



**WYZWANIA DLA KONKURENCJI NA RYNKACH (NOWYCH TECHNOLOGII)
W SEKTORZE ICT ZWIĄZANE Z OCHRONĄ WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ
I WYBRANE METODY ICH ROZWIĄZYWANIA**

1. Wprowadzenie

Zgodnie z definicją Głównego Urzędu Statystycznego Sektor ICT (technologii informacyjno-komunikacyjnych) to „branża gospodarki obejmująca przedsiębiorstwa, których głównym rodzajem działalności jest produkcja dóbr i usług pozwalających na elektroniczne rejestrowanie, przetwarzanie, transmitowanie, odtwarzanie lub wyświetlanie informacji”¹. Jest to pojęcie szersze niż IT – tradycyjnie łączone z komputerami i oprogramowaniem, a nie rozwiązaniami dotyczącymi sieci bezprzewodowej. W związku z rozwojem Internetu Rzeczy (ang. *Internet of Things*), rozróżnienie tych sektorów przestaje być jednoznaczne i mówi się łącznie o rynku technologii informacyjno-komunikacyjnych, rynku cyfrowym bądź rynku nowych technologii². W komunikacie Komisji Europejskiej z 2016 r.³ został wytyczony cel zbudowania jednolitego rynku cyfrowego (ang. *Digital Single Market*) dla państw członkowskich. Jednolity rynek zakłada przede wszystkim brak barier komunikacyjnych (darmowy *roaming*) i prawno-autorskich (jednolita dostępność treści we wszystkich krajach). Jednym z filarów jest promowanie standaryzacji rozwiązań technologicznych.

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: kat.stradomska@gmail.com.

¹ Główny Urząd Statystyczny, <https://stat.gov.pl/metainformacje/sloownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/1858,pojcie.html>, 10.03.2020.

² Określenia w niniejszej pracy będą stosowane zamiennie.

³ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 6 maja 2015 r., *Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy*, COM/2015/192 – dalej: *Komunikat Komisji o jednolitym rynku*.

W doktrynie wyróżnia się różne sposoby zapewniania konkurencji na rynkach właściwych (nowych technologii) w sektorze ICT. W pierwszym modelu, zwraca się głównie uwagę na regulacje sektorowe, ustanawiające *ex ante* zasady dostępu do infrastruktury kluczowej. Są one dostępne dla wszystkich podmiotów, które spełnią ustalone wcześniej kryteria. Regulacje sektorowe pozostają poza zakresem niniejszej pracy. Drugi model funkcjonuje na styku prawa ochrony konkurencji i konsumentów oraz prawa własności intelektualnej, ingerując *ex post*⁴. Na szczególne uwzględnienie zasługuje instytucja licencji przymusowej w obu reżimach prawnych oraz doktryna urzędzeń kluczowych. Po trzecie, można wyróżnić pewne inicjatywy – zasoby patentowe, organizacje standaryzacyjne – przyczyniające się do wzrostu konkurencyjności na rynkach, które warunkowane są dostępem do dóbr niematerialnych. Podmioty te grupują patenty i wymagają od swoich członków zobowiązania się *ex ante* do udzielenia licencji każdemu zainteresowanemu. Patent niezbędny udzielany jest wtedy na zasadach uczciwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych (FRAND⁵).

Celem niniejszego artykułu jest prześledzenie funkcjonowania powyższych metod oraz próba odpowiedzi na pytanie, który z nich jest najefektywniejszy na specyficznych rynkach właściwych produktów z sektora ICT. W doktrynie wskazuje się, iż rolą prawa antymonopolowego jest postawienie wymogu, aby problem został rozwiązany w możliwie rozsądnym zakresie (ang. *solve it to the extent reasonably possible*), bez wyznaczania dokładnego sposobu jego rozwiązania⁶. Uważam, że na styku prawa własności intelektualnej i ochrony konkurencji i konsumentów ten postulat najpełniej realizuje zastosowanie doktryny urzędzeń kluczowych.

⁴ J. Majcher, *Dostęp do urzędzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005, s. 17.

⁵ Tzn. uczciwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych (ang. *fair, reasonable, and non-discriminatory*) – dalej jako: FRAND.

⁶ A.D. Melamed, C. Shapiro, *How Antitrust Law Can Make FRAND Commitments More Effective*, YLJ 2018, nr 127, s. 2137.

2. Charakterystyka rynków w sektorze ICT

Rynki właściwe⁷, wyodrębniane w ramach sektora ICT (dalej też jako: rynki nowych technologii), charakteryzują się innymi cechami niż dotychczas wyróżniane rynki produktowe. Warunkiem efektywności konkurencji na rynkach właściwych w ramach sektora ICT jest interoperacyjność poszczególnych produktów. Interoperacyjność oznacza m.in. „możliwość skutecznej komunikacji, wymiany informacji między komponentami cyfrowymi, jak urządzenia, sieci czy repozytoria danych”⁸. Wyznaczanie jednolitych standardów technologicznych na poziomie europejskim zapewni interoperacyjność rozwiązań, prowadzi do większej współpracy różnych sektorów gospodarek krajowych i połączeń międzynarodowych i pozytywnie wpływa na konkurencyjność europejskiej gospodarki⁹. Z drugiej strony uzależnienie możliwości konkurowania na rynku od dysponowania prawem własności intelektualnej lub standardem (dostępem do urządzenia kluczowego) może przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji w rozumieniu prawa ochrony konkurencji.

⁷ Wyznaczenie rynku właściwego pozwala na precyzyjne określenie przestrzeni ekonomicznej sprawy tj. wskazanie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, które w ramach prowadzonej działalności efektywnie ze sobą konkurują. Umożliwia to ocenę struktury rynkowej, czyli określenie pozycji rynkowej uczestników. Definicja rynku właściwego zawarta w słowniczku ustawowym w art. 3 pkt. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 1667) – dalej: u.o.k.i.k. jest dwuelementowa. Po pierwsze wyróżnia rynek właściwy produktowy tj. rynek towarów, które są uznawane przez konsumentów za substytuty ze względu na przeznaczenie, cenę, właściwości, w tym jakość. Po drugie rynek geograficzny, czyli towary oferowane na obszarze o zbliżonych warunkach konkurencji ze względu na ich rodzaj i właściwość, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu. W doktrynie wyróżniany jest jeszcze trzeci istotny element – aspekt czasowy. Czas odgrywa dużą rolę, szczególnie na rynkach charakteryzujących się dużym postępem technicznym. Innowacje dają czasową siłę rynkową, produkty starszej generacji nie mogą konkurować z nowszymi produktami. Dla tych drugich wyznacza się najczęściej nowy rynek właściwy, na którym przedsiębiorcy mogą mieć inne pozycje. Por. C. Banasiński, E. Piontek, *Komentarz do artykułu 4* [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. C. Banasiński, E. Piontek, Lex 2009, pkt 112–133 oraz T. Skoczny, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej* [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Legalis 2014, nb. 20.

⁸ *Komunikat Komisji o jednolitym rynku*, s. 17.

⁹ Tamże.

W przypadku produktów chronionych prawem autorskim¹⁰ próba wyodrębniania rynku właściwego klasycznymi metodami niejednokrotnie prowadzi do wniosku, iż rynkiem właściwym danego produktu jest rynek tylko tego produktu, gdyż konsumenci nie traktują żadnych innych produktów jako zamienników dla niego, nawet przy zmianie ceny¹¹. Takie ujęcie produktów chronionych prawem własności intelektualnej spowodowałoby, iż wszyscy byłiby monopolistami i nie istniałaby konkurencja między przedsiębiorcami na rynkach właściwych¹². Alternatywą jest wyznaczanie rynku właściwego w znaczeniu funkcjonalnym w oparciu o specyfikację produktów, a nie gusta konsumenckie¹³. Konstatacja taka niesie za sobą poważne konsekwencje dla prawa ochrony konkurencji.

Dobra informacyjne cechują się pewnym niezależnieniem kosztu produkcji od ceny sprzedaży (ekonomiczny efekt skali)¹⁴. Po zwrocie początkowego nakładu, cenę można kształtować w zasadzie dowolnie realizując politykę cenową¹⁵. Cena ustalana jest w stosunku do przewidywanej liczby odbiorców, a nie kosztu wyprodukowania sztuki produktu. W związku z tym, niektórzy autorzy proponują ocenę siły rynkowej uwzględniając wielkość początkowej inwestycji¹⁶. Na rynkach sektora ICT ekonomiści wskazują na wagę efektu sieciowego. Efekt sieciowy bezpośredni (ang. *direct network effect*)¹⁷ oznacza, iż produkt jest tym atrakcyjniejszy, im więcej konsumentów z niego korzysta. Popyt zwiększa się auto-

¹⁰ Immanentną cechą produktu, który ma zostać objęty patentem, jest jego nieoczywistość – musi w sposób zauważalny różnić się od produktu już objętego innym patentem. Por. R.D. Blair, W. Wang, *Monopoly Power and Intellectual Property* [w:] *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, Cambridge 2017, s. 207.

¹¹ M.A. Lemley, M.P. McKenna, *Is Pepsi Really a Substitute for Coke? Market Definition in Antitrust and IP* [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 192.

¹² Tamże.

¹³ Tamże, s. 187.

¹⁴ M. Księżyk, *Ekonomia Podejście historyczne i prospektywne*, Kraków 2012, s. 136.

¹⁵ K. Klincewicz, *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft* [w:] *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, Warszawa 2008, s. 158–160.

¹⁶ M.A. Lemley, M.P. McKenna [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 194.

¹⁷ M. Surdek, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 52.

matycznie. Efekt sieciowy pośredni (ang. *indirect network effect*)¹⁸ sprawia, iż na rynku pojawia się większa liczba produktów kompatybilnych z urządzeniem pozwalający na jeszcze szersze wykorzystywanie produktu podstawowego. Kolejnym faktorem wpływającym na siłę rynkową jest tzw. koszt zmiany (ang. *switching costs*)¹⁹ – użytkownik przyzwyczajony do pewnego standardu niechętnie inwestuje czas by przyzwyczać się do nowego systemu. W efekcie konsumenci stają się zamknięci w środowisku technologicznym, którego używają (*customer lock-in*)²⁰ i pozostają wierni nawet mimo korzystniejszych cenowo warunków, jakie oferuje konkurencyjna firma.

Definiując rynek właściwy nowych technologii zwraca się baczniejszą uwagę na bariery wejścia na rynek dla nowych przedsiębiorców²¹. Jeżeli na rynku właściwym produktów sektora ICT kilku przedsiębiorców konkuruje za pomocą atrakcyjnej ceny i jakości produktów (ang. *competition in the market*)²², badanie udziału w rynku dla określenia pozycji i siły rynkowej przedsiębiorcy jest zasadne²³. Na rynkach w sektorze ICT jeden popularny produkt może wyeliminować z rynku inne produkty bądź uniemożliwić wejście nowych produktów na rynek²⁴. Produkty chronione prawem własności intelektualnej z definicji różnią się od siebie, bądź są objęte marką, która sama w sobie stanowi silny wyróżnik²⁵. Często różnicą wskazywaną przez konsumentów jest sama marka, pod którą produkt jest sprzedawany²⁶. Zatem teoretycznie samą siłą marki można tworzyć rynki właściwe w rozumieniu prawa ochrony konku-

¹⁸ Tamże.

¹⁹ Por. C. Shapiro, H.R. Varian, *Potęga informacji: strategiczny przewodnik po gospodarce sieciowej*, przeł. A. Sobolewska, C. Matkowski, K. Masłowska, Gliwice 2007, s. 126–127.

²⁰ K. Klincewicz, *Ekonomiczne...*, s. 163.

²¹ Por. L. Boone, *Competition in the digital age*, <https://oecdecoscope.blog/2019/05/31/competition-in-the-digital-age/?print=pdf>, 10.03.2020.

²² M. Surdek [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 53.

²³ M. Meadows, *The Essential Facilities Doctrine in Information Economies: Illustrating Why the Antitrust Duty to Deal Is Still Necessary in the New Economy*, FIPMELJ 2015, t. 25, nr 3, s. 807.

²⁴ M. Surdek [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 52.

²⁵ M.A. Lemley, M.P. McKenna [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 196.

²⁶ Tamże, s. 190.

rencji, obejmując ochroną produkt wystarczająco różny od dostępnych dotychczas na rynku²⁷.

Konkurencja rozgrywa się zatem o rynek (ang. *competition for the market*) – przedsiębiorcy mają na celu objęcie pozycji monopolistycznej, jako jedynej umożliwiającej działanie²⁸. Zwraca się uwagę, iż zdobycie monopolu nie jest niczym złym, dopóki monopolista poprzez kontrolę infrastruktury niezbędnej (ang. *essential resource*) nie uniemożliwia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom²⁹. Uważa się, jednak, że przedsiębiorca nie może usprawiedliwiać ograniczeń stwierdzeniem, że monopol na konkretnym rynku jest zjawiskiem naturalnym³⁰.

Standardy i procesy normalizacyjne stały się elementami strategii rynkowej i gry konkurencyjnej między przedsiębiorcami³¹. Rynki w sektorze ICT cechują dążenia do standaryzacji produktów oraz oferowania licznych produktów kompatybilnych wykorzystujących ten standard lub platformę³². Normy same w sobie mogą nie być innowacyjne, ale ich wykorzystanie tworzy platformę do rozwoju innowacyjności i konkurencji³³.

W doktrynie wyróżnia się pogląd, iż standaryzacja służy czterem podstawowym celom. Po pierwsze kompatybilności (interoperacyjności), by tworzyć współpracujące ze sobą urządzenia, moduły, systemy. Po drugie redukcji liczby dostępnych rozwiązań i wspierania ekonomii skali. Po trzecie rozpowszechnianiu informacji i specyfikacji technicznych. Po czwarte zapewnieniu jakości i bezpieczeństwa produktów³⁴. Zwraca się

²⁷ Tamże, s. 191.

²⁸ M. Meadows, *The Essential...*, s. 816.

²⁹ Tamże, s. 808.

³⁰ E. Einer, *Defining better monopolization standards*, SLR 2003, t. 53, nr 2, s. 256.

³¹ K. Blind, B. Kahin, *Standards and the Global Economy* [w:] *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law. Competition, Antitrust, and Patents*, red. J. L. Contreras, Cambridge 2018, s. 8.

³² Systemy operacyjne iOS i Android są uważane za „meta-standardy”, mimo iż są zbudowane z wielu rozwiązań w obrocie funkcjonują jako ekosystem, chroniony standard, tzw. platformy innowacji (ang. *innovation platforms*). Por. K. Blind, B. Kahin [w:] *The Cambridge...*, red. J. L. Contreras, s. 11.

³³ Tamże, s. 9.

³⁴ Tamże.

uwagę, iż standaryzacja może być korzystna dla konsumentów³⁵. Szeroki dostęp do standardu przywraca konkurencję w modelu zbliżonym do klasycznego, czyli odbywającą się na rynku.

Standardy technologiczne są coraz bardziej złożone. Tytułem przykładu, na normę LTE (ang. *Long Term Evolution*) składa się kilka tysięcy niezbędnych patentów³⁶. Konstruktor kompatybilnego urządzenia musiałby uzyskać kilka tysięcy licencji. Jest to utrudnione ze względu na dwa zjawiska: *hold up* oraz *royalty-stacking*³⁷. Tylko uzyskanie licencji do wszystkich niezbędnych dla spełnienia normy patentów, pozwoli na legalne wykorzystanie standardu, w przeciwnym razie cały projekt będzie wstrzymany (*hold up*). Zjawisko *royalty-stacking* jest blisko z tym związane – właściciele ostatnich praw patentowych bezpodstawnie zawyżają cenę wysokość opłaty licencyjnej. Takie zachowania znacznie ograniczają konkurencję i mogą być nadużyciem pozycji dominującej wykreowanej przez prawny monopol, jaki uprawnieni sprawują nad patentem niezbędnym dla rozwoju technologii.

Z drugiej strony, standaryzacja może szkodzić konkurencji, jeżeli określony standard dominuje na rynku, a przedsiębiorca, który zyskał ochronę w postaci praw własności intelektualnej, odmawia innym legalnego dostępu do owego standardu³⁸. Niesie to za sobą szkodę dla konsumentów, gdyż nowy produkt mógłby być bardziej innowacyjny lub tańszy³⁹.

³⁵ T. Skoczny, *Sprawa Microsoft przed Komisją Europejską i Sędem Pierwszej Instancji* [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 27.

³⁶ „Patent niezbędny do spełnienia normy” (*standard essential patent* – SEP) służy ochronie technologii o podstawowym znaczeniu dla spełnienia norm. Z kolei norma, na potrzeby Rozporządzenia 1025/2012 dot. normalizacji europejskiej została zdefiniowana w art. 2 pkt 1 jako „specyfikacja techniczna przyjęta przez uznaną jednostkę normalizacyjną do wielokrotnego lub ciągłego stosowania, zgodność, z którą nie jest obowiązkowa”. Zob. Rozporządzenie 1025/2012 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz.Urz. UE L 316, s. 12).

³⁷ M. Barani, *From Patent Hold-Up to Patent Hold-Out?*, IJSR 2016, t. 14, nr 1, s. 140.

³⁸ M. Surdek [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 52.

³⁹ M. Meadows, *The Essential...*, s. 809.

3. Sposoby zwiększania konkurencyjności na rynkach nowych technologii

Zakres możliwej ingerencji antymonopolowej⁴⁰ w prawo własności intelektualnej stanowi przedmiot sporu w doktrynie⁴¹. Co do zasady, istnienie praw (ang. *existence*) oraz zwykle ich wykonywanie (ang. *exercise*) pozostaje poza zakresem działania prawa ochrony konkurencji⁴². Niemniej, zaistnienie wyjątkowych okoliczności uzasadnia ingerencję antymonopolową⁴³. Problemy pojawiają się już przy definiowaniu, co jest istotą prawa wyłącznego. W doktrynie silny jest pogląd przyznający immunitet antymonopolowy wszystkim aspektom wykonywania prawa własności, w tym kwestii przyznawania licencji osobom trzecim⁴⁴. Drugi, odmienny pogląd, jest zgodny z orzecznictwem unijnym w sprawach dotyczących stosowania doktryny urządzeń kluczowych. Jeżeli sposób wykonywania praw wyłącznych jest zgodny z wartościami chronionymi przez prawo konkurencji, interwencja w wykonywanie prawa jest uzasadniona, w tym udzielenie licencji przymusowej⁴⁵.

Celem prawa własności intelektualnej jest promowanie i ochrona innowacyjności, nawet kosztem ceny. Skoro konkurencja między produktami nie rozgrywa się na poziomie ceny, postuluje się, by w tym przypadku porzucić (sztucznie) wytyczone granice rynków, a skoncentrować się na konsekwencjach jakie niesie za sobą wykorzystywanie praw własności intelektualnej w wielu aspektach⁴⁶.

⁴⁰ Art. 2 ust. 1 u.o.k.i.k. stanowi, że „ustawa nie narusza praw przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej i przemysłowej (...)”. W ust. 2 statuuje wyjątki na rzecz umów zawieranych przez przedsiębiorców, zatem ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów stosuje się do: „(1) umów, w szczególności licencji, a także innych niż umowy praktyk wykonywania praw, o których mowa w ust. 1 (...)”.

⁴¹ D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a prawo własności intelektualnej – czy art. 2 ustawy jest w ogóle potrzebny?*, IKAR 2012, nr 1, s. 54.

⁴² M. du Vall, *Nadużycie pozycji dominującej poprzez wykonywanie praw własności intelektualnej*, PPWI 2010, nr 3, s. 7.

⁴³ Por. argumentację w sprawach *Magill*, *IMS Health*, *Microsoft* (omawiane dalej).

⁴⁴ R. Skubisz, *Nadużycie patentu* [w:] *Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, t. 14a, *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, Legalis 2017, nb. 63.

⁴⁵ Tamże, nb. 66.

⁴⁶ M.A. Lemley, M.P. McKenna [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 184.

System(y) udzielania licencji przymusowych nie odpowiadają na wszystkie potrzeby przedsiębiorców. Oddolne, branżowe działania, w celu grupowania i licencjonowania technologii, nie dostarczają metod rozwiązywania powstających sporów. Dlatego też elastyczna doktryna urzędów kluczowych może być najefektywniejszym narzędziem do zapewniania konkurencji na rynkach nowych technologii.

3.1. Licencja przymusowa

W zależności od okoliczności, uniemożliwienie innemu podmiotowi korzystania z wynalazku⁴⁷ może być kwalifikowane jako nadużycie patentu⁴⁸ bądź nadużycie pozycji dominującej⁴⁹. W pierwszym przypadku, Prezes Urzędu Patentowego może udzielić licencji przymusowej (art. 82 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo własności przemysłowej⁵⁰). Nadużycie patentu jest postacią nadużycia prawa podmiotowego⁵¹.

⁴⁷ W tradycyjnym i powszechnie akceptowanym w doktrynie ujęciu patent to „podmiotowe prawo, którego treścią jest terytorialnie i czasowo ograniczona wyłączność gospodarczej eksploatacji wynalazku, czyli szczególnego rodzaju przedmiotu niematerialnego”. Wynalazek może zostać opatentowany, jeżeli da się go przedstawić za pomocą słownego i graficznego opisu. Prawo podmiotowe powstaje na mocy konstytucyjnej decyzji wyspecjalizowanego organu. Organ uznaje określone rozwiązanie za użyteczne, nowatorskie i nieoczywiste i przyznaje wynalazcy ochronę prawa własności przemysłowej. Uprawniony przez określony czas jest jedynym dysponentem opatentowanego rozwiązania, m.in. decyduje o jego komercjalizacji, udzielaniu licencji. Por. R. Skubisz, *Ochrona patentowa wynalazku* [w:] *Prawo...*, red. R. Skubisz, t. 14a, *System...*, red. Z. Radwański, nb. 1 i n.

⁴⁸ Norma wyrażona w art. 68 p.w.p. statuuje generalny zakaz nadużywania prawa przez uprawnionego z patentu bądź licencji i wskazuje przykład nadużycia prawa podmiotowego w postaci nadużycia prawa patentowego. Norma zakazuje w szczególności uniemożliwienie korzystania z wynalazku osobie trzeciej, jeżeli (a) jest ono konieczne do zaspokojenia potrzeb rynku krajowego; (b) a zwłaszcza gdy wymaga tego interes publiczny; (c) a wyrób jest dostępny dla społeczeństwa w niedostatecznej ilości lub jakości albo po nadmiernie wygórowanych cenach; (d) minęły 3 lata od udzielenia patentu.

⁴⁹ R. Skubisz, *Nadużycie...* [w:] *Prawo...*, red. R. Skubisz, t. 14a, *System...*, red. Z. Radwański, nb. 57.

⁵⁰ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2017 r. poz. 776 ze zm.) – dalej: p.w.p.

⁵¹ Gdy oceniany jest sposób wykonywania patentu jako nadużycie prawa podmiotowego, badanie odbywa się na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze interesu publicznego, dobra ogółu, czyli wpływu na postęp techniczny, konkurencję, potrzeby społeczeństwa. Po drugie w kontekście indywidualnych relacji uprawnionego z patentu oraz innych uczestników rynku, ich sytuacji prawno-ekonomicznej. Bezpośrednim źródłem zakazu jest klauzula generalna wyrażona w art. 5 k.c., która wskazuje, że nie jest uważane za korzystanie z prawa i nie korzysta z ochrony systemu prawnego taki użytek ze

W drugim – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na uprawnionego przedsiębiorcę obowiązek udzielenia licencji na warunkach niedyskryminujących (art. 10 ust. 4 pkt 1 u.o.k.i.k.). W polskiej doktrynie dominuje pogląd, iż biorąc pod uwagę art. 2 u.o.k.i.k., sama odmowa udzielenia licencji nie może być traktowana jako zachowanie zagrażające konkurencji. Jedną z interpretacji art. 10 ust. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. prowadzi do wniosku, iż jako niedozwoloną praktykę ustawodawca wskazał tylko wydawanie licencji na dyskryminacyjnych warunkach⁵². Inaczej niż w prawie własności przemysłowej, punktem odniesienia nie są typowe w obrocie warunki, tylko warunki umów licencyjnych zawierane w przeszłości przez uprawnionego.

Należy pamiętać, że treść decyzji organów jest różna. Urząd patentowy, stwierdziwszy konieczność zastosowania licencji, określa jej warunki wraz z opłatą licencyjną. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdza praktykę zakazaną i nakazuje jej zaniechanie poprzez nałożenie na przedsiębiorców obowiązku zawarcia umowy licencyjnej. Strony same decydują o warunkach⁵³. W tym ujęciu reżim antymonopolowy nie obejmuje przedsiębiorców, którzy nie zdecydowali się na skomercjalizowanie swojego prawa, a zwłaszcza nie korzystają z niego bezpośrednio lub pośrednio oraz przedsiębiorców, którzy nie udzielili nikomu licencji. Takiego ograniczenia nie ma w przypadku oceny nadużycia patentu – licencja przymusowa może być nałożona niezależnie od faktu uprzedniego nieudzielenia licencji, niekorzystania z prawa, zajmowanej pozycji na rynku. Nadużyciem patentu jest również uzależnienie udzielenia licencji od nadmiernie uciążliwych warunków. Wzorcem do oceny warunków są warunki przyjęte w obrocie dla danego rodzaju umów.

swojego prawa, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub zasadami współżycia społecznego. Por. R. Skubisz, *Nadużycie...* [w:] *Prawo...*, red. R. Skubisz, t. 14a, *System...*, red. Z. Radwański, nb. 1–2.

⁵² Tamże, nb. 67.

⁵³ M. du Vall, *Nadużycie...*, s. 13.

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

Doktryna urządzeń kluczowych⁵⁴ to orzecznicza⁵⁵ konstrukcja prawna, formująca kryteria uzasadniające przymusowe udzielenie dostępu do infrastruktury, licencji bądź zawarcie umowy⁵⁶ przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą. Osadzona jest w prawie ochrony konkurencji i konsumentów w art. 102 TFUE oraz 9 u.o.k.i.k.

Termin „urządzenie” (ang. *facility*) należy rozumieć szerzej niż sugeruje wykładnia literalna – jako synonim rozwiązania, usługi, narzędzia, systemu, sposobu, infrastruktury⁵⁷. Obejmuje zarówno materialne (port w sprawie *Sealink*⁵⁸), jak i niematerialne (patent) środki niezbędne (infrastrukturę⁵⁹) do prowadzenia działalności gospodarczej lub świadczenia usługi⁶⁰. Urządzenie kluczowe może zapewnić właścicielowi pozycję dominującą, jeżeli jest niezbędne do prowadzenia działalności na powiązonym rynku. Nie każdy przedsiębiorca mający pozycję dominującą dysponuje urządzeniami kluczowymi⁶¹. Aspekt kluczowości (ang. *essential*)⁶²

⁵⁴ Sformułowanie urządzenie kluczowe (ang. *essential facilities*) zostało użyte pierwszy raz w 1912 r. przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Terminal Railroad Association*. Spółka Terminal Railroad kontrolowała most kolejowy na rzece Missisipi. Sąd Najwyższy uznał infrastrukturę za urządzenie kluczowe dla przewoźników chcących zapewniać transport do miast położonego po drugiej stronie rzeki. Por. C. Banasiński, E. Piontek [w:] *Ustawa...*, red. C. Banasiński, E. Piontek, pkt 80.

⁵⁵ J. Majcher, *Dostęp...*, s. 22.

⁵⁶ A. Tusiński, *Doktryna essential facilities w orzecznictwie ETS*, EPS 2006, nr 9, s. 39.

⁵⁷ M. Zalewska, *Amerykańska koncepcja w unijnym prawie – essential facilities doctrine*, AMULR 2013, nr 2, s. 179. Jak przytacza Autorka: „stosowany jest także termin „techniczne urządzenia kluczowe”, należą do nich głównie sieci: energetyczne, telekomunikacyjne, transportowe oraz „informacyjne urządzenia kluczowe”, czyli prawa własności intelektualnej np. w mediach czy multimediach”. W niniejszej pracy jednak „urządzenie kluczowe” będzie obejmowało obydwie te rodzaje.

⁵⁸ Decyzja Komisji z dnia 11 czerwca 1992 r., IV/34/174, *B&I Line v. Sealink Harbour and Sealink Stena*.

⁵⁹ C. Mair, *Taking Technological Infrastructure Seriously: Standards, Intellectual Property and Open Access*, UJIEL 2016, nr 59, s. 62.

⁶⁰ M. Zalewska, *Amerykańska...*, s. 179.

⁶¹ A. Tusiński, *Doktryna...*, s. 45.

⁶² Przymiotnik „kluczowy” (ang. *essential*) jest tłumaczony również jako niezbędny lub nieodzowny. Por. M. Zalewska, *Amerykańska...*, s. 179.

w każdej sprawie jest szczegółowo analizowany i definiowany precyzyjnie i wąsko⁶³.

W sprawie *Microsoft*⁶⁴ Komisja opowiedziała się za nieistotnością statusu prawnego urządzenia kluczowego w sprawach odmowy udzielania dostępu⁶⁵. Tzn. na ocenę stanu faktycznego nie wpływa decydująco fakt, czy odmawiany jest dostęp do infrastruktury fizycznej, czy też urządzenie objętego prawem własności intelektualnej⁶⁶.

W praktyce określenie konkretnej infrastruktury mianem urządzenia kluczowego, następuje w drodze decyzji Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów, Komisji albo w wyroku sądu⁶⁷. Jednak nie ulega wątpliwości, że wiedza o tym, czym może być urządzenie kluczowe, jest ważna również dla przedsiębiorców decydujących w toku prowadzonej działalności, czy i komu udzielić dostępu do swojej własności⁶⁸.

Podsumowując dorobek orzeczniczy organów unii europejskiej, można wyróżnić cztery przesłanki warunkujących możliwość jej zastosowania.

Po pierwsze dostęp do infrastruktury musi być warunkiem niezbędnym do prowadzenia działalności na rynku powiązany⁶⁹. Niezbędność wyraża się w braku możliwości powielenia urządzenia kluczowego przez

⁶³ Tamże.

⁶⁴ Decyzja Komisji z dnia 24 maja 2004 r., COMP/C-3/37.792, odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corporation (Dz.Urz. UE z 2007 r. L 32, s. 23) – dalej: Decyzja w sprawie *Microsoft*.

⁶⁵ Komisja miała wątpliwości, czy informacje umożliwiające interoperacyjność stanowią przedmiot własności intelektualnej i czy mogą być urządzeniem kluczowym. Przyjęła jednak, że tak jest. Przyjęcie, iż przedmiotowe informacje są infrastrukturą fizyczną oznaczałoby analizę według przesłanek sformułowanych w sprawie *Oscar Bronner*, przy okazji badania niezbędności systemu dystrybucji prasy. Założenie Komisji jest oceniane pozytywnie, pewna zachowawczość pozwoliła na skorzystanie z surowszego testu ze sprawy *IMS Health* – w teście *Bronner* nie bada się przesłanki powstania nowego produktu. Por. M. Surdek [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 70.

⁶⁶ M. Górską, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej* [w:] *Konkurencja a własność intelektualna*, red. J. Kępiński, Warszawa 2011, s. 21.

⁶⁷ J. Majcher, *Dostęp...*, s. 19.

⁶⁸ Tamże, s. 21.

⁶⁹ Tamże, s. 100.

przedsiębiorcę ubiegającego się o dostęp, ze względów faktycznych⁷⁰, prawnych⁷¹ bądź ekonomicznych⁷². W ocenie Trybunału należy uwzględnić istnienie nawet mniej korzystnych alternatyw, a wielkość inwestycji finansowej należy oceniać z perspektywy przedsiębiorcy o znacznej pozycji na rynku. Wcześniejsze relacje gospodarcze przedsiębiorców nie mają znaczenia dla oceny zasadności żądania dostępu⁷³. W orzeczeniu w sprawie *Microsoft* fakt, iż spółka udzielała w przeszłości informacji dot. interoperacyjności, a potem zaprzestała, był brany pod uwagę, lecz nie przesądzał o obowiązku ich udzielenia w przyszłości. W doktrynie polskiej istnieją poglądy przychylnie faworyzowaniu stałych klientów kosztem nowych odbiorców⁷⁴. Takie podejście mogłoby spowodować dużo bardziej selektywne udzielanie licencji po raz pierwszy i przez to ograniczyć konkurencję na rynku⁷⁵.

Po drugie odmowa⁷⁶ dostępu do urządzenia kluczowego stanowi nadużycie pozycji dominującej gdy eliminuje konkurencję na rynku powiązanym⁷⁷. Przesłanka wyeliminowania konkurencji na rynku jest zniuansowana. Pierwsze podejście opowiada się za automatyzmem⁷⁸. Eliminacja

⁷⁰ W sprawie *Stena* położenie geograficzne portu oraz ograniczenia techniczne utrudniały jednoczesne korzystanie z portu przez dwie spółki.

⁷¹ Przeszkodą prawną jest ochrona prawa własności intelektualnej roztoczona nad urządzeniem, jak np. w sprawie *Magill* i *IMS Health*.

⁷² Przeszkoda o charakterze ekonomicznym wystąpiła w sprawie *Oscar Bronner* – powód argumentował, iż stworzenie systemu dystrybucji byłoby nadmiernie kosztowne.

⁷³ J. Majcher, *Dostęp...*, s. 106–107.

⁷⁴ W tym ujęciu odmowa nowej współpracy jest dopuszczalna pod warunkiem, gdy celem odmowy nie jest eliminacja przedsiębiorcy z rynku, a ewentualne podjęcie nowej (nawet jednorazowej) współpracy, wyrządziłoby szkodę majątkową dotychczasowemu kontrahentowi. Por. R. Blicharz, K. Horubski, M. Pawelczyk, *Prawo Konkurencji w systemie publicznego prawa gospodarczego* [w:] *Publiczne Prawo Gospodarcze*, t. 8b, *System Prawa Administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Legalis 2018, nb. 77.

⁷⁵ M. Surdek [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 51.

⁷⁶ Odmowa może być bezpośrednia lub pośrednia. W sprawie *Sealink* Komisja uznała, że udostępnianie portu konkurencyjnemu przewoźnikowi na mniej korzystnych warunkach niż spółce ze swojej grupy kapitałowej jest pośrednią odmową udostępnienia urządzenia kluczowego. Por. J. Majcher, *Dostęp...*, s. 103.

⁷⁷ J. Majcher, *Dostęp...*, s. 102.

⁷⁸ Linia orzecznicza zapoczątkowana w sprawie *Commercial Solvents* (Wyrok Trybunału z dnia 6 marca 1974 r., 6/73 oraz 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EU:C:1974:18) potwierdzona w sprawie *Telemarketing* oraz *Magill*.

konkurencji jest skutkiem odmowy udzielenia licencji, gdy urządzenie kluczowe chronione przez prawo własności intelektualnej. Wniosek taki jest zgodny z wykładnią funkcjonalną oraz historyczną⁷⁹. Drugi pogląd⁸⁰ koncentruje się na badaniu, czy odmowa jest w stanie wyeliminować wszelką/całą⁸¹ konkurencję. Przeciwnicy zarzucają, iż z formalnego punktu widzenia wystarczyłoby udzielenie licencji jednemu podmiotowi⁸² lub kilku licencji przedsiębiorcom o znikomej pozycji na rynku⁸³, by nie doszło do nadużycia pozycji dominującej. Należy stwierdzić, iż wypacza to sens stosowania doktryny. Dyskusyjny jest także stopień prawdopodobieństwa wyeliminowania konkurencji, które musi nastąpić. Początkowo wskazywano, iż konieczne jest wykazanie faktycznego ryzyka wyeliminowania wszelkiej konkurencji⁸⁴. Dopiero Sąd w sprawie *Microsoft*⁸⁵ stwierdził, że wystarczy przedstawienie wpływu odmowy na ryzyko eliminacji efektywnej konkurencji. Za efektywną konkurencję nie może być uznane egzystowanie na rynku przedsiębiorców o niewielkiej sile rynkowej.

Po trzecie badane jest, czy odmowa uniemożliwi powstanie nowego produktu⁸⁶ lub ograniczy postęp techniczny ze szkodą dla konsumentów⁸⁷. Interpretacja tej przesłanki zmieniała się w czasie. Początkowo w sprawie *Oscar Bronner*⁸⁸ problem uniemożliwienia powstania nowego

⁷⁹ M.K. Kolański, *Licencje przymusowe we wspólnotowym prawie konkurencji*, GPGOK 2007, nr 1, s. 118–119.

⁸⁰ Zapoczątkowane w sprawie *IMS Health*.

⁸¹ M.K. Kolański, *Licencje...*, s. 120.

⁸² Tamże, s. 119.

⁸³ M. Górka [w:] *Konkurencja a własność intelektualna*, red. J. Kępiński, s. 19.

⁸⁴ Linia orzecznicza od sprawy *Commercial Solvents* przez *Magill* i *Oscar Bronner*, aż do decyzji Komisji w sprawie *Microsoft*. Por. J. Majcher, *Dostęp...*, s. 104.

⁸⁵ Wyrok Sądu pierwszej instancji (wielka izba) z dnia 17 września 2007 r., T-201/4, *Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (EU:T:2007:289) – dalej: Wyrok w sprawie *Microsoft*.

⁸⁶ Rzecznik Generalny w sprawie *Magill* wskazał, iż powstanie nowego produktu, na który istnieje potencjalne lub rzeczywiste zapotrzebowanie, pomaga zrównoważyć naruszenie istoty praw wyłącznych i wolności działalności gospodarczej z potrzebą ochrony konkurencji, która może przeważać tylko jeśli odmowa udaremnia rozwój rynku ze szkodą dla konsumentów. Por. J. Majcher, *Dostęp...*, s. 125.

⁸⁷ Opinia rzecznika generalnego z dnia 2 października 2003 r. w sprawie *IMS Health* (EU:C:2003:537).

⁸⁸ Wyrok Trybunału z dnia 26 listopada 1998 r., C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG przeciwko Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* (EU:C:1998:569).

produktu nie był analizowany. Dopiero w sprawie *IMS Health*⁸⁹ Rzecznik Generalny zaopiniował, iż nowy produkt ma zaspokajać inne potrzeby konsumentów⁹⁰, lecz jednocześnie ma być konkurencyjny wobec produktu oferowanego przez właściciela urządzenia kluczowego⁹¹. W sprawie *Microsoft* Sąd dokonał reinterpretacji przesłanki poprzez dopuszczenie, że jest wystarczające, aby nowy produkt był modyfikacją/ulepszeniem produktu dotychczasowego, jeżeli zmiana jest korzystna dla konsumentów⁹². Produkty chronione przez prawo własności intelektualnej można łatwo modyfikować, lecz nie jest jasnym jaka zmiana wystarczy by uzyskać nowy produkt. Konkludując, odmowa dostępu utrudnia konkurencję polegającą na modyfikacji i udoskonalaniu istniejących już rozwiązań zgodnie z zapotrzebowaniem konsumentów (ang. *competition by substitution*)⁹³. Poza tym, Sąd zaakcentował, iż skutkiem odmowy ma być przede wszystkim ograniczenie postępu technicznego ze szkodą dla konsumentów.

Swoiste „obniżenie” wymagań spotkało się z krytyką. Zarzucane jest, iż Sąd przyznał zbyt szerokie pole do ingerencji prawa antymonopolowego w wykonywanie praw wyłącznych⁹⁴. Ocenia się, iż test zastosowany w sprawie *Microsoft* byłby zbyt łagodny dla spraw z innych sektorów gospodarki⁹⁵. W opinii innych autorów, dzięki brakowi konkretyzacji, Trybunał utrzymał równowagę pomiędzy wartościami prawa własności intelektualnej i ochrony konkurencji⁹⁶ i zasługuje to na aprobatę.

⁸⁹ Wyrok TS z dnia 29 kwietnia 2004 r., C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG przeciwko NDC Health GmbH & Co. KG* (ECLI:EU:C:2004:257) – dalej: sprawa *IMS Health*.

⁹⁰ W tej sprawie ze strony konsumentów nie było zapotrzebowania na nowy produkt. Wskazuje się, iż należy w pierwszej kolejności uwzględnić, czy dla konsumentów modyfikacja jest wartościowa, a dopiero później badać cechy samego produktu. Por. M. Górską [w:] *Konkurencja a własność intelektualna*, red. J. Kępiński, s. 17.

⁹¹ Wskazuje się, iż postulat jest niezgodny z klasycznymi założeniami prawa konkurencji – tylko produkty ekwiwalentne, spełniające te same potrzeby, stosowane zamiennie mogą być uznane za produkty konkurujące na jednym rynku właściwym. Por. M.K. Kolański, *Licencje...*, s. 117–118.

⁹² M. Surdek [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 82.

⁹³ M. Górską [w:] *Konkurencja a własność intelektualna*, red. J. Kępiński, s. 16.

⁹⁴ Tamże, s. 83.

⁹⁵ I. Graef, *Tailoring the Essential Facilities Doctrine to the IT Sector: Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights after Microsoft*, CSLR 2011, nr 1, s. 17–18.

⁹⁶ M. Górską [w:] *Konkurencja a własność intelektualna*, red. J. Kępiński, s. 15.

Po czwarte analizowane jest, czy przedsiębiorca obiektywnie uzasadnił odmowę. Rozważa się także, czy korzyści dla konkurencji przewyższają niedogodności, które mogą wystąpić po stronie właściciela („koszty interwencji”)⁹⁷.

Kwestią dyskusyjną jest to, czy przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie. W sprawie *Magill*⁹⁸ Trybunał nie określił, czy okoliczności muszą być spełnione łącznie, spowodowało to rozbieżności w późniejszym orzecznictwie⁹⁹. Dwa lata później, w sprawie *Ladbroke*¹⁰⁰ kryteria niezbędności i nowego produktu są zaprezentowane jako alternatywne. Trybunał w orzeczeniu *IMS Health* opowiedział się za koniecznością wystąpienia wszystkich okoliczności łącznie. Przyjęta interpretacja nie została wyczerpująco uzasadniona. Komisja Europejska w decyzji w sprawie *Microsoft* odzeglana się od konieczności spełnienia przesłanek łącznie, o ile wystąpią inne przekonujące powody. Sąd to potwierdził, dając do zrozumienia, że przesłanki zdefiniowane w sprawie *IMS Health* są wystarczające, ale nie niezbędne do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej w efekcie odmowy dostępu do urządzenia kluczowego.

3.3. Zasoby patentowe (*patent pools*)

Porozumienia w celu łączenia i rozpowszechniania technologii są istotnym mechanizmem licencjonowania technologii – powstały, aby przeciwdziałać zjawiskom *hold up* i *royalty-stacking*. Celem zasobów patentowych¹⁰¹

⁹⁷ J. Majcher, *Dostęp...*, s. 20–21.

⁹⁸ Wyrok Trybunału z dnia 6 kwietnia 1995 r., C-241/91 oraz C-242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (EU:C:1995:98).

⁹⁹ T. Jiang, *EU Antitrust review of refusal to license IPR: its potential for China*, Ghent 2015, s. 82.

¹⁰⁰ Wyrok Sądu z dnia 12 czerwca 1997 r., T 504/19, *Tierce Ladbroke przeciwko Komisji Europejskiej* (EU:T:1997:84).

¹⁰¹ Powstają zasoby patentowe zarówno państwowe, jak i prywatnych konsorcjów. Przykładową regulacją zaspobu są Wytyczne Komisji z 2014 r. w pkt. 244 definiują zasoby patentowe (grupy technologii, ang. *technology pools*) jako „porozumienia, zgodnie z którymi co najmniej dwie strony tworzą pakiet technologii, który jest licencjonowany nie tylko na rzecz uczestników grupy, ale także osób trzecich”. Wytyczne przewidują szereg rozwiązań co do ich tworzenia, funkcjonowania oraz relacji podmiotów uprawnionych z patentów z osobami trzecimi.

jest zwiększenie wydajności systemu ochrony patentowej¹⁰². W ramach zasobu patentowego (ang. *technology pool*¹⁰³ lub *patent pool*) przedsiębiorcy składają patenty niezbędne do zrealizowania normy w jednym podmiocie. Uzyskanie licencji wiąże się z jedną opłatą licencyjną i odbywa się w ramach jednej transakcji. Jest to korzystne dla pewności obrotu, gdyż inwestorzy mogą mieć pewność, iż jeżeli spełnią wcześniej zdefiniowane warunki, otrzymają komplet licencji. Zasoby patentowe są uważane za korzystne dla konkurencji rynkowej, gdyż umożliwiają większej liczbie przedsiębiorców korzystanie ze standardu oraz obniżają koszty uzyskania licencji oraz powinny redukować część sporów.

Zasób patentowy w formule bezpiecznej przystani¹⁰⁴ nie podlega zakresowi działania art. 101 TFUE, jeżeli spełnione są warunki¹⁰⁵ przewidziane w pkt. 261 Wytycznych Komisji. Poszczególne warunki służą różnym celom. Wymóg gromadzenia tylko istotnych patentów (SEP) i prawo kwestionowania ich istotności oraz zachowana swobody konkurencji wspiera innowacyjność i chroni konkurencję na rynku technologii. Wymóg licencji niewyłącznych umożliwia stworzenie równoległego, konkurencyjnego zasobu patentowego. Zasada udzielania licencji na zasadach FRAND oraz ograniczona wymiana informacji handlowych służy

¹⁰² R.D. Blair, W. Wang [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 218.

¹⁰³ Określenie *technology pool* jest tłumaczone zarówno na jako pakietu technologii mogących być przedmiotem licencji, jak i rodzaj porozumienia. Por. M. Borowicz, *Porozumienia łączenia i rozpowszechniania technologii w europejskim prawie konkurencji*, PIP 2010, nr 5, s. 81.

¹⁰⁴ Tzw. bezpieczne przystanie (*safe harbour*), zwiększają pewność obrotu, wskazując, kiedy działanie zasobu jest „bezpieczne” z punktu widzenia prawa antymonopolowego. Zarówno tworzenie zasobu patentowego, jak i proces ustalania normy technicznej powinien być otwarty dla wszystkich zainteresowanych. Komisja wskazuje, iż „otwartość” oznacza wybieranie patentów koniecznych dla zrealizowania normy na podstawie kryteriów cenowo-jakościowych.

¹⁰⁵ Po pierwsze uczestnictwo jest otwarte dla wszystkich zainteresowanych uprawnionych z patentów. Po drugie przyjęto mechanizmy w celu zabezpieczenia i gwarancji, tak aby wszystkie technologie były istotne dla zrealizowania normy (i automatycznie komplementarne względem siebie). Po trzecie ustanowiono mechanizmy zabezpieczające, tak aby wymiana informacji o ustalaniu cen i produkcji jest tylko w zakresie koniecznym do stworzenia zasobu i jego funkcjonowania. Po czwarte licencje udzielane w ramach zasobu mają charakter niewyłączny. Po piąte licencje udzielane są wszystkim potencjalnym zainteresowanym na zasadach FRAND. Po szóste uprawnionym z patentu oraz licencjobiorcom przysługuje prawo do kwestionowania istotności i ważności technologii wchodzącej w skład zasobu. Po siódme uprawnionym z patentu oraz licencjobiorcom przysługuje prawo rozwijania konkurencyjnych produktów oraz technologii.

ochronie konkurencji na rynkach właściwych produktów korzystających z rozwiązań technicznych zgromadzonych w zasobie¹⁰⁶.

Dla porównania, organizacje normalizacyjne nie angażują się zazwyczaj w proces patentowania, nie ingerują również w podział opłat licencyjnych. Członkowie SSO czasami powołują zasób patentowy gromadzący ich patenty niezbędne do zrealizowania normy, by łącznie zarządzać licencjami¹⁰⁷.

3.4. Organizacje normalizacyjne (*Standard setting organisation*)

Organizacje normalizacyjne/standaryzacyjne¹⁰⁸ to swoiste platformy dyskusji o tym, z czego powinna składać się norma w celu umożliwienia przedsiębiorstwom konkurencyjnym tworzenia interoperacyjnych rozwiązań¹⁰⁹. Otwarte spotkania dyskusyjne kończą się głosowaniem nad specyfikacją techniczną określającą jakie cechy, funkcje i właściwości musi mieć produkt, aby był zgodny z normą¹¹⁰. Uprawniony z patentu niezbędnego do zrealizowania normy zyskuje monopolistyczną siłę rynkową (ang. *monopoly power*) na rynku, który wykorzystuje przedmiotowy standard¹¹¹. Z punktu

¹⁰⁶ R. Sikorski, *Aktualne zagadnienia na styku własności intelektualnej i prawa konkurencji Unii Europejskiej*, PPWI 2014, nr 4, s. 138.

¹⁰⁷ A.D. Melamed, C. Shapiro, *How Antitrust Law Can Make FRAND Commitments More Effective*, YLJ 2018, nr 127, s. 2113.

¹⁰⁸ Przykładem organizacji normalizacyjnej o dużym znaczeniu jest Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych (ang. *European Telecommunications Standard Institute*, ETSI). ETSI została powołana w 1988 r. na Europejskiej Konferencji Administracji Poczty i Telekomunikacji (*European Conference of Postal and Telecommunications Administrations*, CEPT) na potrzeby europejskie, lecz szybko zyskała znaczenie światowe. Członkami ETSI jest obecnie ponad 900 organizacji pochodzących z 60 państw pięciu kontynentów. Jej misją jest stworzenie platformy dla współpracy zainteresowanych stron przy ustalaniu norm produktów i usług sektora ICT. ETSI wspiera europejskie działania legislacyjne w dziedzinie ustalania zharmonizowanych standardów oraz współpracuje z innymi organizacjami. ETSI uczestniczy w projektach m.in. *Third Generation Partnership Project* (3GPP), którego celem jest wyznaczenia norm dla technologii 4G i 5G. Badanie środowiskowe z 2016 r. wskazują, iż 70% wszystkich zgłoszonych standardów niezbędnych do zrealizowania normy na świecie została złożona w ETSI. Por. <https://www.etsi.org/about?jij=1566146994988>, 10.03.2020 oraz T. Pohlmann, K. Blind, *Landscaping study on Standard Essential Patents (SEPs)*, Berlin 2016, s. 12, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/20741/attachments/1/translations/en/renditions/native>, 10.03.2020.

¹⁰⁹ R.D. Blair, W. Wang [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 219.

¹¹⁰ A.D. Melamed, C. Shapiro, *How Antitrust...*, s. 2112.

¹¹¹ Tamże, s. 2114.

widzenia konkurencji nie jest to korzystne. Uprawniony zostaje „zwolniony” z presji konkurowania – wartość rozwiązania została potwierdzona poprzez ujęcie go jako koniecznego do zrealizowania normy¹¹².

Niestety, ustalenie normy zajmuje zazwyczaj kilka lat. Uprawnieni z patentów pozostają w niepewności, czy ich patent zostanie włączony do normy¹¹³ i nie znając wartości patentu zwlekają z rozpoczęciem negocjacji licencyjnych (*hold up*)¹¹⁴. Po drugiej stronie inwestorzy naruszają patent stosując go przed rozpoczęciem negocjacji¹¹⁵. W sytuacji, gdy inwestor zastosował już standard, jest *de facto* związany (ang. efekt *lock-in*) rozwiązaniem technicznym opracowanym przez właściciela SEP. Udana komercjalizacja standardu podwyższa jego cenę – właściciel patentu niezbędego dla zrealizowania normy może wykorzystać sytuację potencjalnego licencjobiorcy, dla którego nie ma alternatywnych rozwiązań i żądać zdecydowanie zbyt wysokiej opłaty licencyjnej¹¹⁶. Na tym etapie rozwiązanie alternatywne jest albo niemożliwe, albo koszt zmiany (ang. *switching cost*) czyniłby pierwotną inwestycję nieopłacalną.

Organizacje standaryzacyjne ogłaszają wiążące dla członków polityki w sprawie praw własności intelektualnej, których celem jest zapewnienie członkom zysków z opłat licencyjnych, a z drugiej strony – powstrzymanie ich przed żądaniem nadmiernie wygórowanych opłat¹¹⁷. SSO posiadają swoistą władzę ekonomiczną nad uprawnionymi z patentów. Uważa się, iż z tego powodu nie organizują systemu ustalania i pobierania opłat licencyjnych tylko rekomendują warunki FRAND, na jakich przedsiębiorcy powinni zawierać umowy¹¹⁸.

Tytułem przykładu, w zakresie praw własności intelektualnej ETSI¹¹⁹ w pkt. 3.1. stawia za cel minimalizację ryzyka utracenia inwestycji,

¹¹² Tamże, s. 2113–2114.

¹¹³ A. Layne-Farrar, *The Economics of FRAND* [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 60.

¹¹⁴ Tamże.

¹¹⁵ A.D. Melamed, C. Shapiro, *How Antitrust...*, s. 2113.

¹¹⁶ A. Layne-Farrar [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 60.

¹¹⁷ A.D. Melamed, C. Shapiro, *How Antitrust...*, s. 2113.

¹¹⁸ R.D. Blair, W. Wang [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 219.

¹¹⁹ Rules of procedure z dnia 3 kwietnia 2019 r., Annex 6, ETSI Intellectual Property Rights Policy, <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>, 10.03.2020.

ze względu na brak dostępu do rozwiązań chronionych przez prawo własności intelektualnej. W zakresie własności praw własności intelektualnej ETSI w pkt. 3.2. Polityki deklaruje, iż uprawnieni z patentu powinni być odpowiednio i sprawiedliwie wynagrodzeni (ang. *adequately and fairly rewarded*) za korzystanie z ich własności. Sposób rozumienia zasad FRAND może różnić się dla poszczególnych SSO, zatem to do nich należy ustalenie dokładnych zasad uwzględniając rynek i preferencje swoich członków¹²⁰. Prawo ochrony konkurencji powinno elastycznie reagować na zmieniające się okoliczności spraw¹²¹. Zachowanie konkurencji między SSO może zmniejszać problem oportunistycznego nastawienia właścicieli patentów niezbędnych dla zrealizowania normy¹²².

Niestety, jako że organizacje standaryzacyjne nie wyznaczają metod rozwiązywania zaistniałych sporów np. poprzez arbitraż, są one rozpatrywane przez sądy. Obietnica składana przez uprawnionego z patentu, biorącego udział w ustalaniu standardu, organizacji standaryzacyjnej o udzielaniu licencji na zasadach FRAND z prawnego punktu widzenia jest umową. Najczęściej jest analizowana w świetle prawa zobowiązań i obowiązków kontraktowych stron.

4. Podsumowanie

Podsumowując, metody zapewniania konkurencji na rynkach z sektora ICT proponowane przez prawo ochrony konkurencji i mechanizmy prawa własności intelektualnej mogą być efektywne w jednostkowych przypadkach, lecz nie zapewniają pewności obrotu na analizowanych rynkach. Warunkiem zdrowej konkurencji jest możliwość uczestniczenia w nim większej liczby podmiotów. Postępująca standaryzacja i zjawiska jej towarzyszące podnoszą bariery wejścia na rynek. Często przyczyną niemożności czynnej konkurencji jest brak dostępu do urządzenia kluczowego, będącego niezbędnym elementem dla stworzenia nowego produktu (usługi) kompatybilnego z istniejącymi już produktami. Postęp

¹²⁰ A.D. Melamed, C. Shapiro, *How Antitrust...*, s. 2137.

¹²¹ Tamże.

¹²² Tamże.

techniczny sprawia, że urządzenia są coraz bardziej skomplikowane, a ich własność podzielona jest pomiędzy różne podmioty.

Na szczęblu międzynarodowym reakcją na wyżej zarysowany problem jest działalność organizacji standaryzacyjnych (SSO) oraz zasobów patentowych. Odzwierciedla to również próba upowszechnienia stosowania niedyskryminujących licencji na zasadach FRAND. To niewątpliwie dobry kierunek, jednak, jak zostało zarysowane, nie rozwiązuje wszystkich problemów na jakie napotykają przedsiębiorcy.

Po pierwsze zasoby patentowe często są niekompletne, w związku z czym zjawiska *hold up* i *royalty stacking* blokują bądź opóźniają zamierzone realizacje. Zasoby zmniejszają konkurencję pomiędzy uprawnionymi wewnątrz zasobu. Badania ekonomiczne nie dają jednoznacznych wskazań co do wpływu *patent pools* na dobrobyt. Z jednej strony, zwiększają one innowacyjność, z drugiej zaś, mogą prowadzić do większej liczby sporów sądowych. Wydaje się jednak, iż obniżone koszty transakcyjne i transparentność poprawia dostępność rozwiązań, co w rezultacie zwiększa dobrobyt społeczny¹²³. Takie porozumienia nazywane są w doktrynie „zjawiskami powracającymi”, gdyż nasilają się w okresach dynamicznego rozwoju technicznego¹²⁴.

Po drugie działalność organizacji normalizacyjnych wprowadza ład, jednak ustalenie normy i wyłonienie patentów istotnych dla realizacji normy zajmuje dużo czasu, podczas którego działania przedsiębiorcy są zamrożone. Na pochwałę zasługuje koncepcja udzielania licencji na zasadach FRAND. Pewność, że po spełnieniu określonych wymagań (w tym uiszczenia opłaty), podmiotowi zostanie udzielona licencja znacząco wpływa na gotowość podjęcia decyzji inwestycyjnych. Z drugiej strony, na obecnym etapie przesłanki FRAND nie zostały jeszcze wiążąco i powszechnie zaakceptowane. Pożądane byłoby również powołanie sądu arbitrażowego dla sporów wynikłych w związku z procesem licencjonowania, którego priorytetem byłoby rozwiązanie sprawy w rozsądnym terminie oraz możliwie polubownie.

¹²³ R.D. Blair, W. Wang [w:] *The Cambridge...*, red. R.D. Blair, D.D. Sokol, s. 218.

¹²⁴ M. Borowicz, *Porozumienia...*, s. 81.

Drugą z wyodrębnionych przeze mnie grup rozwiązań problemu niemożności wejścia na rynek z powodu braku dostępu do dobra objętego ochroną prawa własności intelektualnej, jest próba ubiegania się o licencje przymusową. Jest to możliwe w trybie prawa własności intelektualnej lub w reżimie ochrony konkurencji i konsumentów. Zdarzają się stany faktyczne wypełniające jednocześnie przesłanki obu omówionych konstrukcji – przedsiębiorca mający pozycję dominującą jest uprawniony z patentu i udziela licencji na swój produkt na warunkach dyskryminujących¹²⁵. Przy ocenie i kwalifikacji prawnej zachowania uprawnionego z patentu należy uwzględniać odmienne funkcje regulacji. Konstrukcja nadużycia patentu i licencji przymusowej ma na celu zapewnienie wykorzystania patentu zgodnie z jego społeczno-gospodarczym celem oraz zasadami współżycia społecznego. Natomiast antymonopolowy nakaz udzielenia licencji na niedyskryminujących warunkach ma przede wszystkim zapewniać ochronę konkurencji na rynku¹²⁶. Wadą tych trybów jest duży formalizm i czas konieczny do podjęcia decyzji przez odnośne organy.

Trzecim sposobem pokonywania barier wejścia na rynek nowych technologii jest stosowanie doktryny urządzeń kluczowych. Przesłanki stosowania doktryny koncentrują się na ocenie kluczowości urządzenia oraz wpływie działań przedsiębiorców na strukturę konkurencji oraz dobrobyt konsumentów. Uważam, że jej pozorne niedoskonałości (np. niedookreśloność przesłanek) stanowią o jej sile w kontekście sektora ICT. Sprawa *Microsoft* pokazuje tendencję do obejmowania zakresem doktryny urządzeń kluczowych nowych infrastruktur¹²⁷. Przyjęte uproszczenie w postaci nazywania „urządzeniem” zarówno dóbr materialnych, jak i niematerialnych odcina dużą część spornych zagadnień – urządzeniem kluczowym może być wszystko, co niezbędne. Konstatacja, że przesłanki testu *IMS Health* są wystarczające, ale nie niezbędne do uznania konieczności udzielenia dostępu do urządzenia kluczowego, sprawia, że doktrynę można dostosować do dynamicznie zmieniających się rynków sektora ICT.

¹²⁵ D. Miąsik, *Ustawa...*, s. 54.

¹²⁶ R. Skubisz, *Nadużycie...* [w:] *Prawo...*, red. R. Skubisz, t. 14a, *System...*, red. Z. Radwański, nb. 69.

¹²⁷ T. Skoczny [w:] *Sprawa...*, red. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek, s. 42.

Streszczenie

Postępująca standaryzacja i zjawiska jej towarzyszące podnoszą bariery wejścia na rynki właściwe nowych technologii. Często przyczyną niemożności czynnej konkurencji jest brak dostępu do urządzenia kluczowego, będącego niezbędnym elementem dla stworzenia nowego produktu (usługi) kompatybilnego z istniejącymi już rozwiązaniami. Celem artykułu jest ocena funkcjonowania wybranych instrumentów zapewniania konkurencji na przedmiotowych rynkach właściwych, które warunkowane są dostępem do dóbr niematerialnych. Przybliżane zostały zasoby patentowe, organizacje standaryzacyjne, patenty niezbędne oraz zasady licencjonowania FRAND (ang. *fair, reasonable, and non-discriminatory*). Analizowane są instytucje licencji przymusowych w reżimie prawa własności intelektualnej oraz prawa ochrony konkurencji i konsumentów. Przeanalizowana została również doktryna urządzeń kluczowych. Doktryna urządzeń kluczowych to orzecznicza konstrukcja prawna, formująca kryteria uzasadniające przymusowe udzielenie dostępu do infrastruktury, licencji bądź zawarcie umowy przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą. Przesłanki koncentrują się na ocenie kluczowości urządzenia oraz wpływie działań przedsiębiorcy na strukturę konkurencji oraz dobrobyt konsumentów. Z przedstawionych metod, doktryna wydaje się instrumentem mogącym zapewnić warunki konkurencji na rynkach właściwych nowych technologii w najbardziej efektywny sposób.

Słowa kluczowe: konkurencja, własność intelektualna, bariery wejścia na rynki właściwe nowych technologii, odmowa dostępu, doktryna urządzeń kluczowych, licencje.

Challenges for competition in new technology relevant markets related to intellectual property law with selected methods of restoring competition

S u m m a r y

Progressing standardization has increased barriers to entry into relevant markets of digital products. Frequently the reason for the inability to compete is a lack of access to the essential facility, which is a necessary component of a new, but compatible with so far existing, product. The aim of the paper is to evaluate legal instruments ensuring competition in relevant markets, in which competitiveness is linked with access to intellectual property goods. Compulsory licensing imposed by competition and patent authorities are discussed. Patents, standardization organizations, necessary patents and the FRAND licensing rules (fair, reasonable, and non-discriminatory) are also mentioned and evaluated. Great emphasis is put on essential facility doctrine. Doctrine can be applied in case of abuse of dominant position, denial of access to essential facility. The paper argues that in the markets, that does not tend towards effective competition, as its prerequisites are flexible, can be the most effective instrument to restore competition in favor of consumer welfare.

Keywords: competition, intellectual property, barriers to entry into relevant markets of digital products, denial to access, essential facilities doctrine, licence.

Katarzyna Stradomska

University of Warsaw

Faculty of Law and Administration

ul. Krakowskie Przedmieście 26/28

00-927 Warsaw, Poland

e-mail: kat.stradomska@gmail.com