

Microsoft a prawo konkurencji w USA i UE

Tomasz Bagdziński

Artykuł dotyczy przebiegu i rezultatów postępowań antymonopolowych prowadzonych w ostatnich latach przeciwko spółce Microsoft w USA oraz w Unii Europejskiej w sprawach naruszenia przez tę spółkę prawa konkurencji. Analizie poddano najpierw cele prawa konkurencji i istotę pozycji dominującej, a następnie zarzuty stawiane firmie Microsoft przez Departament Sprawiedliwości USA oraz argumenty, jakimi posłużyła się Komisja Europejska i Microsoft w niedawno zakończonym postępowaniu wspólnotowym. Artykuł wskazuje na możliwość rozejścia się dróg analizy antymonopolowej pomiędzy USA i Unią oraz przyczyny takiego stanu rzeczy.

1. Wstęp

Pod względem wartości rynkowej Microsoft jest jedną z największych firm na świecie. Około 90% komputerów osobistych klasy PC korzysta z produkowanego przez Microsoft systemu operacyjnego Windows. Poza systemami operacyjnymi Microsoft produkuje także programy użytkowe, takie jak Word czy Excel, Explorer, Windows Media Player, które z oczywistych względów najlepiej funkcjonują w środowisku Windows. Powszechność systemu Windows przekłada się na ilość programów użytkowych innych przedsiębiorców kompatybilnych z Windows.

Popularność systemu Windows jest dziś zarówno jednym z fundamentów sukcesu Microsoftu, jak i przyczyną lub przesłanką zainteresowania nim organów ochrony konkurencji. Windows, jak każdy inny produkt, jest stale udoskonalany i to nie tylko w drodze poprawy funkcjonowania samego systemu, ale także przez dodawanie do niego nowych funkcji, np. przeglądarki internetowej czy odtwarzacza Media Player. Czy w ten sposób Microsoft działa na szkodę konkurencji? Czy i jak bardzo przedsiębiorca ma się powstrzymać od udoskonalania swojego produktu oraz jak mierzyć korzyści, jakie osiągają konsumenci z udoskonalonych produktów wobec zarzutów konkurentów? Na takie pytania odpowiadały niedawno Departament Sprawiedliwości USA oraz Komisja Europejska, dochodząc do ostatecznych wniosków. W niniejszym artykule podejmę próbę odpowiedzi na pyta-

nie, z czego wynikają rozbieżności w ocenie praktyk Microsoftu w USA i w Unii Europejskiej (UE). Nie wydaje się bowiem, aby zasadniczą ich przyczyną był fakt, iż Microsoft jest przedsiębiorstwem amerykańskim.

2. Cele prawa konkurencji

Prawo ochrony konkurencji (antytrustowe, antymonopolowe) służy realizacji wielu celów. Cele te oraz sposoby prowadzenia polityki konkurencji mogą w różny sposób koncentrować się na (Kayser, Turner 1959):

- stymulowaniu gospodarczego rozwoju przedsiębiorców, a w konsekwencji także rozwoju całego kraju, poprzez utrzymywanie konkurencji między przedsiębiorcami na rynkach, które nie są rynkami regulowanymi;
- powstrzymaniu nadmiernego wzrostu niektórych przedsiębiorców, rozumianym jako utrzymywanie pewnego podziału wpływów na zdarzenia gospodarcze, w rezultacie także na procesy społeczne.

Polityka konkurencji prowadzona przez państwo ma służyć zarówno zwiększaniu efektywności gospodarczej, jak i podnoszeniu dobrobytu społecznego. Często osiągnięcie jednego odbywa się kosztem drugiego.

Amerykańskie prawo antytrustowe ma charakter sędziowski (*judge-made law*). Dzięki temu wiekowa Ustawa Shermana¹ była i jest ciągle adaptowana do zmieniających się warunków gospodarczych. Ustawa Shermana powinna być i jest interpretowana w taki sposób, że zakazuje jedynie nieuzasadnionych ograniczeń konkurencji (nie zaś wszelkich). „Ustawa Shermana została stworzona jako kompleksowe określenie swobód ekonomicznych nakierowanych na zapewnienie wolnej, nieograniczonej konkurencji jako zasady handlu”². Ustawa Shermana stanowi, że sprzeczna z prawem jest monopolizacja (wszelkie praktyki monopolizowania). Stosownie do tego przepisu nie jest zakazane i bezprawne samo posiadanie pozycji monopolistycznej na danym rynku. Art. 2 Ustawy Shermana stanowi jedynie, że sprzeczne z prawem jest, gdy podmiot posiadający pozycję monopolistyczną lub taki, który z dużym prawdopodobieństwem taką pozycję osiągnie, stosuje jednocześnie praktyki ograniczające konkurencję w celu utrzymywania lub uzyskania pozycji monopolistycznej.

Regulacje europejskie i polskie w tym zakresie praktycznie pokrywają się, szczególnie po ostatniej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która weszła w życie 1 maja 2004 r. Otwarty katalog praktyk będących nadużyciem pozycji dominującej znajdziemy w art. 82 TWE oraz art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³.

Ustawa Shermana powstała w wyniku olbrzymiej presji związanej z zachowaniem baronów kolejowych; europejskie prawo konkurencji jest efektem politycznej i ekonomicznej integracji państw członkowskich, zaś polskie prawo antymonopolowe z jednej strony wyraża potrzebę regulacji tej dziedziny życia, z drugiej zaś – jest w dużym stopniu determinowane politycznym w swej naturze procesem dostosowania go do regulacji europejskich. Europejska analiza „niezakłócania” konkurencji opiera się na „zgodności ze Wspólnym Rynkiem”.

Stworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej jest jednym z elementów decydujących o owej zgodności. Nieco inaczej analizowane jest naruszanie reguł konkurencji w prawie amerykańskim; wszelkie zachowania, zarówno jednostron-

ne, jak i skoordynowane, badane są tam pod kątem dążenia do monopolu i innego znaczącego ograniczenia konkurencji. Od sprawy *Kali&Salz*⁴, a jeszcze bardziej od *Gencor*⁵, możemy mówić, że analiza Komisji wyczerpująco analizuje zachowania skoordynowane (kolektywną pozycję dominującą).

Pomimo istniejących różnic, należy w sumie przyznać, że w odniesieniu do standardów materialnych analiza przeprowadzana jest w bardzo podobny sposób. Oczywiście jest jednak i to, że traktowanie reguł europejskich i amerykańskich jako ekwiwalentnych byłoby dużym błędem. Komisja obok aspektów ekonomicznych bierze także pod uwagę, w znacznie większym stopniu aniżeli ma to miejsce w USA, kwestie bardziej polityczne, szczególnie związane z integracją rynków w ramach UE. Także państwa członkowskie wykazują spore zainteresowanie zachowaniem przedsiębiorców, wprowadzając regulacje polityczne w miejsce rynkowych. Urzędnicy Komisji wypowiadają się czasem w tonie, który ma zniechęcić przedsiębiorców do niektórych zachowań: Karel Van Miert okazał swego czasu szczególne zainteresowanie proponowaną fuzją Canal+ i brytyjskiego BSkyB, stwierdzając, że łatwo nie da się takiej transakcji przez DG IV przeprowadzić⁶.

3. Istota pozycji dominującej

Jednym z podstawowych elementów analizy antymonopolowej jest określenie rynku właściwego. Jest to niezbędny element większości postępowań prowadzonych na podstawie art. 1 i 2 Ustawy Shermana oraz wszystkich postępowań prowadzonych z zastosowaniem art. 7 Ustawy Claytona⁷ (Lynch 2001: 4). Podobne podejście reprezentuje Komisja Europejska oraz Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej ETS)⁸, a także polski Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dawniej Sąd Antymonopolowy)⁹. Pojęcie rynku właściwego obejmuje wszystkie towary, które mogą być przez konsumentów stosowane zamiennie (substytucyjnie) celem zaspokojenia określonych potrzeb. Rynek (produktowo) właściwy obejmie więc towary, które nie tyle czy nie tylko konsument zamiennie kupuje, ale które kupowałby, gdyby producent bądź sprzedawca określonego towaru podniósł jego cenę czy też w inny sposób ograniczył dostępność tego towaru dla danego konsumenta. W pojęciu rynku właściwego prawidłowo zdefiniowanego mieszczą się więc nie tylko rzeczywiste, ale także i potencjalne zachowania/wybory konsumentów. „Definicja rynku właściwego jest w zasadzie pytaniem faktycznym silnie uzależnionym od specjalnych cech przedmiotowego sektora”¹⁰.

Na uprzednio zdefiniowanym rynku określa się następnie siłę rynkową poszczególnych uczestników (przedsiębiorców działających na danym rynku). Jest ona wypadkową wielu czynników; do podstawowych z nich należą: udział rynkowy, elastyczność cenowa po stronie podaży oraz elastyczność po stronie popytu.

Najłatwiej wyznaczyć jest udział w rynku; jest to bowiem pytanie o to, jak wiele dany przedsiębiorca sprzedaje, czyli jaką część rynku zaopatruje swoimi usługami/produktami. Dużo trudniej jest określać siłę rynkową korzystając z dwóch pozostałych kryteriów, gdyż są one bardzo subiektywne. Jeżeli jednak przyjmujemy, iż pozycję dominującą może mieć tylko taki przedsiębiorca, który może operować na rynku w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów i kontrahentów¹¹, to niezbędne do prawidłowego określenia pozycji rynkowej jest także zbadanie tych su-

biektywnych kryteriów. Inaczej bowiem może się zachowywać przedsiębiorca w sytuacji, gdy na rynek, na którym operuje, nie zamierza wejść żaden dodatkowy konkurent, niż w przypadku, gdy na dogodny moment wejścia na rynek „czyhają” potencjalni konkurenci. Analiza antymonopolowa rozróżnia sytuację przedsiębiorcy, który jako potencjalny konkurent musi ponieść niewielkie nakłady celem wejścia na rynek („*uncommitted entrant*”), oraz takiego, dla którego wejście na rynek wiąże się ze sporymi kosztami („*committed entrant*”) ¹². Dla przedsiębiorcy, który jest zaangażowany w produkcję zbliżonych towarów przestawienie się na bardziej zyskową alternatywę, czy wejście na zmonopolizowany rynek, jest znacznie prostsze niż dla zupełnie nowego przedsiębiorcy. Dla tego pierwszego tzw. „bariery wejścia na rynek” ¹³ są znacznie niższe. Należy też zwrócić uwagę, iż elastyczność podaży jest tym wyższa, im mniej wyspecjalizowana jest dana produkcja. Elastyczność rynku, tak od strony popytu, jak i podaży, nie jest wcale łatwa do oceny, mimo to może być bardziej precyzyjnie oszacowana aniżeli np. koszty krańcowe przedsiębiorców.

Agencje rządowe zajmujące się polityką konkurencji spotykają się często z zarzutem, iż definiują rynki zbyt wąsko ¹⁴; z tego powodu ich decyzje są dosyć często uchylane przez sądy ¹⁵. Jest to dość naturalne, albowiem badający zachowania rynkowe chcą analizować możliwie homogeniczne produkty. Rynek właściwy jest to bowiem najmniejsza (najwęższa) sprzedawana grupa (rodzaje lub rodzaje) produktów/usług, dla których elastyczności popytu i podaży są wystarczająco niskie, aby przedsiębiorca dysponujący stuprocentowym udziałem w rynku mógł uzyskać korzyści z ograniczenia wielkości produkcji i podniesienia ceny ponad koszty krańcowe (Hovenkamp 1999).

4. Co interesowało Departament Sprawiedliwości w USA?

W maju 1998 r. Departament Sprawiedliwości USA (*Department of Justice*) i prokuratorzy generalni 20 stanów wnieśli powództwo przeciwko Microsoftowi, zarzucając mu naruszenie zarówno art. 1, jak i art. 2 Ustawy Shermana ¹⁶. W szczególności zarzucili Microsoftowi, że:

- naruszył art. 1 Ustawy Shermana przez wymaganie od klientów, którzy chcieli nabyć licencję na system operacyjny Windows, by kupowali także – wytwarzaną przez Microsoft – przeglądarkę internetową Internet Explorer;
- naruszył art. 1 Ustawy Shermana przez zawieranie umów o wyłączność z dostawcami usług internetowych i usług typu *on-line*, które zobowiązywały te podmioty do reklamowania i promowania jedynie przeglądarki Microsoft Internet Explorer;
- naruszył art. 2 Ustawy Shermana przez dążenie do osiągnięcia pozycji monopolistycznej na rynku przeglądarek internetowych, stosując umowy wiązane i umowy o wyłączność;
- przez swe niestosowne praktyki wobec konkurentów na rynku przeglądarek internetowych był w stanie w złej wierze utrzymywać swą pozycję monopolistyczną na rynku systemów operacyjnych z naruszeniem art. 2 Ustawy Shermana (Sohn 2000).

Departament Sprawiedliwości utrzymywał w pozwie, że pozycja monopolistyczna Microsoftu na rynku systemów operacyjnych ma charakter trwały przede

wszystkim dlatego, że ogranicza on konkurentom wejście na ten rynek (*application barrier to entry*). Większość oprogramowania komputerowego funkcjonuje jedynie w środowisku systemu operacyjnego Microsoft; także większość nowego oprogramowania jest tworzona tylko pod ten system.

Co więcej, według Departamentu Sprawiedliwości Microsoft jeszcze bardziej ograniczył wejście na rynek systemów operacyjnych poprzez niezastosowanie języka Java (działając w ten sposób na szkodę firmy Java, która stworzyła język programowania Java dla systemów operacyjnych, konkurencyjnych dla produktu Microsoftu). Gdyby oprogramowanie użytkowe zostało napisane w języku Java i przez to mogło funkcjonować w różnych systemach operacyjnych, konkurenci Microsoftu nie mieliby takich trudności z wejściem na rynek systemów operacyjnych.

Podstawowym zagadnieniem było tu (jak zresztą praktycznie w każdej sprawie antymonopolowej) wyznaczenie rynku właściwego. Sędzia Thomas Penfield Jackson przyjął, że rynek właściwy dla systemów operacyjnych jest ograniczony do systemów operacyjnych kompatybilnych z mikroprocesorami Intela. Takie określenie rynku oznaczało, iż badając siłę rynkową funkcjonujących na rynku przedsiębiorców, jednoznacznie dochodziło się do wniosku, iż Microsoft ma niekwestionowaną pozycję dominującą¹⁷.

Sędzia Jackson uznał także, że pozycja monopolistyczna Microsoftu na rynku systemów operacyjnych ma charakter trwały, oraz iż jest efektem znaczącej przewagi tego przedsiębiorcy nad pozostałymi konkurentami. W efekcie uznał, że Microsoft wyrządził poważną szkodę konkurencji i interesom konsumentów. Tymczasem pełnomocnicy Microsoftu podnosili, że jego działania nie były nadużywaniem pozycji monopolistycznej, dały bowiem efekty sprzyjające rozwojowi konkurencji, np. obniżkę cen czy wzrost innowacyjności.

Zgodnie z przypuszczeniami prawników i analityków rynkowych, 7 czerwca 2000 r. Sąd Okręgowy w Waszyngtonie DC nakazał podział Microsoftu na dwie części według propozycji Departamentu Sprawiedliwości¹⁸. Miał to być podział wertykalny (*vertical split*); jedna spółka miała produkować programy operacyjne Windows, druga zaś – całą resztę dzisiejszych produktów Microsoft. Prawnicy zajmujący się ochroną praw konsumentów przyjęli, że orzeczenie Sądu Okręgowego było jak najbardziej uzasadnione. Wszak konsumenci ponoszą szkodę, gdy podmiot z trwałą pozycją monopolistyczną na danym rynku niszczy konkurentów walczących z nim innowacjami.

Powyższe rozumowanie trzeba skonfrontować – z jednej strony – z realiami gospodarczymi współczesnych Stanów Zjednoczonych, w szczególności z wpisaną w system gospodarki rynkowej zasadą wolności gospodarczej, z drugiej zaś z faktem, iż każdy podmiot gospodarczy dąży do tego, by jego pozycja na rynku była jak najsilniejsza. Uzasadniony wzrost udziału w rynku jest więc swoistą nagrodą za efektywność.

Nie sposób nie zgodzić się z argumentami obrońców Microsoftu, że podział tej firmy był rozwiązaniem ekstremalnym, zwłaszcza gdy przypomnimy sobie zainteresowanie Departamentu Sprawiedliwości spółką Netscape Communications Inc. i jej pozycją na rynku przeglądarek internetowych z czasów przed wprowadzeniem Explorera, czy też stałe zainteresowanie działaniami Intela. Zdaniem prawników Microsoftu reprezentowana przez nich spółka i jej pozycja jest jednoznacznym dowodem na to, iż otwarty na konkurencję rynek potrafi regulować się sam, bez po-

mocy instytucji rządowych. Prawnicy Microsoftu twierdzą, że rynek jest i raczej pozostanie wysoce konkurencyjny¹⁹. Twierdzą też, że włączenie Explorera do Windows jako integralnej i nierozdzielnej jego części jest w efekcie korzystne dla konsumentów. Argumentują, że Microsoft jest wiodącą siłą rozwoju nowych technologii w USA i jego osłabienie oznaczać będzie osłabienie Ameryki. Można więc zadać sobie pytanie, czy włączenie Explorera do systemu Windows miało być barierą wejścia na ten rynek innych dostawców, czy też miało zwiększyć użyteczność programu operacyjnego Windows i satysfakcjonować konsumentów, na takiej samej zasadzie jak połączenie lodówki z zamrażarką? Dziś nikt już sobie przecież nie wyobraża kupowania oddzielnie lodówki i zamrażarki.

W wyniku odwołania Microsoftu Sąd Apelacyjny orzekł, iż sprawa Microsoftu wróci do ponownego rozpatrzenia przez Sąd Okręgowy. Sąd Apelacyjny jednoznacznie potwierdził, iż Microsoft posiadał monopol na rynku systemów operacyjnych komputerów klasy PC oraz że nadużywał swojej dominującej pozycji rynkowej. Sąd Apelacyjny nie zgodził się jednak z twierdzeniem, iż Microsoft zamierzał zmonopolizować rynek przeglądarek internetowych. Sąd Apelacyjny odrzucił też nakaz podziału Microsoftu na dwie części.

W dniu 6 września 2001 r. Departament Sprawiedliwości oświadczył, że nie będzie żądał podziału Microsoftu oraz że ogranicza swe żądania do takiej zmiany prowadzenia działalności przez Microsoft, aby ten nie naruszał amerykańskiego prawa antymonopolowego. Wkrótce po tym Microsoft i Departament Sprawiedliwości zawierają wstępne porozumienie o polubownym zakończeniu trwającego kilka lat postępowania antymonopolowego.

Treść wyroku Sądu Apelacyjnego była przełomem dla Microsoftu. Przestał już mu grozić podział. Analizując orzeczenie Sądu Apelacyjnego, trudno oprzeć się wrażeniu, iż zarówno wypowiedzi, jak i zachowanie sędziego Jacksona, a także osobiste ataki Microsoftu na niego wpłynęły na merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy. Sąd Apelacyjny stwierdził bowiem m.in., iż zachowanie sędziego Jacksona mogło stwarzać wrażenie braku bezstronności przy decydowaniu o podziale spółki na dwie części. Sąd Apelacyjny zacytował nawet w orzeczeniu pismo procesowe Microsoftu dotyczące wywiadów udzielanych przez sędziego dla gazety „The New Yorker”.

Postanowienia ugody zawierają różne ograniczenia działalności Microsoftu. Po pierwsze – Microsoft nie może zawierać umów licencyjnych z producentami komputerów osobistych, które ograniczałyby ich współpracę z innymi dostawcami oprogramowania (tzw. *inclusive dealings*). W szczególności nie może podejmować kroków odwetowych wobec licencjobiorców systemu operacyjnego Windows (Original Equipment Manufacturers – OEM) polegających na zmianie umów z takimi pomiotami lub na zaprzestaniu udzielania im logistycznego wsparcia, gdy dany OEM będzie dokonywał lub rozważał dokonywanie takich czynności jak: (a) dystrybucja, promocja, używanie lub sprzedaż jakiegokolwiek oprogramowania konkurencyjnego dla systemu operacyjnego Microsoftu lub jego aplikacji użytkowych (dalej – Oprogramowanie Platformowe Microsoftu) lub podejmowanie takich czynności w stosunku do produktu lub usługi, która dystrybuje lub promuje aplikacje użytkowe wykonane przez innych producentów niż Microsoft, lub (b) dostawa komputera osobistego, który zawiera system operacyjny Windows i inny system operacyjny (tj. innego producenta) lub więcej niż dwa systemy operacyjne.

Po drugie – Microsoft nie może zawierać z OEM umów zakazujących następujących działań: (a) instalowania i zamieszczania ikon, skrótów i pasków w menu do programów użytkowych innych producentów niż Microsoft lub podejmowania takich czynności w stosunku do produktu albo usługi, którą dystrybuuje, używa, promuje czy wspiera aplikacje użytkowe innych producentów niż Microsoft lub (b) dystrybucji bądź promocji programów użytkowych innych producentów niż Microsoft przez instalację lub zamieszczenie na tapecie komputera skrótów do takich programów albo (c) automatycznego uruchamiania przy logowaniu bądź przy połączeniach z Internetem aplikacji użytkowych innych producentów niż Microsoft.

Po trzecie – Microsoft został zobowiązany do ujawnienia tzw. interfejsów programowania aplikacji (*application programming interfaces, APIs*), czyli interfejsów używanych przez aplikacje użytkowe Microsoftu do komunikacji z systemem operacyjnym Windows: (a) innym osobom zajmującym się tworzeniem lub sprzedażą oprogramowania (*Independent Software Vendors, ISV*), (b) niezależnym sprzedawcom sprzętu komputerowego, którzy tworzą sprzęt używany w PC z systemem operacyjnym Windows (*Independent Hardware Vendors, IHV*), (c) osobom dostarczającym treść Internetu do użytkowników przez utrzymywanie stron www, (d) dostarczycielom dostępu do Internetu oraz (e) OEM, jedynie w celu zapewnienia współdziałania z systemem operacyjnym Windows.

Po czwarte – Microsoft powinien zapewnić innym stronom dostęp do tzw. protokołu komunikacyjnego (*Communications Protocol*), który jest stosowany w systemie operacyjnym Windows po to, by współpracować z serwerowym systemem operacyjnym Microsoftu, jedynie dla zapewnienia należytego funkcjonowania danego programu użytkowego z systemem operacyjnym Windows.

Po piąte – Microsoft nie może podejmować kroków odwetowych wobec ISV lub IHV, gdy będą dokonywały lub rozważały dokonywanie takich czynności jak rozwój, używanie, dystrybucja, promocja lub wspieranie jakiegokolwiek oprogramowania konkurencyjnego dla Oprogramowania Platformowego Microsoftu lub funkcjonującego z oprogramowaniem konkurencyjnym w stosunku do Oprogramowania Platformowego Microsoftu. Ponadto, Microsoft nie będzie mógł zawierać z ISV umów dotyczących systemu Windows uzależniających wsparcie logistyczne i udzielanie innych zachęt od powstrzymania się od rozwijania, używania, dystrybucji, promocji lub wspierania jakiegokolwiek oprogramowania konkurencyjnego dla Oprogramowania Platformowego Microsoftu.

Sposób wykonywania przez Microsoft nałożonych na niego obowiązków wynikających z zatwierdzonej przez Sąd Okręgowy ugody jest stale monitorowany. Na stronie internetowej Departamentu Sprawiedliwości można znaleźć stosowne raporty – ostatni nosi datę 21 kwietnia 2004 roku²⁰.

5. Co interesowało Komisję Europejską?

Komisja Europejska nie zajęła się włączaniem Explorera do systemu Windows, jednak zainteresowała się skargą złożoną przez Sun Microsystems²¹. Microsoft odmówił tej spółce dostępu do informacji interfejsowej związanej z serwerami. Sun Microsystems uważał tę informację za niezbędną do stworzenia produktów mogących prawidłowo komunikować się z najbardziej rozpowszechnionymi kompute-

rami operującymi w systemie Windows. Postępowanie Komisji trwało ponad pięć lat (skarga została złożona w grudniu 1998) i zakończone zostało decyzją wydaną 24 marca 2004 roku²².

Komisja Europejska nakazała Microsoftowi udostępnić podmiotom zainteresowanym rozwojem i dystrybucją programów operacyjnych dla serwerów niektóre wypracowane technologie i wybrane prawa własności intelektualnej. Zażądała też od Microsoftu, aby zmienił swoją dotychczasową strategię rozwojową i marketingową, polegającą na włączaniu do systemu operacyjnego Windows nowych aplikacji, na które istnieje zapotrzebowanie ze strony konsumentów.

Jak wspomniano powyżej, postępowanie Komisji zostało wszczęte w wyniku skargi Sun Microsystems. Ponadto w 2000 r. Komisja rozszerzyła zakres swego postępowania w celu zbadania skutków integracji odtwarzacza plików multimedialnych Media Player z systemem operacyjnym Windows 2000. Komisja postanowiła przeanalizować, czy działania Microsoftu ograniczają bodźce prorozwojowe w dziedzinach muzyki, filmu czy innych mediów. Od lata 2003 r. postępowanie nabrało jeszcze większego tempa wraz ze zbliżającym się końcem kadencji obecnej Komisji. W drodze kolejnego (trzeciego już) pisma o postawieniu zarzutów (*statement of objections*), zarzuty Komisji obejmujące odmowę przez Microsoft dostępu do swoich technologii i praw związanych ze współdziałaniem pomiędzy serwerami oraz integracji odtwarzacza Media Player z systemem operacyjnym Windows zostały dodatkowo uzupełnione o badania rynkowe i w takiej formie przedstawione Microsoftowi.

Przez cały okres postępowania przed Komisją Europejską Microsoft liczył na ugodowe zakończenie sporu. Zaoferował cały szereg ustępstw związanych z współdziałaniem pomiędzy serwerami i integracją Media Player; chciał umożliwić konkurentom kontrolowany dostęp do wypracowanych przez siebie technologii, wreszcie zgodził się, aby każdy komputer sprzedawany z systemem Windows miał również zainstalowane trzy inne odtwarzacze multimedialne. Jest powszechnie wiadome, iż strony prowadziły rozmowy celem opracowania ugody; zdaniem niektórych komentatorów było to bardzo bliskie.

Microsoft odwołał się od decyzji Komisji do Sądu Pierwszej Instancji, stawiając niemal publicznie kilka pytań dotyczących obowiązków przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą oraz relacji pomiędzy prawem własności intelektualnej a prawem konkurencji.

Przede wszystkim Microsoft wyraził wątpliwość, czy Komisja nie posunęła się za daleko, w szczególności poza wyznaczony dotychczasowym orzecznictwem zakres ingerencji, nakazując dzielenie się wypracowanymi technologiami i wiedzą z przedsiębiorcami, którzy tą wiedzę wykorzystują do konkurowania z Microsoft.

Kolejna z istotnych wątpliwości zgłoszonych przez Microsoft dotyczy rozwoju produktów. To, co zdaniem Komisji jest nielegalnym wiązaniem (*tie-in*), zdaniem Microsoftu wcale takiego charakteru nie ma²³. Pozbawienie systemu Windows odtwarzacza Media Player brzmi jak nakazanie producentowi telefonów komórkowych, aby każdy model telefonu dostępny był także w wersji nie posiadającej standardowych gier.

Wątpliwości te nie są wyrażane jedynie przez Microsoft. Czytając decyzję Komisji, można dojść do wniosku, iż zagrożona może zostać innowacyjność wszędzie tam, gdzie inwestowanie w nią jest związane z pozycją dominującą (jej posiada-

niem bądź uzyskaniem). Takie obawy uzasadniają nie tylko reakcje praktyków, ale także opublikowane stanowisko Departamentu Sprawiedliwości²⁴.

Relacje pomiędzy prawem konkurencji a prawami wyłącznymi, w szczególności prawem własności intelektualnej, nigdy nie były proste. Idea licencji jest jednym z dość powszechnie stosowanych środków mających doprowadzić do stanu rynku, który jest pożądanym, czyli na którym działa mechanizm konkurencji „niezakłócony” prawem wyłącznym jednego z podmiotów. W 1989 r. Komisja Europejska, powołując się na „wyjątkowe okoliczności”, nakazała brytyjskim stacjom telewizyjnym udzielenie licencji przymusowej swoich praw do zestawienia programów telewizyjnych, chronionych prawem autorskim (sprawa *Magill*)²⁵. Stacje te odmówiły wcześniej udzielenia licencji, ograniczając możliwość pojawienia się nowego produktu, zestawienia programu telewizyjnego (czasopisma będącego zbiorem repertuaru stacji telewizyjnych), obejmującego wszystkie stacje telewizyjne w Irlandii i Irlandii Północnej na innym, powiązanim rynku (*secondary market*). Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Magill* wsparł Komisję, gdyż nie znalazł obiektywnego usprawiedliwienia odmowy udzielenia licencji pozwalającej na stworzenie nowego produktu, na który istniało znaczne zapotrzebowanie ze strony konsumentów. Był to jednak wyjątkowy przypadek związany z istnieniem ochrony prawem autorskim takiego zestawienia programów telewizyjnych w Irlandii i Wielkiej Brytanii; ochrony takiej najprawdopodobniej nie ma w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Późniejsze orzeczenia Sądów Europejskich potwierdziły ograniczony charakter sprawy *Magill*.

Decyzją w sprawie Microsoftu Komisja odeszła dość daleko od utrwalonego kształtu relacji pomiędzy prawami wyłącznymi a prawem konkurencji. Komisja wprowadza szeroki i niejasny standard wymagający „analizy całościowego okoliczności otaczających konkretny przypadek odmowy dostawy towaru lub usługi i podjęcia decyzji na podstawie takiego całościowego badania”²⁶.

Rynek właściwy określony przez Komisję (i co ciekawe sukcesywnie zawężany w każdym z trzech kolejnych pism o postawieniu zarzutów) opiera się na bardzo wąskiej definicji. Komisja uznała, iż można ograniczyć rynek systemów operacyjnych dla serwerów do wykonywania tylko czterech zadań oraz do systemów operacyjnych dla serwerów zainstalowanych na serwerach o wartości poniżej 25.000 dolarów. Definicja ta stanie się zapewne jednym z istotnych elementów postępowania przed Sądem Pierwszej Instancji.

Jak zostało to już wspomniane, Microsoft został ukarany za włączenie odtwarzacza Media Player do systemu Windows. Wystarczy jednak spojrzeć na ilość aplikacji oferowanych dziś przez telefony komórkowe, aby zrozumieć, iż włączenie dodatkowych funkcji jest efektem oczekiwań klientów, wynikiem rozwoju danego rynku i funkcjonujących na nim produktów. Wymagając stworzenia wersji Windows bez Media Player, po raz pierwszy w historii Komisja wymaga stworzenia uboższej wersji istniejącego produktu i jej sprzedaży pod tą samą marką, którą posiada jego pełna wersja.

Program Media Player oferowany jest jako część systemu operacyjnego Windows od 1992 r. Od tego momentu był on stale udoskonalany, co dziś umożliwia twórcom oprogramowania wykorzystującego funkcje odtwarzania plików multimedialnych pełniejsze wykorzystanie możliwości oferowanych przez sprzęt PC. Tak jak w przypadku innych funkcji, Microsoft udostępnia im funkcje multime-

dialne systemu Windows poprzez interfejsy programowania aplikacji, czyli zbiory zasad, protokołów i narzędzi służących do tworzenia oprogramowania.

Komisja uznała, że Microsoft nadużył pozycji dominującej poprzez uruchomienie funkcji przesyłu plików multimedialnych bez konieczności ich zachowywania na twardym dysku komputera (tzw. *streaming*), co nastąpiło w 1998 r. Komisja potraktowała więc udoskonalenie produktu, jego poszerzenie o nową funkcję jako tradycyjną sprzedaż związaną i doszła do wniosku, że dokonana przez Microsoft integracja udoskonalonej funkcji odtwarzacza multimedialnego ograniczyła konkurencję ze strony innych odtwarzaczy²⁷. Ponieważ tego rodzaju *streaming* oferowała w tym samym czasie konkurencyjna firma RealNetworks, można powiedzieć, że Komisja potępiła tym samym próbę dogonienia konkurencji przez Microsoft.

Decyzja Komisji zdawkowo traktuje fakt, że systemy operacyjne konkurujące z Windows również posiadają odtwarzacze plików multimedialnych (np. system OS X opracowany przez firmę Apple oferuje odtwarzacz QuickTime). Decyzja pomija analizę niezależnego popytu na system operacyjny bez Media Playera, analizując wyłącznie popyt na odtwarzacz²⁸.

Decyzja wydaje się ignorować fakt, że w typowym przypadku sprzedaży związanej, konsumenci zmuszeni są do używania elementu, który został zintegrowany z produktem końcowym. W postępowaniu przedstawiono informacje potwierdzające, że konsumenci typowo używają wielu odtwarzaczy plików multimedialnych. Co więcej, ta część postępowania w sprawie Microsoftu (włączanie nowych produktów i funkcji do platformy Windows) poddana została już ograniczeniom na podstawie orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Stanach Zjednoczonych (o czym powyżej). Orzeczenie to dało producentom komputerów i ich użytkownikom możliwość usunięcia ikon dostępu do Windows Media Player i wybranie odtwarzacza innej firmy jako typowego odtwarzacza różnych plików multimedialnych.

Zamiast typowego ważenia skutku antykonkurencyjnego i prokonkurencyjnych korzyści, decyzja Komisji zakłada, że integracja produktów jest bezprawna, o ile nie jest ona „niezbędna” do osiągnięcia korzyści prokonkurencyjnych, niezależnie od stopnia ograniczenia konkurencji i wielkości korzyści. Pytanie, czy jakkolwiek innowacyjna firma dominująca będzie w stanie sprostać temu wymaganiu?

6. Kilka pytań końcowych

Jak to jest to możliwe, że pomimo zbieżnych celów regulacji prawnych i zbliżonych reguł analizy antymonopolowej konkluzje organów ochrony konkurencji USA i UE są tak różne? Problemy, przed jakimi stanął Departament Sprawiedliwości oraz Sąd Okręgowy, a następnie Sąd Apelacyjny – z jednej strony – oraz Komisja Europejska – z drugiej – były wszakże podobne. Odpowiedź na to pytanie jest możliwa tylko w ograniczonym zakresie. Jak zostało to już wspomniane na wstępie tego artykułu, wydając decyzję organy ochrony konkurencji dokonują najpierw wyboru co do wartości, jakie będą promowane, czy też jakie będą chronione. W prezentowanych postępowaniach w sprawach praktyk Microsoftu jest to wybór między ochroną praw wyłącznych, a w konsekwencji – innowacyjnością, a obserwowaną na bieżąco konkurencyjnością rynku. Można sądzić, iż organy ochrony konkurencji w USA i w UE nieco inaczej oceniają i ważą korzyści

i straty wynikające z rozwijania produktów (które cieszą się dużym zainteresowaniem). Wydaje się, iż innowacyjność jest dziś w USA po prostu lepiej chroniona lub wyżej oceniana.

Trudno wskazać, która z dróg jest lepsza. Niewątpliwie wszyscy chętniej korzystamy z produktów stale unowocześnianych; takiego zachowania oczekujemy od producentów. Z drugiej strony chcemy mieć wybór, także pomiędzy producentami, wierząc, iż mechanizm rynkowy działa stymulująco na przedsiębiorców. Niewątpliwie innowacyjność jest pro-konsumencka i jako wartość powinna być chroniona w sposób szczególny, co oznacza, iż jej ograniczenia nie powinny stanowić powszechnej praktyki. W tym świetle precedens, jakim stała się decyzja Komisji, może budzić i budzi niepokój wszystkich przedsiębiorców, którzy – jak Microsoft – posiadają pozycję dominującą, ale inwestują w innowacyjność.

Znamy już efekt batalii w USA; na ostateczne rozstrzygnięcie w Europie przyjdzie trochę poczekać. Microsoft i Komisję czeka postępowanie sądowe, gdzie być może ocena chronionych wartości będzie nieco inaczej dokonywana niż zaprezentowała to Komisja. W odróżnieniu bowiem od pozycji rynkowej posiadanej przez narodowych operatorów telefonicznych czy przedsiębiorstwa wodociągowe, w przypadku Microsoftu pozycja rynkowa jest efektem wyborów dokonywanych przez klientów, nie zaś efektem cedowania monopolu państwa na danego przedsiębiorcę. To rozróżnienie od czasu do czasu się pojawia, ma bowiem dość istotne znaczenie przy rozważaniu motywów zachowań i ich skutków.

Informacja o autorze

Mgr Tomasz Bagdziński, doktorant w Instytucie Nauk Prawnych PAN; tb76@georgetown.edu

Przypisy

- ¹ Sherman Act 15 U.S.C.
- ² *Northern Pacific Railway Co. v United States*, 356 U.S. 1, 4-5, 78 S.Ct. 514, 517-18, 2 L.Ed.2d 545, 549 (1958).
- ³ Patrz Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 93, poz. 891) zm. ustawę z 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 i Nr 170, poz. 1652).
- ⁴ Połączone sprawy C-68/94 i C-30/95, *Kali & Salz*, [1998] ECR I-1375, par 171 i d.
- ⁵ Sprawa T-102/96 *Gencor Ltd. v. Commission*, ECR II-753, par 134 i d.
- ⁶ *The Economist*: „Politicians’ sticky fingers” (<http://www.economist.com>).
- ⁷ Clayton Act 15 U.S.C. §§ 18.
- ⁸ Podstawowy dla analizy antymonopolowej charakter wyznaczenia rynku właściwego podkreślono np. w orzeczeniu w sprawie 6/72 *Europemballage Corp. v. Commission* (Zb. Orz. 1973, 215).
- ⁹ Patrz orzeczenia Sądu Antymonopolowego z 26 października 1994 r. (XVII Amr 24/94, Wokanda 1995, nr 8) oraz z 26 kwietnia 1995 (XVII Amr 74/94, Wokanda 1996, nr 5).
- ¹⁰ *Sulmeyer v. Coca Cola Co.*, 515 F2d. 835, 849 (5th Cir. 1975).
- ¹¹ Por. art. 4 pkt 9 cyt. wyż. polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- ¹² Horizontal Merger Guidelines (1992), dostępne na stronie internetowej Federalnej Komisji Handlu (www.ftc.gov).
- ¹³ Bariery wejścia na rynek są te czynniki, które umożliwiają monopolistom uzyskiwanie dodatkowych zysków oraz ograniczają możliwości konkurowania innych przedsiębiorców. Bariery wejścia na rynek określają „zakres, w jakim w dłuższym okresie czasu, przedsiębiorcy istniejący na rynku

mogą podnieść ceny powyżej minimalnych średnich kosztów produkcji i dystrybucji (cen rynkowych lub konkurencyjnych) bez zachęcenia tym samym potencjalnego konkurenta do wejścia na rynek”. Bariery są to więc koszty, które musi ponieść przedsiębiorca chcący produkować i tym samym konkurować, i które nie są ponoszone przez przedsiębiorców już obecnych na rynku. Szerzej na temat barier wejścia na rynek pisze Wezsacker 1980: 399, 400.

- 14 Jednym z najczęściej wskazywanych przykładów bardzo wąskiego definiowania rynku właściwego była dość precedensowa decyzja Komisji w sprawie 22/76 *United Brands v. Commission* (Zb. Orz. 1978, 207).
- 15 Patrz wyrok Sądu Antymonopolowego z 6 listopada 2000 r. (XVII Ama 8/00).
- 16 Na temat zarzutów Departamentu Sprawiedliwości piszą R. Zdzieborski i T. Bagdziński w „Rzeczpospolitej” z 19.10.2000 r. „Flagowy okręt rewolucji informatycznej” oraz z 18.02.2002 r. „Okręt flagowy na wzburzonych falach”.
- 17 Po podwyższeniu cen na Microsoft Windows tylko nieliczni użytkownicy komputerów nabyliby system operacyjny Macintosh firmy Apple lub inne.
<http://www.dcd.uscourts.gov/ms-conclusions.html>.
- 18 Za przykład podają tu połączenie America On Line (AOL) z Netscape (obecnie także Time Warner).
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f203200/203264.htm>.
- 20 Szerzej na ten temat; T. Bagdziński, „Rzeczpospolita” z 7.05.2004 r. „Europejski wątek sprawy Microsoftu”.
- 21 <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>. Por. też komunikat Justyny Majcher, opublikowany w niniejszym zeszycie.
- 22 Problem został tu zilustrowany przykładem wielofunkcyjnych odtwarzaczy w samochodach.
http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm.
- 23 Sprawy C-241/91 P i C-242/91 *RTP i ITP v. Commission* (Zb Orz. L 078 , 21/03/1989 str. 0043 - 0051).
<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf> (para. 558).
- 26 <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf> (para.794).
- 27 Posługując się umieszczoną tu wcześniej analogią, trzeba byłoby powiedzieć, że istnienie rynku właściwego na zamrażarki oznaczać ma, że istnieje oddzielny rynek lodówek bez zamrażarek.

Bibliografia

- Kaysen, C., Turner, D. 1959. *Antitrust Policy*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Lynch, P. 2001. *Monopolization, Attempted Monopolization and Joint Ventures*, 42nd Annual Antitrust Law Institute Program, s. 4 i d.
- Hovenkamp, H. 1999. *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul, Minn.: West Group, s. 82 i nast.
- Sohn, M. N. 2000. The Microsoft Case. *Commercial Lawyer*, Nr 36.
- Wezsacker, von, C. 1980. *A Welfare Analysis of Barriers to Entry*, 11 Bell J. Econ. 399, 400.