe jest ograniczenie praw własności intelektualnej w celu zachowania lub wzmocnienia konkurencji na rynku. Dokonując oceny, FCA wyróżniło trzy zależne od siebie rynki, w tym najistotniejszy dla sprawy rynek związany – rynek platform umożliwiających zakup i pobranie utworów muzycznych. Pozostałe rynki komplementarne to rynek technologii DRM oraz rynek przenośnych odtwarzaczy muzycznych. FCA stwierdził, że Apple nie posiadał pozycji dominującej na rynku technologii DRM, gdyż na nim obecnie przewagę posiadał Microsoft i jego technologia WMA. Nie znajdował się też w pozycji dominanta na rynku przenośnych odtwarzaczy, gdyż rynek ten nie jest ograniczony wyłącznie do odtwarzaczy zabezpieczonych przez technologię DRM. Natomiast nie wykluczył, że Apple mogło zajmować pozycję dominującą na rynku platform umożliwiających pobieranie utworów, gdyż jego jedynym w tamtej chwili konkurentem było słabsze przedsiębiorstwo Sony.

Zdaniem G. Mazziotiego decyzja FCA w pewnych aspektach stara się naśladować decyzję Komisji Europejskiej w sprawie *Microsoft* (w momencie orzekania przez FCA SPI nie wydał jeszcze swojego wyroku), lecz uważa, że obie te sprawy miały ze sobą niewiele wspólnego¹⁶³. Jedyne odniesienie do sprawy *Microsoft* pojawiające się w decyzji FCA to wykazanie, jak brak interoperacyjności może skutkować wyeliminowaniem

¹⁶³ G. Mazzioti, *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, 2005, [dostęp: 15.01.2016], dostępne w Internecie: <http://escholarship.org/uc/item/7sv460b7?query=mazzioti#page-1>, s. 14.

konkurencji na rynku związanym. Poza tym te dwie sprawy różniły się znacząco stanem faktycznym, albowiem Apple nie posiadało pozycji dominującej na rynku DRM, a pozycja na rynku odtwarzaczy przenośnych nijak nie może równać się *quasi-monopolowi* Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. W związku z tym FCA w podejmowaniu decyzji w sprawie *Apple France* nie mogło polegać na nowo wypracowanym teście Microsoft. Dlatego też, aby ocenić, czy słuszne w tej sprawie byłoby zastosowanie licencji przymusowej, FCA musiało przeprowadzić „test niezbędności” z orzeczeń w sprawie *Magill*, *Oscar Bronner* i *IMS Health*.

Zdaniem FCA licencja przymusowa nie znajdzie tutaj zastosowania, gdyż technologia DRM nie była niezbędna do utrzymania konkurencji na rynku związanym – rynku platform umożliwiających zakup i pobranie utworów muzycznych. Argumentami przemawiającymi za brakiem spełnienia przesłanki niezbędności były: niewielki procent sytuacji, w których konsumenci decydują się na transfer pobranych utworów na przenośne odtwarzacze; utwory pobrane z innych platform niż iTunes nadal mogą być kompatybilne z odtwarzaczem iPod dzięki zastosowaniu tzw. *ripping* polegającego na przekonwertowaniu ich na inny format; większość urządzeń przenośnych konkurentów Apple była kompatybilna z formatem oferowanym przez Virgin Mega. Co do spełnienia przesłanki „eliminacji konkurencji”, FCA przypomniało argument niskiego procentu sytuacji, w których utwory transferowane są na odtwarzacze przenośne, oraz wskazało, że na rynku pojawia się coraz więcej nowych producentów takich odtwarzaczy. FCA uznała również za zasadną argumentację Apple co do przesłanki „obiektywnego uzasadnienia odmowy”. Apple utrzymywało, że udzielenie licencji znacznie utrudni mu konieczną aktualizację technologii Fairplay umożliwiającą zwalczanie błędów mogących pojawić się w systemie bezpieczeństwa. W takiej sytuacji musiałoby kontrolować spełnienie takiego obowiązku w odniesieniu do wszystkich udzielonych licencji. Ponadto przedsiębiorstwo Virgin Mega nie wykazało spełnienia przesłanki „nowego produktu”, gdyż nie określiło, czy będzie w stanie zaoferować inny niż proponowany przez Apple produkt, na który istniałoby zapotrzebowanie konsumentów¹⁶⁴.

Ostatecznie FCA rozstrzygnął, że ze względu na strukturę rynku i inne niż w sprawie *Microsoft* okoliczności faktyczne brak dostępu do technologii DRM Apple nie miał negatywnego wpływu na rynek związany – rynek platform umożliwiających zakup i pobieranie utworów muzycznych. Zdaniem Mazziottiego takie rozstrzygnięcie nie wyklucza sytuacji, w której w przyszłości technologia DRM Apple stanie się *de facto* standardem na rynku, tak jak stało się to w przypadku Windows i jego technologii WMA¹⁶⁵. Jednakże tak długo, jak kilka technologii DRM będzie ze sobą rywalizowało w ochronie treści dostarczanej przez kilku dostawców internetowych, tak długo Komisja Europejska nie będzie musiała rozstrzygać problemu prawnego związanego z prawem konkurencji – pod warunkiem, że nie dojdzie do sytuacji, w której każdy dostawca zmuszony będzie do używania produktu, który stanie się *de facto* standardem na rynku¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Ibidem*, s. 28.

¹⁶⁵ *Ibidem*, s. 28.

¹⁶⁶ *Ibidem*, s. 29.

Według autora ani test Magill/IMS Health, ani test Microsoft nie powinny znaleźć zastosowania w sprawie *Apple France*. Zaproponował on kilka potencjalnych rozwiązań dla narosłego problemu, a mianowicie mniej rygorystyczne wyjątki od zakazu stosowania inżynierii wstecznej (*reverse-engineering*) albo ustalenie standardu co do otwartej technologii DRM. Jednakże do momentu, w którym możliwe będzie zastosowanie takich praktyk, należy przyjąć, że technologia DRM pozostaje przedmiotem „testu wyjątkowych okoliczności” z wyroku w sprawie *Magill*¹⁶⁷.

Podsumowując, jak można wnioskować ze sprawy *Apple France*, nie zawsze informacje zapewniające interoperacyjność traktowane będą jako niezbędne dla utrzymania się przez konkurencję na rynku. Dlatego też ostrożnie należy podchodzić do określania wyroku SPI w sprawie *Microsoft* mianem przełomowego, gdyż tak naprawdę nie stał się on wzorcem dla rozwiązywania równoległych oraz późniejszych spraw traktujących o podobnych sytuacjach faktycznych. Słuszne zatem okazały się być słowa SPI, że sprawa *Microsoft* ma wyjątkowy charakter i wypracowany w niej test powinien być ściśle interpretowany w kontekście zaistniałych w tej właśnie sprawie okoliczności. Trudno się jednak nie zgodzić z tym, że przez takie działanie SPI nadal utrzymał przy życiu funkcjonujący od dawna stan niepewności co do prawa, w związku z czym każde z przedsiębiorstw znajdujących się w pozycji dominującej będzie musiało bacznie przyglądać się każdej ze swoich decyzji mogących budzić choć cień wątpliwości co do ich antykonkurencyjnego charakteru.

Zakończenie

Niedoskonałości rozstrzygnięcia w sprawie *Microsoft* pokazują, jak bardzo aktualny jest problem nadużywania pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na prawo własności intelektualnej i jak bardzo potrzebne jest jednoznaczne i definitywne uregulowanie tej kwestii w postaci uniwersalnego testu, który zastosowanie mógłby znaleźć już na etapie podejmowania przez przedsiębiorstwo ryzykownej decyzji. Wielokrotnie w orzecznictwie sądów unijnych potwierdzono, że sam fakt posiadania prawa własności intelektualnej, a nawet jego wykonywanie, nie przesądzają jeszcze o nadużyciu pozycji dominującej. Pomimo sformułowania testu wyjątkowych okoliczności, a następnie przekształcenia go w test całości okoliczności, w sprawie *Microsoft*, której znaczenie nie jest tak przełomowe, jak wskazuje doktryna, przesłanki stanowiące o przekroczeniu granicy w wykonywaniu swojego prawa wyłącznego nadal pozostają niejasne. Brak klarowności jest wynikiem konkluzji w orzecznictwie TSUE, że każda z rozstrzyganych spraw wynikała z nietypowych okoliczności faktycznych. Taki stan rzeczy negatywnie wpływa na pewność prawa, która stanowi jeden z głównych celów każdego porządku prawnego, gdyż jest gwarantem poprawnego funkcjonowania zarówno prawa konkurencji, jak i prawa własności intelektualnej.

¹⁶⁷ *Ibidem*, s. 34.

Sądy swoje rozstrzygnięcia uzasadniały koniecznością zapewnienia niezakłóconej konkurencji, a równocześnie pobudzania dominanta do dalszego rozwoju swojej innowacyjności. To z kolei miało gwarantować efektywność ekonomiczną i dobrobyt konsumenta. Minusem takiego rozumowania jest ryzyko niekorzystnego wpływu na innowacyjność przedsiębiorstw, które ze względu na swoją silną, dominującą pozycję na rynku są w stanie najwięcej zainwestować w ulepszanie swoich produktów, a co za tym idzie – pozytywnie wpływać na poziom konkurencji na rynku. W sytuacji, gdy zmuszone są dzielić się owocami swojej twórczości z konkurentami, dochodzi do zahamowania innowacyjności mającej negatywny wydźwięk na dobrobyt konsumentów. Działanie takie wskazuje również na stopniowe odchodzenie od doktryny urzędzeń niezbędnych ku doktrynie urzędzeń dogodnych, co stanowi całkowite zaprzeczenie celów, jakim służyć ma prawo ochrony konkurencji.

Nadal aktualne pozostaje zatem pytanie, czy prawo konkurencji jest odpowiednim i skutecznym narzędziem służącym do korygowania luk prawa własności intelektualnej oraz czy rozsądne jest pozwalanie na tak głęboką ingerencję w wykonywanie prawa wyłącznego stanowiącego prawo własności będące jedną z czołowym zasad gwarantowanej przez prawo unijne wolności gospodarczej. Wielu uważa, że taka ingerencja jest uzasadniona, o ile zachowane zostaną środki ostrożności w postaci zastosowania odpowiednich, jednoznacznych testów oraz kryteriów. Jednakże obecny stan wypracowanych przesłanek nie pozwala na zminimalizowanie ryzyka zahamowania innowacyjności, przy równoczesnym zapewnieniu niezakłóconego poziomu konkurencji na rynku. Pożyczany jest nowy test, który spełniałby potrzeby dynamicznie rozwijającego się rynku nowych technologii i jednocześnie odpowiadałby zasadzie pewności prawa. Na chwilę obecną sądy unijne niezbyt umiejętnie starają się dopasować wcześniej wypracowane rozwiązania w tej materii, bojąc się podjęcia faktycznie rewolucyjnych kroków oraz spełnienia składanych obietnic co do bardziej ekonomicznego podejścia w interpretacji unijnych reguł konkurencji.

Bibliografia

Literatura

1. Adamczak A. (red.), *Aktualne problemy własności intelektualnej, konkurencji i transferu technologii: zbiór referatów z Seminarium Rzeczników Patentowych Szkół Wyższych*, Rada Rzeczników Patentowych Szkół Wyższych, Kielce 2012.
2. Arezzo E., *Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*, Issue 3 “Journal of Computer & Information Law” 2006, vol. 24.
3. Banasiński C., *Dyskrecyjność w prawie antymonopolowym*, Wolter Kluwer S.A., Warszawa 2015.
4. Barnett T., *Statement on European Microsoft Decision*, 17.09.2007, [dostęp: 20.03.2016], dostępny w Internecie: <http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/2007/226070.htm>.

5. Barta J., Markiewicz R. (red.), *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2016.
6. Bongard Ch., Möller D., Raimann A., Szadkowski N., Dubejko U., *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2007.
7. Brodecki Z. (red.), *Konkurencja*, Lexis Nexis, Warszawa 2004.
8. Brzezińska-Rawa A., *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009.
9. Brzezińska-Rawa A., *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Dom Organizatora, Toruń 2009.
10. Chałubińska-Jentkiewicz K., Karpiuk M., *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2015.
11. Dreier T., *European intellectual property law: texts, cases and materials*, Cheltenham: Elgar, 2013.
12. Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Zarys prawa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
13. Golat R., *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
14. Hakenberg W., *Prawo europejskie*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
15. Kępiński M. (red.), *Konkurencja a własność intelektualna*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
16. Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdopodobieństwo i stosowność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2012.
17. Kirkpatrick D., *Gates and Ozzie: How to Escape E-Mail Hell*, FORTUNE, 27 czerwca 2005, [dostęp: 20.02.2016], dostępny w Internecie: http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/2005/06/27/8263426/index.htm.
18. Lewandowski K., *Prawo autorskie – Prawo konkurencji*, Wyższa Szkoła Umiejętności Społecznych w Poznaniu, Poznań 2009.
19. Majcher J., *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
20. Mazziotti G., *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, 2005, [dostęp: 15.01.2016], dostępny w Internecie: <http://escholarship.org/uc/item/7sv460b7?query=mazziotti#page-1>.
21. Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Chełm 2004.
22. Miąsik D., Skoczny T., Surdek M. (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencja na rynkach nowych technologii*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008.
23. Miąsik D., *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2012.
24. Miąsik D., *Własność intelektualna a szkoda dla konkurencji w prawie UE*, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2012.
25. Michniewicz G., *Ochrona własności intelektualnej*, C.H. Beck, Warszawa 2010.

26. Mossberg W.S., *For Tabbed Browsing and Other New Tricks, Try Explorer's Rivals*, WALL ST. J., 8 stycznia 2004, [dostęp: 12.04.2016], dostępny w Internecie: <http://web.archive.org/web/20070214035829/http://ptech.wsj.com/archive/ptech-20040108.html>.
27. Pham A., *Competition Law and Intellectual Property Rights: Controlling Abuse or Abusing Control?*, CUTS Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, 2008.
28. Piontek E. (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2008.
29. Schumpeter J.A., *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
30. *See To Pay or Not to Pay: The World of Office Suites Opens Up*, KNOWLEDGE@W.P. CAREY, Arizona State Univ. School of Business, 10 października 2007, [dostęp: 12.04.2016], dostępny w Internecie: <http://knowledge.wpcarey.asu.edu/article.cfm?articleid=1483>.
31. Skubisz R. (red.), *Prawo własności przemysłowej*, System Prawa Prywatnego, t. 14a, Warszawa 2012.
32. Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2010.
33. Żakowska-Henzler H., *Rynek wewnętrzny UE a prawo własności intelektualnej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2013.

Dokumenty

1. Rozporządzenie Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. z 1962 r. Nr 13, str. 204).
2. Dyrektywa Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, 52008PC0023.
3. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów unijnego prawa konkurencji (Dz. Urz. C 372/5 09/12/1997 P. 0005-0013), 31997Y1209(01).
4. 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 (OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25), 32003R0001.
5. Artykuł Komisji Europejskiej z grudnia 2005 r. w sprawie stosowania art. 82 TWE w odniesieniu do praktyk abuzywnych o charakterze wykluczającym, [dostęp: 20.11.2015], dostępny w Internecie: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
6. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Lizbona, sporządzony 13.12.2007 r., ogłoszony 2.12.2009 r. (Dz. U. z 2012 r. Nr 203, poz. 1569).
7. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2007 C 303/1), 12012P.
8. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184).
9. Wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 9 lutego 2009 r. (Dz. Urz. UE 2009 C 45), 52010IP0050.

10. „Copyright, Competition and Development”, Max Planck Institute for IP and Competition Law, Munich, grudzień 2013.

Orzeczenia

1. *Continental Paper Bag p. Eastern Paper Bag*, 210 U.S. 405 (1908), [dostęp: 15.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/210/405/case.html>.
2. *United States p. Terminal Railroad Ass'n* 224 U.S. 383 (1912), [dostęp: 15.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/case.html>.
3. *Associated Press p. United States* 326 U.S. 1 (1945), [dostęp: 15.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/case.html>.
4. Wyrok TSUE z dnia 29 lutego 1968 r. w sprawie 24–67 *Parke, Davies and Co p. Probel, Centrafarm and Others*, ECLI:EU:C:1968:11.
5. *Hecht p. Pro-Football, Inc.*, 312 F. Supp. 472 (D.D.C. 1970), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/312/472/1468853/>.
6. *Otter Tail Power Co. p. United States* 410 U.S. 366 (1973), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/366/case.html>.
7. Wyrok TSUE z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 *Istituto Chimioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation p. Komisji*, ECLI:EU:C:1974:18.
8. Wyrok TSUE z dnia 8 czerwca 1971 r. w sprawie 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH p. Metro-SB-Grossmarkte GmbH&Co. KG.*, ECLI:EU:C:1971:59.
9. Wyrok TSUE z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company i United Brands Continental p. Komisji*, ECLI:EU:C:1978:22.
10. Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffman-La Roche p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:36.
11. Wyrok TSUE z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 22/78 *Hugin Kassaregister AB i Hugin Cash Registers Ltd p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:138.
12. Wyrok TSUE z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin p. Komisji*, ECLI:EU:C:1983:313.
13. *MCI Comm. Corp. p. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <http://openjurist.org/708/f2d/1081/mci-communications-corporation-mci-v-american-telephone-and-telegraph-company>.
14. Opinia Rzecznika Generalnego J. Mischo z dnia 21 czerwca 1988 r. w sprawie C-53/87, ECLI:EU:C:1988:330.
15. Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87 *AB Volvo p. Eric Veng (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1988:477.
16. Wyrok TSUE z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 53/87 *CICCRA and Maxicar p. Renault*, ECLI:EU:C:1988:472.
17. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 21 grudnia 1993 r., IV/34.689 - *Sea Containers p. Stena Sealink*, Official Journal L 015, 18/01/1994 P. 0008 - 0019.

18. *Data General p. Grumman Systems Support*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994), [dostęp: 3.09.2015], dostępny w Internecie: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/834/477/1646431/>
19. Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 I C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) p. Komisji*, ECLI: EU:C:1995:98.
20. *Image Technical Services p. Eastman Kodak*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997), [dostęp: 12.09.2015], dostępny w Internecie: <http://openjurist.org/36/f3d/1147/data-general-corporation-v-grumman-systems-support-corporation>.
21. Wyrok SPI z dnia 12 czerwca 1997 r. w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*, ECLI: EU:T:1997:84.
22. *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.*, 995 F. Supp. 728 (S. D. Tex. 1998), [dostęp: 10.09.2015], dostępny w Internecie: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/995/728/1598460/>.
23. Wyrok SPI z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 *ITT Promedia NV p. Komisji*, ECLI: EU:T:1998:183.
24. Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG p. Mediaprint Zeitungs*, ECLI:EU:C:1998:569.
25. *Intergraph Corp. p. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999), [dostęp: 22.09.2015], dostępny w Internecie: <http://openjurist.org/195/f3d/1346/intergraph-corporation-v-intel-corporation>.
26. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie 34780 *Virgin/British Airways*, Official Journal L 030, 2000, P. 0001–0024.
27. *CSU p. Xerox*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000), [dostęp: 19.09.2015], dostępny w Internecie: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/203/203.F3d.1322.99-1323.html>.
28. Wyrok SPI z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-191/98 *Atlantic Container Line and Others p. Komisji*, ECLI:EU:T:2003:245.
29. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 marca 2004 r., COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, OJ L 32, 6.2.2007.
30. Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG p. NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257.
31. *Verizon Communication Inc. p. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), [dostęp: 22.09.2015], dostępny w Internecie: <https://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>.
32. Decyzja FCA (French Competition Authority) z dnia 9 listopada 2004 r. w sprawie 04-D-54 *Virgin p. Apple*.
33. Decyzja Komisji z dnia 15 czerwca 2005 r. w sprawie COMP/A. 37.507/F3 *AstraZeneca*.
34. Wyrok SPI z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, ECLI:EU:T:2007:289.
35. Wyrok TSUE z dnia 29 stycznia 2008 r. C-275/06 *Productores de Musica de España (Promusicae) v Telefonica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54.