



POLISH ASSOCIATION OF LAW AND ECONOMICS

POLSKIE STOWARZYSZENIE
EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA

PSEAP WORKING PAPER
NO. 3
(MARCH 2009)

Łukasz Gorywoda, Agnieszka Jańczuk

***UOKiK v Microsoft:
stosowanie prawa konkurencji w sektorach
nowej gospodarki a ryzyko błędu regulacyjnego***

Dostępne na / available at: www.pseap.org

Polskie Stowarzyszenie Ekonomicznej Analizy Prawa (Law & Economics)
ul. Długa 44/50 pok. 407B
00-241 Warszawa
www.pseap.org
info@pseap.org

Łukasz Gorywoda*, Agnieszka Jańczuk**

UOKiK v Microsoft: stosowanie prawa konkurencji w sektorach nowej gospodarki a ryzyko błędu regulacyjnego

Streszczenie: W sierpniu 2008 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) przekazał Komisji Europejskiej materiały zebrane w toku postępowania dotyczącego zasad sprzedaży laptopów wraz z preinstalowanym systemem operacyjnym Windows. UOKiK podejrzewa, że mogło dojść do zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy spółką Microsoft a producentami laptopów. Artykuł wskazuje, że gra nie toczy się jedynie o rynek oprogramowania komputerów. Stosowanie reguł prawa ochrony konkurencji w odniesieniu do sektorów nowej gospodarki jest jednak szczególnie trudne i obarczone wysokim prawdopodobieństwem błędu regulacyjnego. Celem artykułu jest zwrócenie uwagi na to, że w celu skutecznego zapobiegania zachowaniom prowadzącym do znacznego ograniczenia konkurencji, przy jednoczesnym ograniczeniu do minimum tzw. „false positives”, struktura analizy antymonopolowej powinna być oparta na ocenie skutków ekonomicznych zakwestionowanej praktyki.

Abstract: In August 2008, the Polish Competition and Consumer Protection Authority (CCPA) referred to the European Commission the results of its proceedings concerning the conditions of sale of laptops with a pre-installed Windows operating system. According to the CCPA, Microsoft and laptop manufacturers might have entered into an agreement prohibited under Article 81 of the EC Treaty. This paper claims that the effects of the Microsoft's practice may go beyond the computer software market. Yet, enforcement of competition law in the sectors of new economy is a complex task due to the high risk of false positive and false negative errors, both of them resulting in efficiency loss. The overall aim of the paper is to stress that in order to be an effective tool for the regulation of competition, antitrust analysis should go deep into the understanding of the economic consequences of the practice involved.

Keywords: Microsoft, abuse of a dominant position, tying, new economy, information goods, regulatory errors, economic analysis of competition law

JEL: L40; L41

* Doktorant w European University Institute; e-mail: lukasz.gorywoda@eui.eu

** Doktorantka w European University Institute oraz visiting research fellow w Columbia Law School; e-mail: agnieszka.janczuk@eui.eu

I. Microsoft po raz kolejny obiektem zainteresowania urzędu antymonopolowego

Microsoft nie należy do ulubieńców urzędów antymonopolowych. Po głośnych postępowaniach w USA i Europie¹, tym razem polski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) zarzucił spółce Microsoft stosowanie praktyk naruszających reguły konkurencji.

Celem wszczętego w grudniu 2007 r. postępowania było wstępne ustalenie, czy zasady sprzedaży laptopów wraz z zainstalowanym systemem operacyjnym Windows nie naruszają reguł konkurencji. W wyniku przeprowadzonego postępowania UOKiK uznał, że (1) mogło dojść do zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy spółką Microsoft a producentami laptopów, oraz że (2) skutki tego porozumienia mogą rozciągać się na teren całej Unii Europejskiej. Zgodnie z komunikatem prasowym z dnia 20 sierpnia 2008 r., zgromadzone materiały zostały przekazane Komisji Europejskiej (KE), która może podjąć decyzję o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko spółce².

¹ Spośród wielu spraw z zakresu prawa konkurencji wytoczonych przeciwko spółce Microsoft, dwie najgłośniejsze to (1) seria procesów cywilnych wytoczonych w 1998 roku przez Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych Ameryki oraz 20 stanów, *United States v. Microsoft*, 87 F. Supp. 2d 30 (DDC 2000), gdzie zakwestionowano praktykę wiązania przez Microsoft przeglądarki Internet Explorer z systemem operacyjnym Windows; oraz (2) postępowanie, w którym Komisja Europejska ('KE') zakwestionowała stosowanie przez Microsoft praktyki wiązania odtwarzacza plików multimedialnych Windows Media Player z systemem operacyjnym Windows jak również odmowę udostępnienia pełnych informacji interfejsowych niezbędnych do stworzenia produktów mogących prawidłowo komunikować się z komputerami operującymi w systemie Windows. Stwierdziwszy naruszenie artykułu 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, KE nałożyła na Microsoft karę w wysokości 497 milionów euro, decyzja KE z 24 marca 2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792, Dz.Urz. WE 2007 nr L 32/3. W dniu 17 września 2008 r. decyzja KE została w najważniejszych aspektach podtrzymana przez wyrok Sądu Pierwszej Instancji, sprawa T-201/04 Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, Zb. Orz. 2007, s. II-3601. W dniu 12 lipca 2006 r. KE wydała decyzję nakładającą na Microsoft karę w wysokości 280,5 miliona euro za niezastosowanie się do nakazu ujawnienia informacji określonego w decyzji z 24 marca 2004 r., sprawa COMP/C-3/37.792, Dz. Urz. 2008 nr C 138/10. Po zwiększeniu przez KE wysokości kary do 899 milionów euro w dniu 27 lutego 2008 r., Microsoft zaskarżył tę decyzję do Sądu Pierwszej Instancji w dniu 9 maja 2008 r., sprawa T-167-08, Dz. Urz. 2008 nr C 171/41. W dniu 21 grudnia 2007 r. KE wszczęła kolejne postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia, czy Microsoft nie naruszył swojej pozycji dominującej, zob.

<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/19&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>> i <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/39294/initiation.pdf>> (ostatnio odwiedzone 15 października 2008 r.). 15 stycznia 2009 r. KE przedstawiła spółce Microsoft oficjalne zarzuty (*Statement of Objections*) nadużywania pozycji dominującej poprzez wiązanie przeglądarki Internet Explorer z systemem operacyjnym Windows; Komunikat Prasowy MEMO/09/15 z dnia 17 stycznia 2009 dostępny pod adresem <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/15&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>> (ostatnio odwiedzone 31 stycznia 2009). Szerzej na temat historii spółki Microsoft oraz wytoczonych przeciwko niej postępowań antymonopolowych zob. Gorywoda, Jańczuk (2005), McKenzie (2005) oraz Scheibe, Szulczyńska (2007).

² Komunikat prasowy UOKiK z 20 sierpnia 2008 r. 'Microsoft na cenzurowanym?' dostępne pod adresem <http://www.uokik.gov.pl/pl/informacja_i_educacja/informacja/komunikaty_prasowe/art483.html> (ostatnio odwiedzone 15 października 2008 r.).

II. Zakwestionowana praktyka

Zdaniem UOKiK pomiędzy spółką Microsoft oraz producentami laptopów doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia wertykalnego polegającego na zobowiązaniu się producentów do dostarczania na rynek polski laptopów wyłącznie z zainstalowanym już systemem Windows. O istnieniu porozumienia można wnioskować z obowiązku producentów raportowania spółce Microsoft o liczbie sprzedanych laptopów. Dzięki tym informacjom Microsoft jest w stanie porównać liczbę laptopów sprzedanych przez danych producentów z liczbą rozprowadzonych przez nich systemów operacyjnych Windows. Tego rodzaju praktyka miałaby na celu utrudnienie konkurentom spółki Microsoft zaistnienia na rynku systemów operacyjnych.

Z drugiej jednak strony UOKiK wskazał, że zdaniem producentów laptopów warunki oferowane przez Microsoft w przypadku preinstalacji systemu Windows są na tyle atrakcyjne, że nie pozostaje im nic innego, jak tylko z tej oferty skorzystać. Sytuacja ta sugeruje, że w omawianej przez nas sprawie możemy mieć również do czynienia z nadużywaniem przez Microsoft pozycji dominującej poprzez stosowanie niedozwolonych rabatów ilościowych. Informowanie Microsoft o liczbie sprzedanych laptopów pozwalałoby spółce ocenić, czy osiągnięty został określony procentowo poziom sprzedaży systemów Windows.

Porozumienie pomiędzy spółką Microsoft a producentami laptopów prowadzi *de facto* do sytuacji sprzedaży związanej. Taka jest też argumentacja spółki Microsoft, która twierdzi, że preinstalacja systemu operacyjnego Windows ma na celu zwiększenie funkcjonalności laptopów poprzez zapewnienie możliwości natychmiastowego korzystania z nich przez użytkowników końcowych.

Stosowanie sprzedaży związanej przez Microsoft było już przedmiotem postępowań antymonopolowych w zakresie wiązania z systemem Windows przeglądarki internetowej Internet Explorer (USA)³ oraz odtwarzacza plików multimedialnych Windows Media Player (Europa)⁴. Tym razem jednak nie chodzi o wiązanie innych produktów z systemem Windows, lecz to Windows jest wiązany z laptopami. Potencjalnie niekorzystny efekt pozostaje natomiast ten sam: utrzymanie lub zwiększenie pozycji dominującej spółki Microsoft na rynku systemów operacyjnych do komputerów osobistych i/lub przeniesienie jej na inne rynki.

³ Patrz przypis 1

⁴ Patrz przypis 1.

Należy zaznaczyć, że praktyka wiązania produktów lub usług jest zjawiskiem powszechnym i sama w sobie nie budzi żadnych zastrzeżeń z punktu widzenia prawa konkurencji. Co więcej, stanowi ona jeden ze sposobów konkurencji na rynku⁵. Innymi słowy, wprowadzanie coraz większej funkcjonalności produktów poprzez, na przykład, łączenie telefonu przenośnego z odtwarzaczem plików multimedialnych ma na celu zaoferowanie konsumentowi innowacyjnego, lepszego produktu i zdobycie w ten sposób przewagi konkurencyjnej. Trudno byłoby argumentować, że takie praktyki są szkodliwe dla konsumentów. Mogą jednak wystąpić sytuacje wyjątkowe, kiedy wiązanie produktów będzie prowadzić do wykluczenia konkurentów z danego rynku i w związku z tym do znacznego ograniczenia konkurencji⁶. W długim okresie będzie to szkodliwe dla konsumentów, ponieważ pozostały na rynku monopolista będzie miał mniejszą motywację do podejmowania działań innowacyjnych oraz będzie mógł stosować wyższe ceny.

III. Bill Gates: „Nasze produkty prawie w całości składają się z informacji, które tworzymy”

W omawianej przez nas sprawie czynnikiem zwiększającym niebezpieczeństwo trwałego wyeliminowania konkurencji przez stosowanie przez spółkę Microsoft sprzedaży wiązanej jest efekt zewnętrzny sieci. Efekt zewnętrzny sieci powstaje wówczas, gdy każdy dodatkowy uczestnik sieci przynosi korzyści jej dotychczasowym użytkownikom. Oznacza to, że wraz ze wzrostem liczby osób korzystających z danego produktu zwiększają się korzyści z jego posiadania⁷. W przeciwieństwie do dóbr, na których wartość nie wpływa liczba konsumujących je osób, korzyść dla pojedynczego użytkownika z dobra charakteryzującego się efektem sieciowym zależy od sumy wszystkich jego konsumentów.

Paradygmatem produktu charakteryzującego się efektem sieci jest program komputerowy (*software*)⁸. Zilustruje to przykład edytora tekstu. Wiadomo, że nawet najlepszy program nie będzie użyteczny, jeżeli stworzone na nim dokumenty można odczytać wyłącznie na własnym komputerze. O atrakcyjności danego programu nie decyduje więc jedynie jego funkcjonalność, lecz także interoperacyjność z pozostałymi programami znajdującymi się w obrocie. Z tego powodu wybieramy zwykle program, który poprzez

⁵ Bork (1993), s. 378-379 oraz Motta (2004), s. 461-462.

⁶ Whinston (1990). Bardziej ogólnie, rozwój teorii gier oraz ekonomii informacji pozwoliły wykazać, w jaki sposób kontrakty wyłączne mogą skutecznie wykluczyć konkurentów z rynku i wzmocnić pozycję monopolisty zwłaszcza poprzez przeniesienie pozycji monopolistycznej na rynki sąsiednie. Zob. np. Kaplow (1985).

⁷ Katz, Shapiro (1985), s. 424.

⁸ Lemley, McGowan (1998), s. 491.

zapewnienie kompatybilności stworzonego na nim dokumentu z jak największą liczbą komputerów pozwala nam na interakcję z szerokim gronem użytkowników. Dlatego większość z nas tworzy dokumenty przy użyciu Microsoft Word nawet jeśli funkcjonalność tego programu nas nie satysfakcjonuje.

Efekt zewnętrzny sieci jest więc cechą charakterystyczną sektora IT, a szerzej całej „nowej gospodarki”. Podstawowym produktem w ramach nowej gospodarki jest informacja lub, używając terminów prawniczych, własność intelektualna⁹.

Podkreślił to Bill Gates w bezpośrednim zeznaniu w sprawie *New York v. Microsoft Corp.* z dnia 18 kwietnia 2002 r.¹⁰, zwracając wyraźnie uwagę na to, że produkty Microsoft składają się prawie w całości z informacji. Ten szczególny charakter produktów oferowanych przez Microsoft ma kluczowe znaczenie dla większości spraw, w które uwikłana jest spółka. Informacja jest dobrem o specyficznym charakterze, który wyraźnie odróżnia je od innych dóbr i wymaga przez to odpowiedniego traktowania przez prawo konkurencji.

Dla celów analizy omawianej przez nas sprawy istotne jest to, że informacja ma cechy dobra publicznego. Dobra publiczne charakteryzują się tym, że ich konsumpcja przez jedną osobę nie zmniejsza ilości dostępnej dla innych osób oraz konsumpcji tych dóbr nie można innym osobom uniemożliwić (bez poniesienia prohibicyjnych kosztów takiej operacji), bez względu na to, czy będą one partycypować w koszcie ich wytworzenia, czy nie. Klasycznym przykładem dobra publicznego jest czyste powietrze, obrona narodowa i bezpieczeństwo publiczne¹¹.

Właściwości dóbr publicznych sprawiają, że z rynkami informacji nieuchronnie związane są niedoskonałości rynku. Ponieważ dystrybucja informacji jest bardzo tania, nabywcy mają możliwość korzystania z niej w takim samym zakresie jak jej twórca, ponosząc jedynie koszt nośnika informacji. Wiąże się z tym ryzyko wykorzystania danego osiągnięcia przez konkurentów, którzy, nie mając potrzeby inwestowania w badania i rozwój, będą mogli zaoferować niższą cenę, a przez to wyprzeć twórcę informacji z rynku. Skutkiem „jazdy na gapę” (*free riding*), tzn. korzystania z udostępnionej informacji bez ponoszenia (wszystkich)

⁹ Wprowadzenie informacji jako zmiennej do modeli ekonomicznych i rozluźnienie przez to neoklasycznego założenia o doskonałej informacji wiąże się przede wszystkim z pracami J. E. Stiglitz’a, G. A. Akerlof’a i A. M. Spence’a (wspólna nagroda Nobla z ekonomii w 2001 r.). Na temat wpływu ekonomii informacji na rozwój ekonomii zob. Stiglitz (2000).

¹⁰ Bezpośrednie zeznanie B. Gatesa w sprawie *New York v. Microsoft Corp.* z 22 kwietnia 2002 r.; dostępne pod adresem <http://www.microsoft.com/presspass/download/legal/RemediesTrial/billgates.pdf> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.).

¹¹ Zob. Stroiński (2007). Zob. też Bentham (1839).

kosztów jej wytworzenia, jest zakłócenie wyceny wartości informacji. Ponieważ taniej jest idee kopiować, niż je tworzyć, na rynku będzie mniej informacji, niż jest to społecznie pożądane¹². Strategią regulacyjną mającą na celu dostarczenie bodźców do angażowania się w działalność innowacyjną jest kreowanie przez ustawodawcę praw wyłącznych (praw własności intelektualnej), które mają umożliwić twórcom informacji zwrot inwestycji w badania i rozwój.

Specyficzne cechy informacji jako produktu będącego przedmiotem obrotu sprawiają, że stosowanie reguł prawa ochrony konkurencji w odniesieniu do sektorów nowej gospodarki jest szczególnie trudne i obarczone wysokim prawdopodobieństwem błędu regulacyjnego¹³. Błędna decyzja regulacyjna oparta na nietrafnej ocenie skutków ekonomicznych danej praktyki rynkowej uwzględniającej produkt oparty na informacji może prowadzić do niższego poziomu działalności innowacyjnej i mieć negatywne skutki dla konsumentów¹⁴.

Z tego względu w odniesieniu do sektorów nowej gospodarki szczególnie wskazane jest nowe podejście do stosowania prawa konkurencji.

IV. Analiza ekonomiczna w prawie konkurencji

Nowe podejście do stosowania prawa konkurencji oparte jest na ocenie rezultatów określonej praktyki i precyzyjnej analizie ekonomicznej¹⁵. Oznacza to, że w przeciwieństwie do dotychczasowego podejścia ocena danej praktyki przez urząd antymonopolowy nie zależy od tego jak zostanie ona zakwalifikowana (na przykład, w odniesieniu do nadużycia pozycji dominującej wyróżnia się między innymi sprzedaż wiążaną, odmowę sprzedaży i dyskryminację cenową), lecz opiera się na ocenie antykonkurencyjnych rezultatów danego

¹² Z drugiej strony, możliwa jest sytuacja, w której na rynku będzie więcej informacji, niż jest to społecznie pożądane, zob. Cooter, Ulen (2008). Ogólnie rzecz ujmując, w przypadku dóbr publicznych, rynek prywatny nie zapewni społecznie optymalnej ilości dobra, zob. Begg, Fischer, Dornbusch (2003), s. 468.

¹³ W szerszym kontekście, zwiększone ryzyko błędu regulacyjnego jest związane z tym, że praktyki trafiające do urzędów antymonopolowych są dużo bardziej skomplikowane niż, na przykład, jednoznaczna zмова między przedsiębiorcami lub narzucanie ceny odsprzedaży. Tytułem przykładu: umowa o zarządzanie prawami do utworów z organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi (np. ZAiKS-em) jest porozumieniem mającym na celu ustalenie ceny; z drugiej jednak strony, porozumienie to zapewnia dostęp do utworów bez konieczności zawierania umów licencyjnych z każdym artystą, przez co redukuje koszty dla konsumenta; zob. Easterbrook (1984), s. 7.

¹⁴ Por. Easterbrook (1984). Na temat roli prawa konkurencji w sektorach nowej gospodarki zob. Banasiński, Stawicki (2007).

¹⁵ Zob. np. Report by EAGCP (2005); GCLC Research Papers on Article 82 EC (2005). W języku polskim na temat roli ekonomicznej analizy prawa w stosowaniu prawa konkurencji zob. np. Stefaniuk i Sfora (2007). Należy podkreślić, że reprezentowana przez R. Posnera tzw. szkoła chicagowska nie jest jedynym nurtem ekonomicznej analizy prawa. Szerzej na temat nurtów w ekonomicznej analizie prawa zob. Parisi (2004) oraz Parisi, Rowley (2005).

postępowania. Skutkuje to tym, że organy ochrony konkurencji nie muszą analizować, czy dane przedsiębiorstwo posiada na rynku pozycję dominującą, lecz mają za zadanie wykazać konkretne negatywne dla konkurencji – a więc i konsumentów – skutki danego działania, a następnie zrównoważyć je z jego ewentualnymi korzyściami. Nowe podejście zakłada, że jeśli mamy do czynienia ze szkodliwymi dla konkurencji skutkami danego zachowania, tzn. z zamknięciem rynku i ograniczeniem konkurencji, to jest to dowód na istnienie dominacji lub zakazanego porozumienia. Wydaje się, że ku takiemu podejściu skłania się Komisja Europejska. Wskazuje na to, między innymi, obwieszczenie Komisji „Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych”¹⁶ oraz jej decyzja w sprawie Microsoft¹⁷.

V. Nie chodzi tylko o rynek oprogramowania komputerów

Jak już zostało wspomniane, w przeciwieństwie do postępowań przeciwko spółce Microsoft w zakresie wiązania z systemem Windows przeglądarki Internet Explorer lub odtwarzacza Windows Media Player, tym razem mamy do czynienia z odmienną praktyką. W omawianej przez nas sprawie Microsoft nie wiąże danego produktu z systemem operacyjnym Windows, który zajmuje pozycję dominującą na rynku, lecz to Windows jest wiązany z laptopami poprzez stosowanie niedozwolonych porozumień między przedsiębiorcami. Efekt wiązania występuje w stosunku do ostatecznego konsumenta laptopa, natomiast producenci laptopów mają teoretycznie wybór w zakresie decyzji o stosowaniu praktyki sprzedaży wiązanej. Ściślej rzecz ujmując, to producenci laptopów dokonują operacji wiązania. Microsoft mógłby więc argumentować, że gdyby po stronie konsumentów było zapotrzebowanie na laptopa bez systemu Windows, producenci powinni go zaoferować, w związku z czym zagrożenie dla konkurencyjności rynku nie istnieje. Jeśli tak, to w czym tkwi problem i dlaczego UOKiK zajął się tą sprawą?

Przede wszystkim, zainteresowanie urzędu antymonopolowego mogła wzbudzić bardzo korzystna cena, po której jest oferowany Windows producentom decydującym się na jego preinstalację. Okoliczność ta sprawia, że producenci mogą zaoferować użytkownikom końcowym laptopa wraz z systemem operacyjnym po cenie niższej niż ta, którą konsument

¹⁶ Dz. Urz. 2001 nr C 3/02. Zobacz też DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005)

¹⁷ Decyzja KE z 24 marca 2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 Microsoft, Dz. Urz. WE 2007 nr L 32/23; dostępna pod adresem <<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.).

musiałby zapłacić, gdyby chciał nabyć obydwa produkty osobno. W rezultacie konsumenci zyskują dodatkową motywację ku temu, żeby wybrać laptopa z preinstalowanym systemem operacyjnym Windows. Motywację zwiększa też fakt, że rezygnacja z programu nie skutkuje zwrotem jego ceny. Regułą jest więc to, że konsumenci nabywają laptopy z preinstalowanym systemem Windows.

Należy podkreślić, że istotą sprawy nie jest to, że spółka Microsoft dąży do wykluczenia producentów innych systemów operacyjnych z dostępu do laptopów. Omawiana przez nas praktyka jest bardziej wyrafinowana. Długookresowo, w efekcie opisywanego tu postępowania spółki Microsoft producenci urządzeń dodatkowych do laptopów oraz producenci programów użytkowych, gier oraz plików muzycznych uzyskują świadomość, że większość użytkowników laptopów posiada system operacyjny Windows. Mając taką świadomość będą oni produkować urządzenia oraz programy kompatybilne z systemem operacyjnym Windows, ponieważ w ten sposób trafią do większości użytkowników. Koszt produkcji oprogramowania zapewniającego kompatybilność także z innym niż Windows systemem operacyjnym może być wyższy, niż prognozowany wzrost przychodu ze sprzedaży związany z ograniczonym poszerzeniem kręgu odbiorców. W rezultacie producenci sprzętu komputerowego oraz rozmaitych programów komputerowych często dostarczają na rynek urządzenia kompatybilne jedynie z systemem Windows, co z kolei zwiększa atrakcyjność tego systemu w oczach użytkowników. W ten sposób koło się zamyka.

Co więcej, jak trafnie zauważyli Ian Ayres i Barry Nalebuff¹⁸, walka nie toczy się jedynie o rynek oprogramowania komputerów. Niezwykle prężnie rozwija się rynek telefonów i różnego rodzaju gadżetów multimedialnych. Urządzenia te wykazują się rosnącą funkcjonalnością i zyskują coraz większe zainteresowanie wśród konsumentów. Jeśli pliki multimedialne kompatybilne z systemem Windows zdominują rynek komputerów, to jest wielce prawdopodobne, że Microsoft z łatwością przeniesie swoją dominację także na rynek telefonów przenośnych i innych urządzeń multimedialnych.

Jednocześnie wydaje się, że obecnie najpoważniejszym konkurentem dla spółki Microsoft stanowi system operacyjny Linux. Oznacza to, że preinstalacja systemów operacyjnych Windows na laptopach może mieć na celu właśnie osłabienie pozycji rynkowej Linuxa jako potencjalnego rywala spółki Microsoft.

¹⁸ Ayres, Nalebuff (2005).

W związku z powyższym fakt, że świadomi i wytrwali konsumenci znajdą sposób, aby nabyć laptopa bez preinstalowanego systemu Windows ma ograniczony efekt dyscyplinujący rynek i w nieznacznym tylko stopniu łagodzi negatywne skutki praktyki stosowanej przez Microsoft. Istotne jest to, że producenci oprogramowania i urządzeń komplementarnych do laptopów mają świadomość tego, że zdecydowana większość użytkowników laptopów posiada system Windows.

Warto w tym miejscu wskazać, że praktyka wiązania Windows z laptopami została zakwestionowana również we Francji. W przeciwieństwie jednak do Polski, sprawa ujrzała światło dzienne poprzez pozew indywidualny i trafiła do sądu powszechnego (*Jurisdiction de Proximité de Caen*). W sprawie *Hordoir Robinson v S.A.R.L. ASUS France* z 30 kwietnia 2008 r. sąd nakazał spółce ASUS zwrócić powodowi opłatę licencyjną za program Windows¹⁹.

VI. Ryzyko błędu regulacyjnego

Kolejne postępowanie przeciwko Microsoft – tym razem w zakresie wiązania produktów – ukazuje konieczność modernizacji praktyki stosowania prawa konkurencji. Potrzeba ta wynika przede wszystkim z rozwoju nowej gospodarki, tzn. strukturalnych zmian, jakie zaszły w działalności gospodarczej wskutek wdrażania na masową skalę nowoczesnych technologii z zakresu komunikacji i przetwarzania danych. Zmiany te oznaczają przejście od modelu gospodarki przemysłowej do modelu gospodarki informacyjnej. Z jednej strony, specyficzny charakter rynków nowej gospodarki – związany ze szczególnymi właściwościami produktów opartych na informacji oraz występującym w ich zakresie efektem zewnętrznym sieci – sprawia, że potencjalne nadużycie pozycji dominującej może mieć szkodliwe efekty wykraczające swoim zasięgiem poza dany rynek. Z drugiej strony, specyfika ta zwiększa ryzyko i koszty błędu regulacyjnego. Ryzyko błędu wzrasta z uwagi na trudności związane z właściwą oceną danego stanu faktycznego. Natomiast koszty błędu są wyższe, ponieważ

¹⁹ Orzeczenie jest dostępne pod adresem <<http://www.aful.org/media/document/Jugement-Hordoir-ASUS-20080430.pdf>> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.). Należy podkreślić, że z uwagi na to, że sprawa trafiła do sądu powszechnego, jej rozstrzygnięcie zostało oparte na prawie konsumenckim (Art. L122-1 Code de la consommation). Na temat wpływu dochodzenia roszczeń w sprawach indywidualnych na regulację rynku zob. Safjan, Gorywoda, Jańczuk (2009).

chybiona decyzja może mieć negatywne implikacje nie tylko dla rozwoju danego rynku, lecz także dla rynków z nim powiązanych²⁰.

Jak wskazaliśmy, wiązanie produktów jest powszechną praktyką handlową. Co więcej, stanowi ona jeden ze sposobów konkurowania na rynku. Z drugiej strony, istnieją sytuacje, kiedy wiązanie produktów może mieć rzeczywiście skutki szkodliwe dla konkurencji i w związku z tym dla konsumentów. Jednakże, aby zapobiegać zachowaniom prowadzącym do znacznego ograniczenia konkurencji, a jednocześnie ograniczyć do minimum tzw. „false positives”, a więc sytuacje, kiedy organy ochrony konkurencji nietrafnie zabroniły określonych zachowań, praktyka stosowania prawa konkurencji powinna skoncentrować się na wykazywaniu w jaki sposób dane postępowanie wyklucza konkurentów z rynku i/lub służy ochronie pozycji dominującej. Jest to tym bardziej istotne, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że koszt błędnego przyzwolenia na monopolistyczną praktykę jest niższy od kosztu błędnego ograniczenia działalności konkurencyjnej²¹. Podczas gdy korzystna praktyka może skutkować obniżeniem kosztów produkcji dla każdej produkowanej jednostki, praktyka monopolistyczna generuje stratę efektywności tylko w tym zakresie, w jakim prowadzi do ograniczenia produkcji. Przy tradycyjnych założeniach o elastyczności podaży i popytu nawet niewielki przyrost efektywności produkcyjnej może zrekompensować znaczny wzrost ceny i obniżenie produkcji. Dlatego też, *ceteris paribus*, błędne przyzwolenie na monopolistyczną praktykę skutkuje stratą efektywności jedynie w odniesieniu do części produkcji, podczas gdy błąd związany z zakazaniem korzystnej praktyki prowadzi do straty w odniesieniu do całego zakresu produkcji²².

Nie można przy tym zapominać, że samo doraźne wykluczenie określonych graczy z rynku nie oznacza *per se* osłabienia konkurencji. Dla właściwej oceny danej praktyki konieczna jest precyzyjna analiza długookresowa wykorzystujące instrumenty analizy ekonomicznej. Sprawa wiązania produktów przez Microsoft takiej analizy wymaga.

O tym, że nietrafne rozstrzygnięcie może być brzemienne w skutki, świadczy amerykańska sprawa Stany Zjednoczone Ameryki przeciwko AT&T²³, w której AT&T nakazano ograniczyć działalność wyłącznie do rynku telekomunikacyjnego. Warto przypomnieć, że w 1956 r. spółka AT&T zawarła ugodę sądową w procesie

²⁰ Szerzej na temat błędów regulacyjnych w stosowaniu prawa konkurencji i ich potencjalnych skutków zob. Easterbrook (1984), s. 3.

²¹ Easterbrook (1984), s. 15-16.

²² Easterbrook (1984), s. 15-16.

²³ *United States v. Western Electric, Co.*, sprawa zakończyła się ugodą podpisaną w 1956 r.

antymonopolowym wytoczonym jej spółce córce Western Electric w 1949 r. przez Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych. Należący do AT&T Bell Labs stworzył jeden z głównych systemów operacyjnych: UNIX. Jednak zamiast go rozwijać, spółka AT&T była zmuszona udzielić powszechnej bezpłatnej licencji na ten system i w ogóle zignorować przemysł komputerowy. Innymi słowy, sprawa zakończyła się nałożeniem na AT&T obowiązku ograniczenia działalności wyłącznie do rynku telekomunikacyjnego²⁴. Jak pokazała historia, orzeczenie w sprawie AT&T zahamowało rozwój konkurencji na rynkach związanych z komputerami osobistymi. Sprawa ta jest koronnym przykładem na to, że struktura analizy antymonopolowej powinna być oparta na ocenie skutków ekonomicznych zakwestionowanej praktyki.

VII. Bibliografia

A. Literatura

- Ayres, B. Nalebuff (2005), “Going Soft on Microsoft? The EU’s Antitrust Case and Remedy,” 2 *The Economists’ Voice*, issue 2, article 4; dostępne pod adresem <<http://www.bepress.com/ev/vol2/iss2/art4/>> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- C. Banasiński, E. Stawicki (red.) (2007), *Konkurencja w gospodarce współczesnej* (UOKiK, Warszawa); dostępne pod adresem <http://www.uokik.gov.pl/pl/informacja_i_educacja/educacja/publikacje/ochrona_konkurencji/#pytanie17> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch (2003), *Mikroekonomia*, Warszawa, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne
- J. Bentham (1839), *A Manual of Political Economy*, New York, cytowany za P. S. Menell, “Intellectual Property: General Theories” (w:) B. Bouckaert, G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, s. 131; dostępne pod adresem <<http://encyclo.findlaw.com/1600book.pdf>> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)

²⁴ Szerzej na ten temat zob. Crandall, Elzinga (2004), s. 283-289. Zob. też Gorywoda, Jańczuk (2005), s. 40.

- R. H. Bork (1993), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 2nd ed., New York, The Free Press
- R. Cooter, T. Ulen (2008), *Law & Economics*, 5th ed., Boston, Pearson/Addison Wesley
- R. W. Crandall, K. G. Elzinga (2004), "Injunctive Relief in Sherman Act Monopolization Cases" (w:) J. B. Kirkwood (red.), *Antitrust Law and Economics*, New York, Elsevier
- F. H. Easterbrook (1984), "The Limits of Antitrust," 63 *Texas Law Review* 1-40
- Economic Advisory Group on Competition Policy (2005), "An economic approach to Article 82"; dostępne pod adresem http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- Global Competition Law Centre (2005), "GCLC Research Papers on Article 82 EC"; dostępne pod adresem <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- Ł. Gorywoda, A. Jańczuk (2005), "Microsoft a ekonomiczna analiza prawa (Law and Economics)," 73(10) *Edukacja Prawnicza* 38-40
- L. Kaplow (1985), "Extension of Monopoly Power Through Leverage," 85 *Columbia Law Review* 515-54
- M. Katz, C. Shapiro (1985), "Network Externalities, Competition, and Compatibility," 75 *American Economic Review* 424-440
- M. A. Lemley, D. McGowan (1998), "Legal Implications of Network Economic Effects," 86 *California Law Review* 479-611
- R. B. McKenzie (2005), *Trust on Trial: How the Microsoft Case is Reframing the Rules of Competition*, Cambridge, Massachusetts, Perseus Publishing
- M. Motta (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press
- F. Parisi (2004), "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics," 18 *European Journal of Law and Economics* 259-272

- F. Parisi, C.K. Rowley (red.) (2005), *The Origins of Law And Economics: Essays By The Founding Fathers*, Cheltenham, Edward Elgar
- M. Safjan, Ł. Gorywoda, A. Jańczuk (2009), "Taking Collective Interest of Consumers Seriously: A View from Poland," (w:) F. Cafaggi, H.-W. Micklitz (red.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Antwerpen, Intersentia (w druku); dostępne jako: EUI LAW Working Papers 2008/26; dostępne pod adresem <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1330909> (ostatnio odwiedzone 31 stycznia 2009 r.)
- A. Scheibe, U. Szulczyńska (2007), "Działalność innowacyjna i budowanie przewag konkurencyjnych przedsiębiorstwa – przykład firmy Microsoft" (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej* (UOKiK, Warszawa); dostępne pod adresem <http://www.uokik.gov.pl/pl/informacja_i_educacja/educacja/publikacje/ochrona_konkurencji/#pytanie17> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- M. Stefaniuk, M. Sfora (2007), "Richarda Allana Posnera ekonomiczna analiza prawa i poglądy na nową gospodarkę" (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej* (UOKiK, Warszawa); dostępne pod adresem <http://www.uokik.gov.pl/pl/informacja_i_educacja/educacja/publikacje/ochrona_konkurencji/#pytanie17> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- J.E. Stiglitz (2000), "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics," 115 *Quarterly Journal of Economics* 1441-1478
- R. T. Stroiński (2007), "Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law and Economics)" (w:) M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, Warszawa, LexisNexis
- M. D. Whinston (1990), "Tying, Foreclosure, and Exclusion," 80 *American Economic Review* 837-859

B. Dokumenty

- Bezpośrednie zeznanie B. Gatesa w sprawie *New York v. Microsoft Corp.* z 22.04.2002 r.; dostępne pod adresem
<<http://www.microsoft.com/presspass/download/legal/RemediesTrial/billgates.pdf>>
(ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (Bruksela, grudzień 2005); dostępne pod adresem
<<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- Komunikat prasowy UOKiK z 20 sierpnia 2008 r. ‘Microsoft na cenzurowanym?’ dostępne pod adresem
<http://www.uokik.gov.pl/pl/informacja_i_educacja/informacja/komunikaty_prasowe/art483.html> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- Obwieszczenie Komisji Europejskiej “Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych”, Dz. Urz. 2001 nr C 3/02

C. Decyzje Komisji Europejskiej

- Decyzja KE z 24 marca 2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 Microsoft, Dz.Urz. WE 2007 nr L 32/23; dostępna pod adresem
<<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>>
(ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- Decyzja KE z 12 lipca 2006 r. w sprawie COMP/C-3/37.792, Dz. Urz. 2008 nr C 138/07; dostępna pod adresem
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:138:0010:01:PL:HTML>>
(ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)
- Decyzja KE z 27 lutego 2008 w sprawie COMP/C-3/37.792, decyzja jeszcze nie opublikowana w Dz. Urz.; dostępna pod adresem

<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/125&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>> (ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)

D. Orzeczenia sądów europejskich

- Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-201/04 Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, Zb. Orz. 2007, s. II-3601
- Sprawa T-167/08: Skarga wniesiona w dniu 9 maja 2008 r. — Microsoft przeciwko Komisji, Dz. Urz. nr C 171/41

E. Orzeczenia innych sądów

- *United States v. Microsoft*, 87 F. Supp. 2d 30 (DDC 2000)
- Jurisdiction de Proximité de Caen, *Hordoir Robinson v S.A.R.L. ASUS France* z 30 kwietnia 2008 r.; dostępne pod adresem
<<http://www.aful.org/media/document/Jugement-Hordoir-ASUS-20080430.pdf>>
(ostatnio odwiedzone 26 października 2008 r.)